

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0001270-04.2008.4.03.6000

Autora: SOCIEDADE DE PROTEÇÃO E BEM-ESTAR ANIMAL - ABRIGO DOS BICHOS.

Réu: MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE - MS.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juiz Federal: RENATO TONIASO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/03/2018

Vistos, etc.

Trata-se de Ação Civil Pública através da qual a autora pleiteia provimento jurisdicional condenatório que obrigue o réu a: 1) emitir “laudos definitivos de Leishmaniose Visceral Canina, indicando animais positivos, somente (...) após a realização de exames sorológicos combinados, utilizando-se os métodos Imunoenzimático (E.I.E.) e Imunofluorescência (I.F.I.), ou o método de Punção por Aspiração por Agulha Fina (PAAF), combinação de métodos esta a critério da SESAUCG” (item 9.1. da inicial/fl. 32); 2) que, “em caso de dúvida”, franqueie ao dono do animal, a contraprova dos exames, para a realização de novos exames, “custeados estes pelo Poder Público, para que não seja invertido o ônus da prova, em prejuízo dos proprietários dos animais” (item 9.2./fl. 33); e, 3) a que, “por intermédio do CCZ/CG, adote o procedimento formal, indicado no item 04 deste requerimento, como procedimento administrativo obrigatório e prévio nos casos de eutanásia” de animais infectados (item 9.3./fl. 33). Por fim, pleiteia que o “procedimento de sacrifício em animais sadios seja absolutamente proibido como medida de controle de população de gatos e cães e que o município adote as medidas preconizadas no artigo 29, § 4º da lei estadual nº 2.990/2005” (item 9.4./fl. 33).

Como fundamentos de tais pedidos, alega que, apesar da existência de legislação protetiva dos direitos dos animais, o município-réu vem praticando, através da sua Secretaria Municipal de Saúde Pública e por meio do Centro de Controle de Zoonoses de Campo Grande (CCZ/CG), como política pública de controle da Leishmaniose Visceral, a eutanásia de cães que apresentem exames sorológicos positivos pelos testes EIE – Leishmaniose Visceral Canina – Bio-Manguinhos ou IFI – Leishmaniose Visceral Canina – Bio-Manguinhos, o que seria equivocado, pois tais exames, se aplicados isoladamente, são testes presuntivos (e não conclusivos) a respeito da presença do agente etiológico da doença e levam ao sacrifício de animais sadios, mas tidos como doentes (os chamados falsos positivos). Além disso, aduz que não “existe comprovação científica de que cães acometidos desta doença estejam de fato implicados na transmissão para o ser humano”; que “os cães são propriedade privada de seus proprietários e os mesmos não podem ser coagidos pelo poder público a sacrificar suas propriedades sem a devida indenização”; e que “a eutanásia de animais, como está se processando, é crime ambiental e está no rol dos interesses difusos protegidos através do instrumento da Ação Civil Pública”. Por fim, aduz que se faz necessário “Compelir o Poder Executivo Municipal a adotar normas mais éticas e rígidas de poder de polícia administrativa no que tange à vistoria das residências, a recepção de animais doentes pelo CCZ/CG e da realização de eutanásia pelos mesmos, tais como a elaboração de Termos (Autos) de Cientificação de Resultados de Exames, Elaboração de Banco de Dados dos Testes Sorológicos, Fichas de Controle dos Animais Eutanasiados, como instrumentos, inclusive, de controle externo das ações exercidas pelo CCZ/CG”.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 35/813.

A apreciação do pedido de medida liminar foi postergada para após a vinda das contestações (fl. 133). Um pedido de reconsideração em relação a esse *decisum* restou indeferido (fl. 135-ss.), mas houve o deferimento parcial da medida liminar em sede de agravo de instrumento, para se suspender a eutanásia de animais diagnosticados com leishmaniose visceral canina quando se utiliza apenas um dos métodos indicados pelo autor, porém, permitindo-se a prática em questão quando se tiver a comprovação da doença através de um segundo exame ou mediante autorização escrita do proprietário do animal, bem como para se determinar ao CCZ/CG que elabore e utilize uma rotina do procedimento para os casos de eutanásia, com a lavratura dos termos indicados na inicial (fls. 186/203).

Como a ação foi inicialmente proposta em face do Município de Campo Grande, MS, e da Secretaria Municipal de Saúde Pública do referido município, esta ré, em sede de contestação, veio aos autos e arguiu questão preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Quanto ao mérito, sustentou que, em se tratando de Leishmaniose Visceral Canina (LVC), também denominada Leishmaniose Visceral Americana (LVA) ou Calazar, de seu turno, resultante da infecção pela *Leishmania (L.) chagasi* “estando envolvido o vetor *Lutzomyia longipalpis*”, o cão é, sim, o principal “reservatório para seres humanos, sobretudo em áreas urbanizadas”. A doença seria “uma antroponose de importante magnitude no país e” no município, sendo que, segundo dados estatísticos de 2002 a maio de 2007, “as maiores incidências e riscos do agravamento dos sintomas ocorrem em crianças e idosos”, onde se detectou uma “letalidade de 10,5%”, e, bem assim, no que diz respeito a pessoas em condições imunossupressivas, em especial, os portadores de AIDS. A cidade de Campo Grande já teria enfrentado “no passado recente uma epidemia de Leishmaniose Visceral, situação essa que não pode retornar” (fl. 252). Alega que o CCZ segue as recomendações técnicas do Ministério da Saúde “e que desde 2003 realiza no mínimo dois métodos laboratoriais de diagnóstico para emissão do resultado final, primeiro o ELISA para triagem e posteriormente o RIFI (prova Padrão Ouro) como exame confirmatório da doença”, descrevendo esses métodos. Embora em 2006 o CCZ não estivesse realizando um segundo exame dos animais dados como infectados, nesses casos era possibilitado aos donos desses animais, a realização, às suas expensas, de um novo exame, em laboratórios particulares. O método usado pelo CCZ é seguro e a eutanásia dos animais “soropositivos para LVC” só é realizada “após o diagnóstico laboratorial nas provas de Elisa (triagem) e RIFI (prova Padrão Ouro – Ministério da Saúde) reagentes”. Assim, o CCZ/CG não estaria a fazer “eutanásia de animais saudáveis, sendo realizada apenas em animais doentes que possam causar risco a saúde humana e animal”. Complementarmente a isso, teria ela “um programa de educação em saúde onde um dos objetivos é o estímulo dos proprietários a responsabilidade sobre o seu animal de estimação”. Realiza, também, “uma rotina de captura de cães errantes em áreas urbanas, por serem fontes disseminadoras de diversas doenças de importância médico-sanitária, entre elas a LV”. No mais, ao combater a Leishmaniose, além de estar cumprindo uma importante função pública de vigilância sanitária que lhe cabe, estaria respaldada “pelo Programa Nacional de controle da doença do Ministério da Saúde, embasado no Decreto nº 51.838, de 14 de março de 1963”. Ainda, a Lei n. 6.437/77 prevê a possibilidade de eutanásia “de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias”, e a Resolução n. 714, de 20 de junho de 2002, do Conselho Federal de Medicina Veterinária vai no mesmo sentido, “quando o animal constituir ameaça à saúde pública ou animal”. Além disso, apesar de dispor de instrumentos jurídicos que lhe permitem adentrar coercitivamente em domicílios particulares, em casos da espécie, até por necessidades operacionais, prefere esclarecer aos proprietários de animais com indicativos de estarem infectados, os riscos inerentes à Leishmaniose, obtendo, na grande maioria dos casos, a colaboração dos mesmos,

inclusive com a autorização verbal para que os seus agentes adentrem às suas residências. Os cães “sororeagentes” são retirados da posse dos seus donos, após um telefonema e a visita de um médico-veterinário, que presta esclarecimentos quanto à zoonose e busca um “acordo com o proprietário (visando) o consentimento quanto ao recolhimento do animal”. Na retirada do cão, o proprietário recebe o laudo com o diagnóstico positivo sobre a doença e assina um termo doando o animal ao CCZ, para as condutas médico-veterinárias pertinentes ao caso. Só exercita o poder/dever de agir coercitivamente quando isso se torna necessário e, mesmo assim, o faz munido de “alvará judicial”. Por fim, registra que não se utiliza da eutanásia canina como único procedimento de combate à Leishmaniose. Com idêntico objetivo, realiza a limpeza em terrenos urbanos, visitas domiciliares e aplicação de produtos químicos nas áreas de risco, visando à eliminação do flebótomo, “entre outras medias de controle dos possíveis reservatórios que propiciem a reprodução” do mosquito que transmite a doença. E arremata dizendo que todos os procedimentos usados “pautam-se em protocolos nacionais e internacionais, adotando práticas que respeitam não só a legislação vigente, mas também a todos os preceitos de ordem ética e moral, motivo pelo qual as pretensões trazidas pela Requerente são manifestamente infundadas e carecedoras de qualquer significação” (fls. 233/255).

Com essa contestação vieram os documentos de fls. 256/687.

Contestação do Município de Campo Grande às fls. 511/529. Esse réu arguiu questões preliminares de ilegitimidade ativa e de inadequação da via eleita. Quanto ao mérito, aduziu que, ao contrário do que alega a parte autora, na prospecção de animais caninos infectados por leishmaniose não se utiliza apenas de um único tipo de exame. Vale-se da “combinação entre o teste ELISA e o teste IFI – Leishmaniose Visceral Canina, prática, aliás, recomendada pelo Ministério da Saúde. “Estes exames não são feitos isoladamente, isto é, não se utiliza apenas um deles para o diagnóstico nos cães. Os exames são feitos conjuntamente”. “... o método utilizado pela Secretaria Municipal de Saúde é, justamente, a combinação dos exames IFI e EIE”. Além disso, os proprietários de animais tidos como infectados podem “exigir contra-prova”. No mais, reitera os fundamentos da contestação apresentada pela sua Secretaria Municipal de Saúde Pública, enfatizando que a leishmaniose, além de se encontrar entre “as seis endemias consideradas prioritárias no mundo”, tem alta incidência em Mato Grosso do Sul e, em especial, em Campo Grande, MS, onde ocorreria “em números alarmantes”, sendo que “dos estudos realizados pelo governo federal, nas regiões urbanas o cão é a principal fonte de infecção”, e a doença é transmitida “através da picada de vetores – *L. longipalpis* ou *L. cruzi* – infectados pela *Leishmania (L.) chagasi*” (f. 17). O tratamento de cães infectados, embora possível, na Europa, não o é no Brasil, pois aqui, segundo diretriz adotada pelo Ministério da Saúde, mesmo tratado, o cão não deixa de ser um “reservatório do parasito”, inclusive sujeito a recidivas. A eutanásia de animais soropositivos visa dar concretude ao comando do artigo 196 da Constituição Federal, ao tempo em que busca proteger a população humana e mesmo a animal de um “risco de doença e de outros agravos”. Por fim, defende que, de sua parte, não há negligência na espécie. Haveria, diz, “se o Poder Público permanecesse inerte diante de dois óbitos humanos decorrentes da doença, e das notificações crescentes nos indivíduos. Ou nada fizesse ao número cada vez maior de cães contaminados”. Pede pela improcedência dos pedidos da ação, com a condenação do autor nas verbas sucumbenciais de estilo.

Impugnação às contestações às fls. 723/738.

O Feito foi inicialmente distribuído perante a Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul, nesta Comarca; mas, pelo r. *decisum* de fl. 814, diante de manifestação de interesse de parte da União Federal, foi deferido o pedido de remessa dos autos à Justiça Federal, vindo os autos a este Juízo por distribuição.

À fl. 824 foi reconhecido o interesse (jurídico) da União na lide e restou fixada a competência da Justiça Federal para o caso, ratificando-se os atos praticados no Juízo de origem, inclusive a contestação de fls. 233/255. Além disso, foi oportunizada a especificação de provas e determinada a abertura de vista ao Ministério Público Federal, nos termos do que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Lei 7.347/85.

Na fase de especificação de provas, o Município de Campo Grande, MS, requereu apenas a produção de prova documental às fls. 834/835 e reforçou essa opção à fl. 837. A União, como assistente simples dos réus, pediu “a produção de prova técnica (não propriamente pericial), consistente, apenas, em esclarecimentos de ordem científica (art. 332, CPC) e, por analogia, como *modus procedendi* da prova pericial, (...)”, conforme se vê à fl. 845. O autor especificou provas às fls. 848/850.

Parecer ministerial às fls. 861/874.

No despacho saneador às fls. 876/878-verso restou acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da Secretaria Municipal de Saúde Pública, com a exclusão dessa ré da lide; foi afastada a preliminar de inadequação da via eleita; e foram fixados os pontos controvertidos e deferidas as provas requeridas, em especial, a pericial.

Às fls. 885/886 o Município de Campo Grande, MS, pediu a juntada de documentos, em atendimento a decisão judicial a respeito.

Audiência instrutória às fls. 943/946, com a oitiva da perita nomeada pelo Juízo, a médica-veterinária Vilma dos Santos Fahed.

Laudo Pericial juntado às fls. 954/961.

Designação de audiência para a oitiva de testemunhas à fl. 993, com remarcação do ato, a pedido, às fls. 1.050/1.050-verso.

Parecer apresentado pela União às fls. 1.006/1.018.

Pedido de informações em sede de agravo de instrumento noticiado à fl. 1.060; atendido às fls. 1.068/1.070.

Complementação do laudo pericial às fls. 1.073/1.092.

Audiência instrutória às fls. 1.094/1.101. Nesse ato foram ouvidas uma testemunha arrolada pela parte autora e duas arroladas pelo réu. Além disso, o Juízo redefiniu alguns parâmetros instrutórios e designou data para continuidade da audiência. O MPF e os réus pediram a revogação da decisão liminar, especialmente na parte em que se permite o tratamento de cães infectados por Leishmaniose.

Às fls. 1.119/1.120 foram revogadas as alíneas “a” e “c” do item 2 da decisão de fls. 186/203, nas extensões ali reportadas.

Audiência instrutória realizada em continuidade às fls. 1.186/1.190. A esse ato compareceram duas testemunhas, ambas arroladas pela autora; porém, apenas uma delas foi ouvida (fls. 1.189/1.190). Em relação à outra, foi acolhida a contradita arguida (fl. 1.188). Houve desistência em relação às demais.

As partes se manifestaram sobre a complementação do laudo pericial às fls. 1.197/1.199 (a autora) e 1.200/1.203 (Município de Campo Grande).

Às fls. 1.227/1.229 consta decisão proferida em sede de recurso de agravo de instrumento; que suspendeu a decisão de fls. 1.119/1.120 (que, de seu turno, revogara em parte a decisão liminar de fls. 186/203).

À fl. 1.245 foi indeferido pedido de nomeação de novo perito.

Às fls. 1.254/1.266 consta decisão denegatória de provimento a agravo regimental aviado pela União junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Às fls. 1.603/1.606 foi designada audiência pública para tratar do caso, sendo que esse ato instrutório foi realizado às fls. 1.686/1.867.

Memoriais: da parte autora, às fls. 1.708/1.723; e do réu (Município de Campo Grande), às fls. 1.816/1.821.

Às fls. 1.868/1.870 constam: cópia de decisão proferida nos autos de nº 0000205-95.2013.403.6000, determinando a juntada daqueles autos a estes, bem como decisão deste Juízo rejeitando exceção de suspeição arguida em face deste magistrado e determinando o envio dos autos ao Egrégio TRF-3.

Às fls. 1.874/1.887 constam documentos que informam a rejeição, pelo Egrégio TRF-3, de exceção de impedimento aviada em face deste magistrado.

Às fls. 1.888/1.889-v consta cópia de decisão proferida nos autos de nº 0003501-28.2013.403.6000, determinando a juntada daqueles autos a estes.

Memoriais, em alegações finais, pela União, às fls. 1.904/1.910, e pelo Ministério Público Federal, às fls. 1.914/1.923-verso.

É o que se fazia necessário relatar.

Passo a *decidir*.

Sem questões processuais pendentes de apreciação e, deferidos, em parte, nos termos do relatório, os pleitos atinentes à antecipação dos efeitos da tutela, passo a analisar os pedidos materiais da presente ação, conforme restaram formulados nos subitens 9.1., 9.2., 9.3. e 9.4. da petição inicial (fls. 32/33).

9.1. Ante a pouca confiabilidade dos diagnósticos fundados nos exames sorológicos aplicados individualmente, que os laudos definitivos de Leishmaniose Visceral Canina, indicando animais positivos, somente sejam emitidos após realização de exames sorológicos combinados, utilizando-se os métodos Imunoenzimático (E.I.E) e Imunofluorescência (I.F.I), ou o método de Punção por Aspiração por Agulha Fina (PAAF), combinação de métodos esta a critério da SESAUCG. Negritei.

Pois bem. Já na contestação apresentada pela Secretaria de Saúde do Município de Campo Grande, MS (fls. 233/255), depois encampada por esse município (fls. 551/529), enquanto réu que permanece no polo passivo da lide, alegou-se que o CCZ segue as recomendações técnicas do Ministério da Saúde “e que desde 2003 realiza no mínimo dois métodos laboratoriais de diagnóstico para emissão do resultado final, primeiro o ELISA para triagem e posteriormente o RIFI (prova Padrão Ouro) como exame confirmatório da doença”, descrevendo-se, inclusive, esses métodos. E se sustentou que, embora em 2006 o CCZ não estivesse realizando um segundo exame dos animais dados como infectados, nesses casos era possibilitado aos donos de tais animais, a realização, às suas expensas, de um novo exame, em laboratórios particulares. Argumentou-se, ainda, que o método usado pelo CCZ é seguro e que a eutanásia dos animais soropositivos para Leishmaniose Visceral canina só é realizada após o diagnóstico laboratorial nas provas de ELISA (triagem) e RIFI (prova Padrão Ouro – Ministério da Saúde) reagentes.

Então, pelo menos quanto a esse pleito da presente ação, como os réus negaram os fatos alegados pela autora, materializou-se a situação em que o ônus da prova incumbe a quem alega (artigo 373, inciso I, do CPC).

A prova a esse respeito começou com a oitiva da perita do Juízo (Dra. Vilma dos Santos Fahed), às fls. 944/946, onde a *expert* informou o seguinte, no que interessa, sobre a alegação autoral de que se trata:

a depoente confirma que o réu, Município de Campo Grande, realiza, na espécie, os dois exames referidos na inicial. (...) Existem tratamentos para a Leishmaniose, no caso de animais infectados, porém, não existe cura. (...) Durante esse tratamento, os animais permanecem com infectibilidade reduzida, porém, presente (permanecem com capacidade de infectar o vetor da doença, e este, conseqüentemente, de infetar outros animais). O cachorro infectado tem capacidade de infectar humanos, através do vetor da doença, que é o mosquito. (...) A metodologia, inclusive em termos de precedência de exame, usada pelo Município, é correta. (...) A perita é Presidente da Comissão de leishmaniose do Conselho Regional de Medicina Veterinária. (...) Negritei.

Depois, através da apresentação do Laudo Pericial de fls. 954/961, referida perita confirmou essas informações:

A Secretaria de Saúde do Município de Campo Grande-MS, através do Centro de Controle de Zoonoses (CCZ), realiza inquérito epidemiológico canino dessa enfermidade *através de testes sorológicos combinados (ELISA – enzyme linked immunosorbent assay e RIFI – reação de imunofluorescência direta)* para investigação de soroprevalência da doença, há sete anos, fornecendo laudos, por escrito, quando requerido pelo proprietário do animal e, quando resultar em sorologicamente positivo. Negritei.

Às fls. 1.074/1.092, em complementação ao Laudo pericial, a prestimosa auxiliar do Juízo traçou um longo e substancioso arrazoado para concluir, inclusive com o estofado de extenso referencial de trabalhos científicos, que:

A sorologia utilizada no inquérito epidemiológico é a mais indicada e a preconizada pelo Ministério da Saúde nos programas de controle (da Leishmaniose). Negritei.

E a prova testemunhal foi no mesmo sentido. *Fernando Paiva*, professor do Curso de Medicina Veterinária da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, que, inclusive, trabalha próximo ao CCZ e visitou aquele centro, afirmou que referida unidade de controle de zoonoses *utiliza conjuntamente os testes sorológicos ELISA e RIFI* (fls. 1.098/1.099); e *Ana Nilce Silveira Maia Elkhoury*, enfermeira (fl. 1.100), e *Gustavo Adolfo Sierra Romero*, médico (fl. 1.101), informaram que os testes recomendados pelo Ministério da Saúde, para detecção de Leishmaniose canina, *são o ELISA e o RIFI*, e que *ambos esses testes são usados pelo CCZ*, em Campo Grande, MS, com tal desiderato (diagnóstico da Leishmaniose canina).

Assim, conforme bem anotou o MPF, em suas alegações finais, restou provado nos autos que o réu (Município de Campo Grande, MS), através do seu Centro de Controle de Zoonoses – CCZ, utiliza, conjuntamente, para o fim de diagnosticar (ou não) casos de Leishmaniose canina, os dois métodos reclamados na inicial.

Anoto que o réu, porque ente estatal que atua no exercício de suas funções institucionais visando o interesse público, goza de presunção relativa (*juris tantum*) no sentido de que age de acordo com lei e diz a verdade, o que faz com que a sua alegação de que utiliza conjuntamente os dois testes reclamados pela autora (E.I.E. e I.F.I.) baste por si só, reclamando prova robusta

em sentido contrário, para ser desconstituída.

No entanto, as provas produzidas nos presentes autos vieram a confirmar a alegação da ré, o que, obviamente, reforça a presunção anteriormente referida e conduz a consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

Logo, a parte autora não conseguiu provar a sua alegação e, por isso, o pedido deve ser julgado *improcedente*.

9.2. *Que, em caso de dúvida, o proprietário do animal tenha direito à contraprova dos exames, custeados estes pelo Poder Público, para que não seja invertido o ônus da prova, em prejuízo dos proprietários dos animais.*

As situações de dúvida, na espécie, certamente referem-se aos particulares, donos de cães dados como infectados por Leishmaniose, pelos exames realizados pelo CCZ, uma vez que, para o réu, enquanto ente estatal que é, esses resultados fornecem um nível de certeza jurídica suficiente para o encaminhamento da situação de acordo com os normativos de regência, rumo ao sacrifício dos animais.

Mesmo assim, a dúvida referida é legítima, uma vez que, conforme anotou o MPF, em suas alegações finais, a perita informou que não há 100% (cem por cento) de confiabilidade nos resultados dos testes realizados pelo Poder Público. Então, os donos dos cães tidos como infectados devem, realmente, ter o direito de realizar contraprova, em relação aos exames oficiais, e o réu terá que respeitar eventuais resultados negativos alcançados nessa contraprova, mas desde que tais resultados sejam provenientes de parâmetros aceitáveis, do ponto de vista técnico-científico, de sorte a preservar, ainda que minimamente, a segurança da coletividade humana e mesmo animal, uma vez que, novamente de acordo com a prova pericial e nos termos da manifestação ministerial em alegações finais, “também não há total confiabilidade nos exames alternativos, com exceção, no caso destes, de quando o resultado é positivo”.

E, de acordo com o que restou apurado nos presentes autos, a contraprova é permitida, nessas situações, conforme se extrai, inclusive, por raciocínio inverso, do próprio enunciado do pleito da parte autora, uma vez que o pedido em questão não nega a existência de tal alternativa aos donos dos animais dados como infectados, mas centra-se na fixação de obrigatoriedade do custeio das despesas pelo Poder Público.

A perita atestou a possibilidade de contraprova e informou que, em caso de resultado negativo (contrário ao resultado dos exames oficiais), o réu respeitará esse resultado, desde que o cão tenha sido vacinado contra Leishmaniose, *verbis*:

Se o exame realizado pelo Município der positivo, e, realizado o exame específico, pelo proprietário, e colhido o resultado contrário (indicando que o animal não está contaminado), o Município respeita o resultado desse exame específico apenas se o animal estiver vacinado contra a Leishmaniose (fl. 944).

Depois, no Laudo Pericial, a *expert* do Juízo foi ainda mais direta quanto à possibilidade de realização de contraprova pelos donos dos animais tidos como infectados, e, inclusive, informou que tal recurso técnico pode ser utilizado no caso de animais vacinados (“imunizados”). Note-se:

Os testes sorológicos utilizados pelo Município de Campo Grande-MS na detecção da LVC, apesar do alto índice de sensibilidade, em alguns casos não proporcionam um diagnóstico

seguro, o que reservaria o direito do cidadão de conferir com mais eficácia, através de exames complementares, se seus animais são realmente soropositivos e, enquanto isso, esse (sic) animais serão supervisionados pela Saúde Pública (fl. 959).

A referida Secretaria permite a realização da contraprova sorológica (ELISA e RIFI), quando resultarem em sorologicamente positivos, para animais não imunizados contra LVC (vacina). Em caso de animais imunizados, é permitido o Exame de Punção Aspirativa por Agulha Fina (PAAF), que é um exame específico e de maior confiabilidade (fl. 956).

A prova testemunhal também confirmou a possibilidade de contraprova. Nesse sentido, tem-se o depoimento de Sandra Maria dos Santos, onde se informa que essa senhora chegou a ter um animal infectado por Leishmaniose e que realizou “a contraprova, na clínica particular, e o resultado foi novamente positivo”, o que fez com que ela entregasse o animal para ser sacrificado (fls. 1.096/1.097).

Portanto, não há qualquer dúvida de que o Município-réu permite aos donos de cães diagnosticados como sendo portadores de Leishmaniose, pelos testes aplicados pelo CCZ, a realização de contraprova em outros laboratórios; apenas que com as despesas custeadas pelos próprios interessados.

Resta analisar se as despesas com esses exames de contraprova podem ser imputadas ao réu, conforme pleiteia a parte autora.

Quanto a isso, mesmo existindo fortes indicativos de que a Associação-autora não detém legitimidade para postular a respeito, por tal assunto fugir à sua finalidade estatutária, conforme bem observou a União à fl. 1.907, considerando que a presente ação foi longa e demoradamente debatida, e, bem assim, que estou convencido da improcedência do pleito, prefiro enfrentar o mérito da lide (nesse aspecto), no intuito de prestar uma jurisdição o mais completa possível e de prevenir interpretações no sentido de que o Juízo preferiu o caminho do menor esforço.

Entendo que o pedido é improcedente, pois a certeza jurídica, suficiente para a ação estatal, nos termos dos normativos de regência e em resguardo ao interesse público, conforme anteriormente referido, é extraída dos resultados positivos advindos da aplicação conjunta dos testes de detecção da Leishmaniose aplicados pelo CCZ (ELISA e RIFI). Fora disso, tem-se o interesse particular, dos proprietários dos animais que apresentaram os resultados positivos, no sentido de afastar a certeza jurídica estatal, já existente, e, nessa situação, o custo da realização da contraprova deve ser suportado pelos interessados, pois, também conforme já dito, o Estado já estará convencido da infecção do animal. O atendimento do pedido autoral implicaria clara inobservância, dentre outros, dos princípios da eficiência e da moralidade administrativa, ambos insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, pois a Administração, mesmo convencida da correção e da suficiência dos resultados dos seus exames, iria custear outros, extremamente caros, para atender a interesse particular.

O pedido, portanto, é *improcedente*.

9.3. *Que o município de Campo Grande/MS, por intermédio do CCZ/CG, adote procedimento formal, indicado no item 04 deste requerimento, como procedimento administrativo obrigatório e prévio nos casos de eutanásia.*

O item 4 “deste requerimento” reporta pleito liminar de antecipação da tutela para que o réu seja compelido a “elaborar e utilizar obrigatoriamente instrumentos legais de formalidade

e controle de seus atos, tais como: 1) Termo (Auto) de consentimento esclarecido para adentrar residências; 2) Termo (Auto) de consentimento esclarecido para coletar sangue de animais domésticos; 3) Termo (Auto) de cientificação de animais sorologicamente positivos; 4) Termo (Auto) de consentimento esclarecido para realização de eutanásia de animais portadores de doenças graves; 5) Ficha individualizada e identificada (por foto digital), acompanhada de laudo expedito por médico veterinário, de todo animal eutanasiado no CCZ/CG; com a aplicação de astreintes no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) por descumprimento do mandamento legal sem prejuízo do proprietário pleitear perdas e danos”.

Aqui há evidente e robusta falta de interesse de agir, por ilegitimidade ativa, de parte da autora, quanto a todos os provimentos pleiteados.

Conforme bem anotou o MPF, em suas alegações finais, tanto pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/85, como pelo artigo 82 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a atuação da autora só se legitimaria, para ações coletivas em geral, mediante o cumprimento dos requisitos no sentido de estar ela constituída há mais de 1,0 (um) ano e de ter entre as suas finalidades institucionais “a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Na petição inicial a autora alega que tem por objetivo “a proteção dos direitos transindividuais ligados ao respeito pela vida animal”, e que a sua “legitimidade para a defesa do direito difuso, que se quer discutir nesta ação, é retirada do artigo 5º da Lei nº 7.347/85” (fl. 03). Mas não explicita qual o núcleo de tipo, dentre aqueles que definem as finalidades institucionais elencadas pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/85, estaria a respaldar essa atuação, e nem o rol das suas finalidades, nos termos do artigo 3º do seu estatuto social (cópia às fls. 35/47), é muito claro a esse respeito, eis que se centra na proteção dos animais, em especial, daqueles “abandonados ou vítimas de maus-tratos” (inciso IV), enquanto a legitimidade para estar em juízo, porque vivermos em uma sociedade antropocêntrica, em princípio, pode defender o interesse de animais, mas terá que se dar pela via reflexa, pois o enfoque direto deve ser a pessoa humana.

Nesse contexto, a legitimidade ativa da parte autora só poderá ser extraída do núcleo de tipo “proteção ao meio ambiente”, inserto no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, de seu turno, imbricado no artigo 225 da Constituição Federal - CF, e esse, aliás, foi o enfoque reconhecido durante o recebimento da inicial e a instrução do Feito.

Resta, então, verificar se o pedido ora em análise pode ser reconhecido como voltado para a proteção ao meio ambiente.

Estou convencido de que não, pois as providências reclamadas pelo item 4 do requerimento de que se trata, conforme anteriormente transcrito, dizem respeito ao *modus faciendi* do ente estatal (do réu), no exercício regular do poder de polícia que lhe cabe, o que é regulado pelo Direito Administrativo, e, inclusive, deve ser executado sob o influxo do princípio da legalidade, no sentido de que o agente público só pode fazer o que a lei manda, sendo de se notar que a autora sequer tentou relacionar os instrumentos normativos que respaldariam a ação do Estado quanto a essas providências.

Além disso, considerando a provável ausência de comandos normativos dotados de força cogente nesse sentido, é de se ter que a imposição a respeito, pela via judicial, implicaria evidente violação ao princípio da separação entre os Poderes, pois, primeiro o Poder Legislativo teria que legislar, *lato sensu*, criando esses comandos, e depois o Poder Executivo teria que observá-los. Apenas em situações de existência de tais estandartes normativos, ou de inobservância dos mesmos, pela Administração Pública, é que, em tese, restaria legitimada a provocação do Poder Judiciário, mas essa, evidentemente, não é a situação retratada nos presentes

autos, pois aqui não se provaram os dois requisitos anteriormente referidos.

Por fim, tenho que a ressalva feita no pleito de fixação de astreintes (“sem prejuízo do proprietário pleitear perdas e danos”) serve bem para ilustrar a ilegitimidade ativa ora em análise, pois se trata de hipotético direito de terceiros, para o exercício do qual a autora não detém representação.

Tal pedido *não deve ser conhecido* pelo Juízo, por falta de interesse de agir a respeito, por ilegitimidade ativa de parte da Associação-autora.

9.4. *O procedimento de sacrifício em animais sadios seja absolutamente proibido como medida de controle de população de gatos e cães e que o município adote as medidas preconizadas no artigo 29, § 4 da lei estadual nº 2.990/2005.*

Não restou provado nos autos, que o município-réu pratica o sacrifício de animais sadios, a qualquer título, e nem que não adota as medidas preconizadas pelo artigo 29 da Lei estadual nº 2.990/2005.

Ao contrário disso, nos termos do Laudo Pericial (fl. 959), os indicativos são no sentido de haver destinação dos animais apreendidos e não resgatados pelos seus proprietários, de acordo com o disposto no parágrafo segundo desse artigo 29, conforme bem anotou o MPF à fl. 1.921-verso.

Assim, esse pedido também é *improcedente*.

No mais, valho-me da técnica da motivação *per relationem*, que consiste na fundamentação desta decisão, por remissão a outras decisões, manifestações ou peças processuais que constem dos autos, e adoto as razões lançadas em alegações finais, pelo Ministério Público Federal, cujos fundamentos passam a integrá-la.

Por fim, anoto que tentativas de mudanças na definição no objeto da ação, verificadas no curso do processo (como, v.g., às de fls. 723/738), porque ocorridas depois de estabilizada a lide, deixaram de ser consideradas.

Diante do exposto, *não conheço* do pedido representado pelo subitem 9.3., da petição inicial, e, quanto a ele, declaro extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC; e julgo *improcedentes* os demais pedidos (9.1., 9.2. e 9.4), com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do mesmo CPC.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, dada à natureza da ação, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

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

Campo Grande, MS, 16 de fevereiro de 2018.

Juiz Federal RENATO TONIASSO

PROCEDIMENTO COMUM**0022991-90.2014.4.03.6100**

Autor: DANIELA ROMERA BORGES

Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/06/2018

Trata-se de ação judicial por meio da qual a autora postula condenação por danos materiais e imateriais em decorrência da frustração decorrente da cessação abrupta e inesperada das negociações envolvendo a aquisição de imóvel residencial. Aduz que investiu tempo e dinheiro nas tratativas de compra de um apartamento, inclusive buscando e conseguindo o respectivo financiamento, sendo surpreendida pela recusa imotivada da execução das operações econômicas de venda e mútuo. Assevera que as rés a fizeram perder dinheiro, pois pagou imobiliária e despachante documental imobiliário, bem como poderia ter experimentado ganho patrimonial considerável, dado o aumento do valor do metro quadrado construído na região. Além disso, pede a compensação pela decepção gerada pelo intento frustrado.

Eis a suma do pleito.

Foi deferida a gratuidade (fl. 334).

A CEF e a Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda. contestaram, suscitando preliminares e negando a responsabilidade por quaisquer danos eventualmente existentes.

Citada na pessoa de Jairo Sahyun, foi noticiada a dissolução judicial da Construtora Kadesh (fl. 375). Sobre tal questão a autora pede o reconhecimento de grupo econômico e a responsabilização do Sr. Jairo Sahyun.

Houve réplica.

As partes manifestaram-se pela desnecessidade de produção de outras provas.

Por fim, vieram os autos conclusos para sentença.

É o breve relatório.

Primeiramente, aduzo ser desnecessária a produção de outras provas.

Ainda em sede preambular, entendo desnecessária a deflagração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica, pois a Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda., da qual participa o Sr. Jairo Sahyun, já é parte componente do pólo passivo e eventual responsabilidade patrimonial do mesmo, caso necessária e devida, poderá ser, então, requerida em sede executiva, sem que se atrase e tumultue o presente feito. Desse modo, não compõe a cognição da presente lide a responsabilidade do Sr. Jairo Sahyun que sequer foi indicado como demandado e que até mesmo se mostra despicienda e somente tornaria o feito ainda mais moroso.

Nessa linha ainda, comprovada a dissolução judicial da Construtora Kadesh Ltda., impõe-se a respectiva exclusão do pólo passivo, vez que desaparecida a pessoa jurídica e inexistente personalidade processual subsidiária e transitória a responder pelos débitos, torna-se inviável continuar o feito no que tange à mesma, impondo-se o reconhecimento de que não ostenta capacidade processual para responder à demanda, dada a extinção de sua personalidade jurídica, tornando inviável o prosseguimento do feito em relação à mesma (art. 485, IV, do CPC).

A respeito da prescrição, como se trata de relação consumerista, impõe-se o prazo quinquenal – e não trienal -, incorrendo a supressão da pretensão pelo decurso do tempo. Incidem

aqui os artigos 12, 17 e 27 do CDC, bem como a orientação sumular 297 do STJ, revelando-se descabido ao caso o regramento do Código Civil no que tange ao prazo prescricional.

A questão da ilegitimidade passiva alegada pelas rés confunde-se com a própria defesa no sentido da ausência de responsabilidade civil das mesmas, e como tal será analisada quando da cognição do mérito.

A respeito da prevenção e da conexão, reconsidero minha decisão de fl. 737, tendo em vista as razões da eminente julgadora mui bem lançadas na decisão de fls. 776-778 que de forma bastante perspicaz e de modo louvável revelou o risco de burla ao juiz natural da causa.

Fora isso, não há outra questão preliminar a ser examinada, impondo-se a imediata cognição do *meritum causae*.

Os contratantes são obrigados a comporta-se em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva antes, durante e depois da formação e execução do pacto. Ainda que incoorra a conclusão da avença, mesmo assim, deveres de caráter geral, mais intensos conforme maior a proximidade do contato social e, conseqüentemente, da confiança legítima despertada, devem ser cumpridos, ainda que situados no âmbito da vedação de *neminem laedere*. Mesmo na inexistência de contrato, impõe-se o reconhecimento do surgimento de direitos e deveres decorrentes da aproximação das partes. A propósito, hoje, a incidência do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual sequer chega a ser objeto de controvérsia.

A credibilidade pela instituição financeira alavanca as vendas e promove o negócio imobiliário, exsurgindo uma expectativa de que o mutuante afiança cabalmente a qualidade da construção. Nesse sentido, Rodrigo Xavier Leonardo:

Nas hipóteses, frequentemente verificáveis no mercado imobiliário para consumo, em que agentes financeiros estabelecem contratualmente controle sobre o progresso (temporal) e sobre os padrões de qualidade da obra – além de publicizar a efetiva participação no empreendimento imobiliário, mediante placas colocadas nos canteiros de obra, informando os consumidores que aquela incorporação está sendo financiada por determinado Banco (a despeito de, assim, cumprirem resoluções do Banco Central)-, estabelece-se um explícito vínculo que implicará a responsabilidade pelo fato ou vício do produto, fundado não no art. 12 ou 18 da Lei 8.078/90, mas no parágrafo único do art. 7º da mesma lei: “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Isso posto como premissa maior, tem-se que no caso concreto sobraram elementos probatórios a revelar que a confiança da autora foi frustrada pelas rés.

A CEF pôs-se ao lado das demais empresas envolvidas no empreendimento, anunciando publicamente seu apoio, seja no estande do feirão, seja na internet, seja no outdoor existente no local da construção. Quem diz “A avaliação da CAIXA é uma garantia a mais de que você está fazendo um bom negócio.” (fl. 113), coloca seu nome no local onde será construído o edifício (fls. 163-181), apresenta a Construtora Kadesh como parceira comercial (fl. 86) e presta “carta de garantia” no valor de R\$ 14.220.000,00 (quatorze milhões, duzentos e vinte mil reais) para garantia do empreendimento (fls. 82-84), certamente alheia ao empreendimento imobiliário não está.

O apoio da CEF à obra é indubitável e não se pode sequer colocar em dúvida de que a mudança de comportamento da instituição financeira em relação à construtora foi superveniente e, por isso, tardia aos olhos dos interessados na aquisição das unidades que se viram, com razão, desapontados.

Não influencia no caso se a aproximação da autora deu-se em razão de comparecimento ou não ao feirão, pois o que importa é que, seja no feirão, seja por outras vias, a instituição financeira colocou-se na condição de parceira da incorporadora e da construtora, o que é mais do que suficiente para despertar uma fundada crença na solidez do negócio, tornando a casa bancária corresponsável pela frustração do empreendimento. E como dito acima, não ter sido concluído o contrato de mútuo imobiliário nada implica ao feito, pois o surgimento de deveres e direitos antecede o pacto, emanando da aproximação das partes.

Por outro lado, a ausência de entrega das unidades e a descontinuidade do projeto original apresentado ao público são incontroversas e afastam maiores ponderações a respeito. A incorporação imobiliária não foi levada a bom termo em razão de divergência entre as rés, perante as quais, nessa questão, a consumidora figura como terceira inocente e prejudicada. Tudo indica que falha na aferição das condições jurídico-econômicas da incorporadora e da construtora, constada tardiamente, veio a obstar a continuidade do planejamento realizado inicialmente, abortando-se a empresa.

Não se há de falar em inadimplência da autora quando foi a CEF que obsteu a concessão de financiamentos. A incorporadora sabia que o negócio poderia resultar ineficaz diante da negativa de financiamento pela CEF e ao que tudo indica foi por problemas da própria construtora – e não da consumidora – que o prédio não saiu do chão. A consumidora, mesmo tendo tido, ao que tudo indica, seu crédito aprovado, inclusive recebendo cartão de conta aberta para débito das prestações, é que se viu pasma diante do descompasso da atuação das demandadas. Tanto a autora não foi a causadora do insucesso da construção que em outro feito a Sahyun Empreendimentos e Participações Ltda. e a Construtora Kadesh Ltda. buscaram ressarcir-se dos danos sofridos mediante a condenação da CEF.

E a incorporadora em hipótese alguma pode ser vista como juridicamente alheia ao ocorrido tendo em vista que tudo indica que inconsistência de sua parte ensejaram a frustração do financiamento da obra. A construção foi paralisada e nem se a autora apresentasse o dinheiro à vista receberia a unidade prometida, pois o empreendimento como um todo simplesmente parou. Da mesma forma que a CEF não pode ser tida como terceira em relação aos erros da incorporadora e da construtora, de igual maneira eventual equívoco da instituição financeira em relação à avaliação das condições jurídico-econômicas das demais demandadas pode ser tida como algo indiferente à sorte do empreendimento que não foi realizado e que ensejou a inocorrência de cumprimento do pactuado. A única parte ingênua no contexto e que não pode assumir o risco do empresa é a consumidora; os demais, assumem conjuntamente os riscos do negócio e resolvem suas pendências entre si, não sujeitando o destinatário da obra.

Portanto, ambas rés agiram de modo a frustrar interesse legítimo da autora na conclusão do negócio, ainda que este não pudesse, em si, ser exigido, pois ausentes os elementos necessários para se reconhecer o direito à conclusão e execução dos contratos de venda e financiamento imobiliário. O que se tutela em casos tais, quando o pacto não restou integralmente formado – houve a assinatura de instrumento particular de promessa de compra e venda (fls. 40-47) sem a formalização do mútuo de escopo -, tendo a proximidade das partes ensejado a formação de expectativas legítimas, mas não de posição jurídica emanada de um contrato preliminar – o que daria ensejo à pretensão à formação do pacto em si -, é a eventual indenização do quanto foi investido na pontuação e a frustração psicológica decorrente da inocorrência do negócio almejado. Tem-se aqui aproximadamente aquilo que Rudolf von Jhering chamou de tutela do interesse negativo em contraposição ao interesse positivo.

Assim, a indenização na hipótese de frustração de interesse legítimo decorrente de confiança legitimamente adquirida não abrange lucros cessantes ou a perda de uma chance. Nesse

sentido, aliás, o julgamento do Recurso Extraordinário 43.951 pelo Supremo Tribunal Federal que circunscreveu a reparação aos danos emergentes. Até mesmo porque a autora não havia pago o imóvel, de forma que poderia ter investido em outra unidade imobiliária, dentre as diversas opções existentes na região de seu interesse, como aliás bem pontuado pela eminente magistrado prolator da sentença de fl. 730 verso.

E no caso em tela, a autora comprova que gastou com a intermediação (fl. 49) relativa à imobiliária que realmente era anunciada como responsável pela corretagem do empreendimento (fl. 184 verso), o que revela a ocorrência do investimento pertinente ao início da execução do negócio consubstanciado nos contratos coligados de compra e venda e de financiamento imobiliário. Eis um dano emergente claro e sobre o qual se impõe a indenização.

Já a necessidade de contratação de despachante imobiliário é duvidosa, ainda que pareça ter ocorrido. A princípio, é desnecessária tal espécie de serviço, sendo tal investimento uma faculdade e uma comodidade a favor de quem deseja adquirir imóvel financiado. Entendo, assim, que não se pode considerar tal investimento como dano indenizável, sob pena de colocar-se sobre os ombros de terceiros um gravame de difícil controle e mensuração. Note-se que o despachante imobiliário, diferentemente da corretora, não é anunciado publicamente como componente da parceria a concretizar o empreendimento. Dessa forma, rejeita-se o pleito no ponto.

Quanto ao dano moral, tem-se que o incômodo ultrapassa em pequena monta o dissabor natural daqueles infortúnios que podem acontecer com qualquer um. Realmente, após dispendido tempo e dinheiro é normal que sobrevenha um aborrecimento considerável, mas nunca a ponto de tornar a vida especialmente difícil ou a ponto de mudar a rotina da prejudicada. O tempo decorrido até que a autora buscasse a resolução judiciária da situação é indiciária de que o acontecimento não lhe causou mal grave. Por isso, entendo que o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) é justo, não representando enriquecimento sem causa e nem deixando a angústia sem compensação.

Ante o exposto, primeiramente, extingo o processo, sem resolução de mérito, em relação à Construtora Kadesh Ltda., reconhecendo-lhe a impossibilidade de responder à ação judicial (art. 485, IV, do CPC). Sem condenação em honorários no ponto.

Apreciando o mérito em relação às demais rés, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda, condenando as mesmas, solidariamente, ao pagamento de indenização por dano material no valor nominal de R\$ 4.536,00 e de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de compensação por dano imaterial. Quanto ao pleito que sobejou, o mesmo é rejeitado.

Condeno as rés solidariamente, ainda, ao pagamento de honorários sucumbenciais no valor de 15% do valor da condenação e em igual montante a autora em face de cada demandada perante a qual parcialmente sucumbiu, mas ficando em relação a esta a exigibilidade suspensa em razão da gratuidade deferida. Sem compensação de honorários. Custas pela metade para cada lado, suspensa a exigibilidade em relação à autora.

Juros de 1% a.m. a contar de 24.07.2010 (STJ, Recurso Especial 1.479.864, bem como súmula 54, também do STJ) no que tange tanto à indenização por dano material quanto imaterial, sendo ainda aplicada a correção monetária (IPCA-E) a contar do evento danoso 24.07.2010 em relação ao dano material e desta sentença que toca à compensação do dano moral (súmula 362 do STJ).

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

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

PROCEDIMENTO COMUM**0001726-06.2016.4.03.6183**

Autor: EDUARDO JOSÉ MAGALHÃES MARTINS JUNIOR
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2018

EDUARDO JOSÉ MAGALHÃES MARTINS JUNIOR, nascido em 24/04/1972, ajuizou a presente ação, em face do *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS*, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visando à concessão de pensão especial vitalícia para vítimas de Talidomida, desde a data do requerimento administrativo, em 18/12/2013.

Narrou deformidade congênita nos quatro membros, causada pela ingestão da medicação Talidomida pela genitora.

Juntou procuração e documentos (fls. 44/108).

Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, a análise do pedido de tutela provisória de urgência foi postergada para ser realizada após a vinda do laudo pericial (fls. 11/113).

Em Juízo, foram realizadas duas perícias, por especialista em clínica médica (fls. 120/128) e por médico geneticista (fls. 143/148).

O INSS apresentou contestação (fls. 150/165).

O Ministério Público Federal manifestou-se para declinar a necessidade de sua intervenção, pois o autor não é incapaz para atos da vida civil, ausente interesse público a justificar a sua intervenção no processo (fls. 175/176).

É o relatório. Passo a decidir.

A pensão especial aos portadores de deficiência física conhecida por “Síndrome de Talidomida” é disciplinada pela Lei nº 7.070/82, autorizando a concessão do benefício de forma vitalícia e intransferível, conforme abaixo destacado:

Art 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como “Síndrome da Talidomida” que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

A concessão do benefício, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.070/82, depende apenas de prova do nexos causal entre a malformação apresentada pelo autor e o uso da medicação informada durante a gestação.

A talidomida é medicamento ansiolítico amplamente comercializado após os anos de 1950 para controlar náuseas e tensão durante a gestação, antes do descobrimento científico dos males provocados nos fetos. A partir dos anos 1960, descobriram-se os efeitos provocados pela ingestão do fármaco por gestantes e seu uso foi banido. No Brasil, o medicamento não foi retirado de circulação e continuou a ser distribuído na rede pública para tratamento de estados reacionais da hanseníase.

Os sobreviventes da síndrome apresentam, em regra, alterações de membros (ausência

de elementos intermediários), alterações do eixo radial, amelia de membros, anomalias na estrutura vertebral e outros problemas, como anomalias oculares.

Há outras síndromes congênitas com características similares àquelas apresentadas pela síndrome de talidomida. A técnica científica atual não desenvolveu exame laboratorial suficiente para apurar com certeza absoluta que a malformação desenvolvida nos sobreviventes seja decorrente do uso do medicamento.

Na ausência de critério preciso científico, a conclusão deve ser realizada com análise do quadro clínico das lesões, idade do autor, declaração da genitora sobre contato com a medicação e demais provas produzidas nos autos.

No caso em análise, o uso de medicação pela genitora é compatível com períodos de comercialização do medicamento e, ademais, consta nos autos que o contato com a droga ocorreu em decorrência do tratamento de hanseníase de seu marido, pois “as pílulas foram guardadas junto a outras”.

A primeira perícia médica realizada em juízo concluiu pela falta de elementos suficientes para comprovar o nexa da deformidade com a ingestão do medicamento. No entanto, recomendou análise por especialista em doenças genéticas (fl. 124).

Realizada perícia por médico geneticista, o perito narrou malformação nos quatro membros do autor. Embora não sejam totalmente típicas da síndrome em análise, conclui o perito pela presença de várias características da síndrome de talidomida. Destaco trecho em questão: “O Sr. Eduardo apresenta várias características que podem ocorrer na síndrome da talidomida, entre as quais: alteração de eixo radial, anomalia mesomélicas em membros superiores, anomalias mesomélicas em membros inferiores, anomalias proximais de mãos e anomalias de pés” (fl. 148). *Grifei.*

O conjunto probatório, portanto, autoriza a concessão da pensão vitalícia à vítima de talidomida, pois o nascimento do autor coincide com o período de comercialização da droga no país e a caracterização da deficiência está associada à efetiva utilização do medicamento durante a gestação de sua genitora, comprovando o nexa causal.

O benefício deve ser concedido desde a data do requerimento administrativo, em 27/02/2014, conforme documentos dos autos e carta de indeferimento (fl. 105).

Nos termos do art. 1º, §2º, da Lei 7.070/1982, a natureza e os indicadores de dependência do autor estão relacionadas ao grau de incapacidade para o trabalho, para deambulação, para a higiene pessoal e para a própria alimentação, atribuindo-se de um a dois pontos, respectivamente, conforme o grau de dependência seja parcial ou total.

No caso dos autos, o autor possui apenas o membro inferior esquerdo, porém, com hipertrofia muscular e mobilidade parcial dos dedos (fl. 143 verso).

Diante disso, o perito concluiu pela completa dependência do autor, nos seguintes termos: “A incapacidade é total e permanente para o trabalho. *O periciando necessita de assistência permanente de outra pessoa para atividades que exijam manipulação mínima, cuidados pessoais, higiene própria, locomoção, deambulação, alimentação e exercício mínimos de cidadania*” (fl. 146 - verso). – *Grifei.*

O quadro descrito é compatível com a *pontuação em grau máximo de oito pontos*, conforme estabelecido em lei, autorizando este juízo a reconhecê-la, tendo em vista a suficiência das dificuldades narradas em perícia e a própria constituição física do autor (veja fotografia de fl. 52).

Considerando a idade maior de 35 anos do autor, a necessidade de assistência permanente

de terceira pessoa e a pontuação superior a seis pontos, é devido o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) na pensão vitalícia, nos termos do art. 3º, §2º, da Lei 7.070/1982.

Por fim, o benefício pretendido possui caráter indenizatório, não prejudicando o recebimento de outros benefícios de natureza previdenciária, nos termos do art. 3º, §1º, da 7.070/1982, podendo ser cumulado com o benefício de pensão por morte recebida pelo autor (NB 756.070.406).

Diante do exposto, *julgo parcialmente procedente* o pedido para: *a)* conceder a pensão especial por síndrome de talidomida ao autor, desde a data do requerimento administrativo, em 27/02/2014; *b)* declarar a dependência de terceiros e condenar o INSS a acrescentar no valor da renda mensal inicial o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. do art. 3º, §2º, da Lei 7.070/1982; *c)* condenar o INSS a calcular o benefício concedido, considerando o máximo de *08 (oito) pontos*, relativo ao grau de dependência, nos termos do art. 1º, da Lei 8.686/93, e proceder ao pagamento de atrasados.

As prestações em atraso são devidas desde 27/02/2014, apuradas em liquidação de sentença, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução, mas com observância do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com força de repercussão geral, no RE nº 870947/SE, no que toca à correção monetária.

Considerando o direito ora reconhecido e seu caráter alimentar, evidenciado o perigo de dano, *concedo a tutela de urgência* para implementação do benefício no prazo de 20 (vinte) dias úteis, contados do recebimento da notificação eletrônica, bem como confirmo a decisão que antecipou os efeitos da tutela deferida às fls. 69/71.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no percentual mínimo sobre valor da condenação, a ser definido após liquidação da sentença, nos termos do art. 85, §3º, inciso III, e §4º, inciso II, do CPC, observada a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

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).

Intime-se o Ministério Público Federal.

Custas na forma da Lei.

P.R.I.

São Paulo, 15 de março de 2018.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

MANDADO DE SEGURANÇA**0003700-88.2016.4.03.6115**

Autores: HENRIQUE FERREIRA GUIMARÃES E GABRIEL FERRARI DA CRUZ

Réus: INEP E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Juiz Federal: RICARDO UBERTO RODRIGUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/08/2018

Vistos.

Henrique Ferreira Guimarães e Gabriel Ferrari da Cruz, assistidos por suas mães, ajuizaram ação, pelo rito comum, em face da *União Federal* e do *INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira*, na qual se objetiva antecipação de tutela “a fim de que o INEP seja compelido, quanto aos Autores do presente procedimento, a elaborar e aplicar aos Autores do presente procedimento prova que atente para os termos da Lei Federal nº 13.146/2015, ou seja, adequada e condizente, quanto à forma e conteúdo, à deficiência mental apresentada pelos Demandantes e que se encontra suficientemente caracterizada na documentação que instrui a presente demanda” e “especificamente no tocante à prova de redação integrante do ENEM, seja o INEP compelido a providenciar aos Autores do presente procedimento o enunciado de forma clara e adequado às condições dos inscritos, ambos portadores de Síndrome de Asperger, bem como que a correção a ser levada a efeito pela banca examinadora leve em consideração a singularidade e particularidades dos Autores” e, por fim, “seja o INEP compelido a providenciar e garantir, durante a aplicação da prova, a presença de profissionais qualificados para o acompanhamento e orientação dos Autores no atendimento de tudo o quanto se faça necessário”. Ao final, ratificaram os pedidos formulados em tutela de urgência.

Aduzem, em apertada síntese, que o autor Henrique Ferreira Guimarães é portador de doença com CID F84.5, denominado Transtorno de Asperger (TA), pelo que apresenta dificuldades relacionadas ao desempenho acadêmico global, mas possui potencial cognitivo para as áreas de interesse, nas quais pode apresentar rendimento superior à média. Asseveram que o autor é capaz de conduzir sua formação em nível superior sem restrições e de realizar plenamente as atividades relacionadas, todavia, seu desempenho acadêmico deve ser avaliado de maneira especial, notadamente pelas dificuldades que apresenta com o grafismo, sendo necessário o acompanhamento e a avaliação por intermédio de profissional que considere os déficits psicomotores próprios das pessoas com Síndrome de Asperger, com disponibilização de mobiliário e sala adequada, livre de distratores, e tempo superior para realizar a prova.

Relata a inicial que o autor Gabriel Ferrari da Cruz também é diagnosticado com Transtorno de Asperger (CID F84.0 e G40.9), sendo dependente nas habilidades adaptativas para a idade, necessitando de acompanhante em transporte coletivo, razão pela qual necessita do mesmo acompanhamento e da disponibilização e ambiente e tempo adequado para a realização da prova.

Alegam que ambos são estudantes e pretendem ingressar no ensino superior, submetendo-se à prova do ENEM-2016, realizado pelo INEP, na qual já se encontram devidamente inscritos. Ressaltam que o edital do certame prevê no item 2.2 a possibilidade de atendimento “especializado” ou “específico” para o caso dos autores; todavia, o Edital não atende aos termos da Lei nº 13.146/2015, uma vez que as provas devem ser elaboradas de forma adequada à sua

deficiência, com a correção também adequada à sua espécie de deficiência. Aduzem dificuldades quanto à linguagem, atenção, visuopercepção, planejamento, organização e flexibilidade cognitiva e na memória de trabalho ou operacional. Invocam o direito previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência de ser disponibilizada prova em formato acessível para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência, a dilação de tempo para a realização do exame e a adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas e de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência. Asseveram que a aplicação do princípio da isonomia contempla a possibilidade de tratamento diferenciado aos desiguais. Batem pela necessidade de concessão da liminar.

Com a inicial juntaram procuração e documentos (fls. 19/95).

A tutela antecipada foi concedida para determinar ao INEP as seguintes obrigações de fazer (fls. 99/114): a) aplicar prova condizente, quanto à forma e conteúdo, com a deficiência mental apresentada pelos autores (Síndrome de Asperger); b) elaborar provas com enunciados claros, de modo a facilitar a inteligência pelos autores, segundo suas deficiências; c) que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, considere a singularidade e particularidades dos Autores; d) disponibilização de profissionais adequados para o acompanhamento das provas pelos autores, notadamente de “psicopedagogos”. Determinou-se, outrossim, que o cumprimento da medida deveria ser comprovado nos autos até 15 (quinze) dias após a realização das provas e até 15 (quinze) dias após a realização da respectiva correção e divulgação do resultado, sob pena de multa diária no importe de R\$ 300,00 (trezentos reais), até o limite de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser revertida aos autores.

Informada a interposição de agravo de instrumento pelo INEP a fls. 117/140, sobreveio informação o indeferimento do efeito suspensivo almejado (fls. 142/verso).

Emenda à inicial na qual se requer a *exclusão da União* do polo passivo (fl. 143).

Informado, pelo INEP, o cumprimento parcial das obrigações determinadas na decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 144/147).

Citado, o INEP ofereceu contestação a fls. 148/156. Argui, preliminarmente, a conexão ou continência da presente demanda em relação aos autos nº 0001470-73.2016.4.03.6115. No mérito, aduz que o Edital do ENEM 2016 dispensou tratamento diferenciado aos portadores de necessidades especiais nos itens 2.2.1.1, 2.2.2 e 2.2.3. Discorre sobre as normas constitucionais e infralegais acerca da proteção à pessoa com deficiência. Ressalta que, em relação à deficiência dos autores, foi editada a Lei nº 12.764/2012. Destaca que não se discute o direito da pessoa com deficiência de dispor de tratamento diferenciado, todavia assevera que o tratamento deve ser balizado pelo princípio da legalidade, igualdade e pela premissa que as políticas públicas são implementadas de forma gradativa. No caso dos autos, afirma que o Réu assegurou “de modo satisfatório”, os direitos dos autores. Sustenta que a “vastidão” de deficiências existentes impede a realização de uma prova específica para cada uma. Enfatiza que, no caso dos autores, “há um espectro demasiadamente grande para ofertas individuais de recursos na aplicação do exame, uma vez que as necessidades variam muito de indivíduo para indivíduo”. Afirma a impossibilidade de aplicação diferenciada no conteúdo e na forma, bem como na correção, que possa ser padronizada e replicada com segurança em todos os casos. Diz que os autores, embora apresentem a mesma deficiência, possuem dificuldades distintas. Pontua que o art. 41 do Decreto nº 3.298/99 determina que a pessoa com deficiência participará das provas de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que tange ao conteúdo da prova, avaliação e critérios de aprovação. Pondera que, em curto espaço de tempo, entre o deferimento da liminar e a realização das provas, é impossível o atendimento das obrigações

determinadas na decisão antecipatória. Afirma a inexistência de estudos que explicitem qual modelo de prova a que as pessoas com Síndrome de Asperger devem ser submetidas. Sustenta a inexistência de previsão legal para a aplicação de provas e critérios de correção diferenciados aos portadores de síndromes de asperger; a absoluta impossibilidade fática de cumprimento do quanto requerido pelos autores; a ausência de elementos científicos que comprovem a que tipo de avaliação devem ser submetidos os autores. Bate pela vinculação ao Edital e a violação ao princípio constitucional da separação de poderes. Requer, ao final, a improcedência dos pedidos.

Juntou documentos (fls. 157/184).

Manifestou-se o MPF a fls. 186/187.

Réplica a fls. 189/193, com a qual houve a juntada de documentos (fls. 194/195).

Despacho saneador a fls. 196/198, no qual foram enfrentadas as seguintes questões: a) fixados os pontos controvertidos quanto à impossibilidade absoluta ou não de cumprir a tutela deferida e os danos suportados pelos autores; b) deferida, inicialmente, a juntada de laudos técnicos que demonstrem a (im)possibilidade de atendimento das demanda formulada pelos autores; c) determinado que o INEP comprove o cumprimento do item “c” da decisão que deferiu a tutela; d) acolhida a emenda à inicial e determinada a exclusão da União do polo passivo; e) reconhecida a conexão com o feito nº 0001470-73.2016.4.03.6115.

Requerida a dilação de prazo pelo INEP para cumprimento da decisão a fls. 202/203 e juntados documentos a fls. 204/205.

Manifestaram-se os autores a fls. 207/214 e juntaram documentos a fls. 215/506.

Manifestou-se o MPF no sentido do descumprimento da tutela antecipada e pela aplicação de multa a fls. 510/verso.

Determinada a realização de prova pericial e testemunhal a fls. 512/515.

Juntados documentos pelo INEP a fls. 526/596, 599/607, 609/610.

Quesitos pelo INEP a fls. 616/617 e pelos autores a fls. 618/619.

MPF reputa suficientes quesitos das partes e do juízo a fl. 625.

Em audiência, foram colhidos os depoimentos pessoais dos representantes legais dos autores e ouvidas as testemunhas arroladas (fls. 626/635).

Informações prestadas pelo setor administrativo no sentido de falha na gravação dos depoimentos das partes e testemunhas a fls. 640/647.

Expedido ofício à Diretoria do Foro noticiando a falha ocorrida e requerendo a responsabilização da empresa contratada para a prestação do serviço (fls. 648/650).

Determinada a realização de nova audiência a fl. 651.

Juntados documentos pelo MPF, extraídos do Inquérito Civil Público nº 1.34.023.000107/2016-21 a fls. 688/718.

Em audiência, foi colhido o depoimento pessoal da representante legal do autor Henrique e os depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes (fls. 736/744).

A fl. 745 foi juntado documento apresentado por testemunha em audiência.

Laudo Pericial juntado a fls. 750/761.

Manifestaram-se as partes a fls. 764/767 (autores) e fls. 775/786 (INEP).

Parecer pelo MPF a fls. 789/verso.

Convertido o julgamento em diligência a fls. 800/801.

Os autores juntaram documentos a fls. 805/811.

Requeridos esclarecimentos à perita pelo INEP a fls. 813/815.

Juntados esclarecimentos pela perita judicial a fls. 817 e verso.

Intimadas as partes, manifestaram-se, derradeiramente, as partes (fls. 819/820 e 824/825).

Após parecer pelo MPF, vieram-me os autos conclusos para sentença.

É, no essencial, o relatório.

Fundamento e decido.

II

A questão central dos presentes autos envolve a materialização da prestação estatal no que tange à promoção do acesso da pessoa com deficiência ao ensino superior. Inegavelmente, a discussão travada na presente demanda perpassa pela análise do alcance e da evolução do princípio constitucional da isonomia, notadamente no que diz respeito à transição de uma concepção de igualdade formal para a denominada “igualdade material”. Nesse passo, consoante preleciona *Paulo Bonavides*:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

E adverte que:

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto que o faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade ‘perante’ a lei, mas de uma igualdade ‘feita’ pela lei, uma igualdade ‘através’ da lei.

[...]

A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inumeráveis juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; ‘igualdade niveladora’, volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.

Pelo princípio da igualdade material entende-se, segundo Perenthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais.

Destacando a importância do princípio da isonomia e as fases de sua evolução, *Ingo Wolfgang Sarlet* e *Gabrielle Bezerra Sales Sarlet*, em percuciente artigo doutrinário, afirmam que:

[...] o princípio da igualdade (e a noção de isonomia) guarda relação íntima com a noção de Justiça e com as mais diversas teorizações sobre a Justiça, posto que, além de outras razões

que podem ser invocadas para justificar tal conexão, a justiça é sempre algo que o indivíduo vivencia, em primeira linha, de forma intersubjetiva e relativa, ou seja, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados.

[...]

Nessa perspectiva, é possível, para efeitos de compreensão da evolução anteriormente apontada, identificar três fases que representam a mudança quanto ao entendimento sobre o princípio (e direito) da igualdade, quais sejam: a) a igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, em que a igualdade também implica a afirmação de prevalência da lei; b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; c) igualdade como igualdade da própria lei, portanto, uma igualdade ‘na’ lei.

Destacam os ilustres doutrinadores que a concepção material de igualdade na terceira fase – igualdade na lei – impõe ao Estado um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais – igualdade social ou de fato – notadamente ao se constatar que a Constituição Federal de 1988 não se limitou a enunciar um direito geral de igualdade, mas estabelece, ao longo do texto constitucional, “uma série de disposições impositivas de um tratamento igualitário e proibitivas de discriminação (cláusulas especiais de igualdade)” e asseveram que no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto ao tratamento igual para situações manifestamente iguais; b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

Nessa esteira, exsurge a questão da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, a qual evoluiu de uma perspectiva individualista e ambientada nas ciências médicas, que considerava a vulnerabilidade dessas pessoas como uma “tragédia pessoal” (modelo médico), para situar o tema “no campo das construções sociais, políticas e econômicas” (modelo social), como bem destaca Leonel Pires Ohlweiler, que, citando Anthony Giddens, pontuou que o “modelo social de deficiência” foi construído a partir da tese “segundo a qual a deficiência seria uma forma de opressão social, pois, deste modo, ‘a deficiência não era mais compreendida como problema de um indivíduo, mas em termos de barreiras sociais que as pessoas com limitações enfrentam para participarem plenamente da sociedade’”.

Sob tal enfoque, assume especial relevo a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que adotou o “modelo social”, ultrapassando a concepção do “modelo médico”, ao estabelecer em seu art. 1º que: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir *sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*” (grifo nosso).

A adoção de uma concepção “biopsicossocial” de deficiência impõe ao Estado e a toda sociedade o dever de empreender esforços para a interação da pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas. A propósito, enfatizam *Ingo Wolfgang Sarlet* e *Gabrielle Bezerra Sales Sarlet* que “a nova perspectiva para a deficiência implica a concreta equalização de igualdade e de dignidade para todos, indistintamente, promovendo, no que for necessário, as ações afirmativas adequadas para a inversão do contexto discriminatório que ainda perdura até a atualidade por um padrão solidário e inclusivo” e acrescentam que “um dos legados mais importantes desse modelo social foi a compreensão contemporânea da deficiên-

cia em uma abordagem coletiva que se projeta para a pluralidade, para a tolerância e para a diversidade. O outro legado foi a consciência de que cabe a todos, solidariamente, a retirada das barreiras sociais, intelectuais, culturais e arquitetônicas que separam todas as pessoas, deficientes ou não. Portanto, diz-se que houve a neutralização do aspecto estigmatizante que se pensava estar ínsito à noção de deficiência.”

E, no que se refere ao direito à *educação*, o art. 24 da Convenção estabeleceu o seguinte:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.

Vale lembrar que o Brasil é signatário da Convenção em epígrafe e que a “internalizou” em nosso ordenamento jurídico (Decreto Legislativo nº 186/2008 e Decreto nº 6.949/2009) mediante a adoção do rito especial previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, o que lhe conferiu a envergadura de emenda constitucional.

É importante destacar que, mesmo no texto constitucional originário, ao se estabelecer a educação como “direito de todos e dever do Estado” (art. 205) e a oferta de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (art. 208, III), a Carta da República já determina a necessidade de adoção de políticas públicas para a superação da desigualdade de oportunidades e de inclusão das pessoas com deficiência (cláusulas especiais de igualdade).

Também se encontra plasmado no texto constitucional o princípio de igualdade de condições de acesso ao ensino (art. 206, I) e a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um (art. 208, V).

Acresça-se que o Brasil possui vasto arcabouço legislativo que versa sobre a questão da pessoa com deficiência no ensino superior: Decreto nº 3.956/2001, que ratificou a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência; Portaria nº 3.284/2003, que tratou dos requisitos de acessibilidade no que toca aos processos de autorização, de reconhecimento e credenciamento de instituições; Decreto nº 5.296/2004, que estabeleceu as normas gerais e os critérios básicos para o atendimento prioritário e para a acessibilidade de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida; Decreto nº 7.611/2011, que implantou o atendimento educacional especializado e previu a estruturação de núcleos de acessibilidade nas IES federais, dentre outros.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, veiculado pela Lei nº 13.146/2015, estabeleceu-se a necessidade de criação e manutenção de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de ensino:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 10 Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Art. 9º A pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de:

III - disponibilização de recursos, tanto humanos quanto tecnológicos, que garantam atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas;

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

- I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;
 - II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;
 - III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;
 - IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;
 - V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;
 - VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;
 - VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;
 - VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;
 - IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;
 - X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;
 - XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;
 - XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;
 - XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;
 - XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;
 - XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;
 - XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;
 - XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;
 - XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.
- § 10 Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

[...]

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

Agregue-se que o *Supremo Tribunal Federal* no julgamento da *ADI 5357* declarou a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015, reafirmando, assim, o compromisso do Brasil com as políticas de inclusão social da pessoa com deficiência:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. (STF, ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016)

É importante frisar que, antes mesmo do advento do Estatuto, a Lei nº 7.853/89 já garantia o acesso das pessoas com deficiência à educação com caráter especial e adequada às

suas condições.

De igual modo, já dispunha o Decreto nº 3.298/1999 (Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência) que as instituições de ensino devem oferecer adaptações em provas e o apoio necessário ao aluno com deficiência:

Art. 27. As instituições de ensino superior deverão oferecer adaptações de provas e os apoios necessários, previamente solicitados pelo aluno portador de deficiência, inclusive tempo adicional para realização das provas, conforme as características da deficiência.

§ 1º As disposições deste artigo aplicam-se, também, ao sistema geral do processo seletivo para ingresso em cursos universitários de instituições de ensino superior.

§ 2º O Ministério da Educação, no âmbito da sua competência, expedirá instruções para que os programas de educação superior incluam nos seus currículos conteúdos, itens ou disciplinas relacionados à pessoa portadora de deficiência.

Art. 28. O aluno portador de deficiência matriculado ou egresso do ensino fundamental ou médio, de instituições públicas ou privadas, terá acesso à educação profissional, a fim de obter habilitação profissional que lhe proporcione oportunidades de acesso ao mercado de trabalho.

§ 1º A educação profissional para a pessoa portadora de deficiência será oferecida nos níveis básico, técnico e tecnológico, em escola regular, em instituições especializadas e nos ambientes de trabalho.

§ 2º As instituições públicas e privadas que ministram educação profissional deverão, obrigatoriamente, oferecer cursos profissionais de nível básico à pessoa portadora de deficiência, condicionando a matrícula à sua capacidade de aproveitamento e não a seu nível de escolaridade.

§ 3º Entende-se por habilitação profissional o processo destinado a propiciar à pessoa portadora de deficiência, em nível formal e sistematizado, aquisição de conhecimentos e habilidades especificamente associados a determinada profissão ou ocupação.

§ 4º Os diplomas e certificados de cursos de educação profissional expedidos por instituição credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente terão validade em todo o território nacional.

Art. 29. As escolas e instituições de educação profissional oferecerão, se necessário, serviços de apoio especializado para atender às peculiaridades da pessoa portadora de deficiência, tais como:

- I - adaptação dos recursos instrucionais: material pedagógico, equipamento e currículo;
- II - capacitação dos recursos humanos: professores, instrutores e profissionais especializados; e
- III - adequação dos recursos físicos: eliminação de barreiras arquitetônicas, ambientais e de comunicação.

E, no que se refere especificamente à pessoa com Transtorno do Espectro Autista, foi editada a Lei nº 12.764, de 27.12.2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, definindo em seu art. 1º, §1º, que é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos: I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento; II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos. E estabeleceu no § 2º que a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa

com deficiência, para todos os efeitos legais.

No ponto, há que se destacar como direito da pessoa com Transtorno do Espectro Autista o acesso à educação e ao ensino profissionalizante (art. 3º, “a”); bem como, em casos de comprovada necessidade, o direito a acompanhante especializado no ensino regular (parágrafo único).

Desse modo, verifica-se a existência de vasto arcabouço normativo apto a assegurar a acessibilidade aos indivíduos acometidos pelo Transtorno do Espectro Autista.

Segundo o artigo de autoria da Professora Silvia Ester Orrú, denominado “As singularidades da Síndrome de Asperger: desafios para usufruir do direito à educação no ensino superior”, juntado a fls. 239/257, a Síndrome de Asperger “apresenta uma alteração qualitativa nas interações sociais recíprocas e um repertório de interesses e atividades restritos, apresentando fala e comportamentos estereotipados e repetitivos. Sua diferença em relação ao autismo está no fato de não haver deficiência de linguagem ou retardo do desenvolvimento cognitivo do sujeito”; conquanto destaque que parte da doutrina entenda que a Síndrome de Asperger não exista como entidade distinta do autismo, ou que seu diagnóstico invalide o de autismo. Segundo o artigo mencionado: “As escalas DSM IV, DSM IV TR e o CID 10 para o diagnóstico referem-se a déficits de comportamento, interação social e linguagem. De acordo com o DSV IV (APA, 1995) e o CID 10 (OMS, 1993) o indivíduo com Síndrome de Asperger apresenta a alteração/disfunção social do autismo na presença de inteligência ‘normal’, não havendo atraso de linguagem. Suas características estão relacionadas a alterações qualitativas na área de interação social recíproca, no desenvolvimento de padrões restritos e repetitivos de comportamento, atividades e interesses, além de comportamentos estereotipados e fala ecológica conforme traz a CID 10: F8”. E destaca que na quinta versão do DSM (APA, 2013) houve a unificação dos transtornos como autismo infantil, autismo atípico e Síndrome de Asperger em uma só categoria denominada “*Transtorno do Espectro do Autismo*”, embora a Síndrome de Asperger seja considerada uma espécie mais branda do autismo.

Compulsando os autos, verifico que os autores comprovaram, por intermédio dos documentos de fls. 24/32, 38/49, 217/218, 219/223, 224/225 consubstanciados em atestados médicos, relatórios psicopedagógicos e declarações médicas e pelo Laudo Pericial de fls. 751/756, que são portadores da Síndrome de Asperger – Transtorno do Espectro do Autismo (TEA).

No ponto, destacou o Laudo Pericial de fls. 751/756 que: “Analisando a documentação juntada aos autos, Henrique Ferreira Guimarães padece de transtorno do espectro autista sem comprometimento intelectual concomitante e discalculia. Gabriel Ferrari da Cruz padece de transtorno do espectro autista sem comprometimento intelectual concomitante e epilepsia não especificada”.

Ainda, segundo o Laudo Pericial, os autores “são portadores de TEA de nível 1, autismo leve”. Em relação a este nível, o “indivíduo apresenta dificuldade na comunicação e interação social; rigidez comportamental que interfere no funcionamento em pelo menos dois contextos: dificuldades nas funções executivas de alternância, organização e planejamento que prejudicam os comportamentos de autonomia e independência”. Neste caso, conforme exposto pela perícia, “o indivíduo geralmente mantém menos contato visual que o habitual, é extremamente tímido, apresenta respostas emocionais inadequadas, movimentos repetitivos e/ou incomuns, incoordenação motora, uso e interesse inadequado por objetos, dificuldade de mudança de tarefas e rotinas, ausência ou excesso de respostas a sons inesperados ou habituais, desatenção, respostas levemente anormais do paladar, olfato e tato, medo ou nervosismo em situações que indivíduos de mesma idade reagiria com normalidade, atraso global da fala, comunicação verbal

(pode ocorrer ecolalia e inversão pronominal) e não verbal anormal, agitação ou lentidão e a eficiência intelectual totalmente ou razoavelmente preservada” (fl. 753).

De logo, é importante assinalar que se constitui aspecto central da presente demanda a verificação da possibilidade de se estabelecerem adaptações mínimas e de certa forma homogêneas às provas do ENEM que possibilitem maior nivelamento das pessoas com a deficiência mencionada - Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) – em relação aos demais candidatos, de modo a prover a igualdade material e, conseqüentemente, a igualdade de oportunidade e de acesso ao ensino superior.

É certo que não se pretende, de forma simplista, determinar que o Poder Público elabore avaliações “a la carte”, para cada espécie ou nível de deficiência, o que tornaria impossível a elaboração de uma prova de âmbito nacional como o ENEM, mas sim definir quais seriam os requisitos mínimos e possíveis de serem disponibilizados pelo Estado para o melhor atingimento do nivelamento necessário a garantir o mínimo de igualdade de condições e competitividade.

Como bem destacado pela *Professora Sílvia Ester Orrú*: “O vestibular padronizado é excludente e não respeita as singularidades das pessoas com deficiência, especificamente neste caso, da pessoa com Síndrome de Asperger. Um processo seletivo, tal como é o vestibular, contradiz toda a legislação existente hoje no Brasil que nos orienta a produzir adequações curriculares, didáticas, metodológicas e avaliativas para que ninguém fique de fora de seu direito em receber educação. [...] Se o vestibular é a ponte obrigatória de passagem para o ensino superior, então, obrigatoriamente, ele também deve prover condições e adequações para o candidato com deficiência, especificamente, o candidato com Transtorno do Espectro do Autismo possa realiza-lo tendo seu potencial valorizado, suas limitações respeitadas e suas demandas singulares atendidas” (fls. 244/245).

Com efeito, a “inflexibilidade” dos processos seletivos não condiz com o caráter inclusivo que deve ser ínsito ao ensino superior.

Desse modo, pela prova documental, testemunhal e pericial colhida nos autos é possível extraírem-se alguns fatores de adaptação que podem melhorar a acessibilidade das pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA).

Nesse passo, a professora *Sílvia Ester Orrú* sugere as seguintes flexibilizações para o atendimento das necessidades do candidato com Síndrome de Asperger (fl. 251): a) auxílio de um interprete de enunciados; b) adequação de sua avaliação de modo que possa fazê-la oralmente ou mesmo redigir em um quadro branco que lhe permita melhor se colocar e se organizar em um espaço maior que uma folha de papel tamanho padrão para as provas. Anota, ainda, ser razoável exigir da instituição de ensino as seguintes providências:

- a) Ledor – Profissional que lê em voz alta para o candidato/aprendiz;
- b) Intérprete de enunciados – profissional que lerá e explicará de maneira clara o que está sendo solicitado para a prova;
- c) Transcritor – Profissional que auxilie a transcrever a redação, as questões discursivas e o gabarito;
- d) Maior tempo de prova – pelo menos 25% a mais de tempo para a realização da prova;
- e) Auxílio de calculadora ou computador/notebook – valorização do raciocínio presente na resolução do problema e não ênfase nas operações matemáticas utilizadas;
- f) Avaliações em formato alternativo – prova oral, utilização do quadro e pincel;
- g) Algum tipo de organizador durante a prova, como um esquema, por exemplo;

h) Realizar a prova em um lugar à parte, silencioso e sem distrações.

O parecer psicopedagógico juntado a fls. 217/218, elaborado pela psicopedagoga *Dra. Thaís Chabaribery*, indica a necessidade das seguintes adaptações:

a) Provas de múltipla escolha com enunciados claros, objetivos e apoio de psicopedagogo em sala para eventual interpretação dos enunciados;

b) Correção realizada ou acompanhada por profissional especializado, principalmente a prova de redação;

c) Transcritor para a transposição do gabarito da prova;

d) Uso de calculadora;

e) Móvel adaptada (mesa e cadeira separadas).

O Laudo Pericial elaborado pela *Dra. Lívia Ignácio de Freitas*, Neuropsicóloga (fls. 751/756), ao responder ao quesito “e” do Juízo, no sentido de informar se é possível estabelecer adaptações mínimas que garantam maior nivelamento de condições de disputa dos candidatos com TEA e candidatos não portadores de necessidades especiais, esclareceu o seguinte:

“As condições mínimas para um nivelamento adequado entre os candidatos são:

- Questões com enunciados curtos, claros e objetivos. Sem presença de figuras de linguagem, metáforas, significado dúbio ou que exija interpretações complexas.

- Presença de profissional da área de educação para auxiliar na leitura e compreensão do que é solicitado na prova.

- Profissional para transcrever a prova de redação e passar as questões assinaladas para o gabarito oficial.

- Dilação no tempo de realização da prova.

- Ajuste mobiliário (mesa e cadeiras separadas).

- Permitir a realização da prova em sala à parte, sem presença de distratores.

- Correção da prova de redação realizada por profissional que tenha um olhar sobre as especificidades resultantes do quadro.

- Auxílio de calculadora para o autor Henrique, tendo em vista o quadro de discalculia. (fl. 751/verso)

Acresça-se que, mesmo nas informações prestadas pelo INEP, verifica-se que há possibilidade de realizar adaptações nas provas do ENEM considerando-se as características gerais dos indivíduos com TEA. A propósito, colhem-se do Parecer Técnico-Psicológico juntado a fls. 699/705, elaborado pela Psicóloga *Dra. Lilian da Fonseca Santos*, as seguintes orientações para adaptações da prova do ENEM:

a) Hipo ou hiper-reatividade a estímulos sensoriais – a hiper-reatividade pode ser a característica que mais interfira na realização do ENEM, por este motivo sugere-se que estas estudantes possam realizar a prova em salas com número reduzido de pessoas, para que os estímulos auditivos (barulho) não sejam uma barreira durante a realização da prova. Deve-se considerar no formulário de inscrição um campo para o estudante apontar se tem hiper-reatividade a estímulos auditivos ou visuais, como, por exemplo, luminosidade. Com o conhecimento prévio desta característica é possível dispor uma sala adaptada para o estudante realizar o exame, desta forma esta característica não será uma barreira à participação em condições de igualdade no ENEM.

b) Deficiência intelectual – para eliminar barreiras a esta característica deve-se ter uma avaliação adaptada em que as questões do ENEM tenham sido elaboradas utilizando uma linguagem clara e objetiva, sem expressões que possibilitem múltiplas interpretações. O uso

de imagens no enunciado e nas respostas também é indicado, pois em geral indivíduos com TEA são atentos a detalhes visuais. É indicado também que os enunciados não sejam extensos, dificultando a interpretação dos mesmos. Caso o estudante indique a necessidade, poderá ter um leitor durante a prova, o que fará com que o estudante concentre o esforço cognitivo em duas habilidades, ler e interpretar podendo levar a um prejuízo no desempenho do exame.

c) Dificuldades de coordenação motora e dispraxia – caso haja prejuízo na coordenação motora fina, que poderá comprometer a habilidade de escrita durante o exame, poderá ser oferecido ao estudante um escriba, que transcreverá suas respostas mesmo que seja apenas para assinalar uma questão. Outra adaptação é a realização da prova utilizando recursos de tecnologia assistiva, como um computador ou tablet, onde o estudante poderá responder as questões da avaliação. Estas estratégias irão eliminar a barreira do déficit motor.

d) Transtorno do déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) – sugere-se que para os estudantes que indicarem em formulário dificuldade de atenção e concentração, seja ofertado para os mesmos o direito de realizar o exame em uma sala que não haja outros estudantes, apenas um monitor. É indicado que esta sala seja localizada em um ponto que não tenha muito barulho ou janelas dispostas para os pontos de grande movimentação. Este estudante pode dispor de tempo adicional durante o exame, pois pode precisar realizar pequenas pausas durante a avaliação, possibilitando assim que seu cérebro tenha pequenos períodos programados de descanso, diminuindo assim a dispersão durante a realização do exame.

e) Dislexia – os estudantes que indicarem no formulário dislexia ou dificuldades para leitura, devem dispor de um leitor, desta forma o exame será realizado oralmente.

f) Discalculia – os estudantes que indicarem no formulário dificuldade acentuada para compreender conceitos numéricos (discalculia), devem dispor de uma avaliação que apresente possibilidade de solucionar questões que envolvem a matemática de forma concreta. Devem ter à sua disposição durante a prova materiais concretos que auxiliem na resolução das questões aritméticas, como por exemplo, pequenas fichas que possam utilizar para facilitar a contagem. As questões que envolvem conceitos numéricos podem apresentar gráficos que irão auxiliar a compreensão da informação numérica apresentada. Estes estudantes também podem ter acesso a um profissional que os acompanhe durante o exame, para esclarecer dúvidas referentes à matemática. Estes profissionais serão capacitados a pedido do INEP para auxiliar estes estudantes e terão orientações sobre como poderão tornar a questão acessível para um estudante que tenha discalculia. Como em geral as dificuldades aritméticas apresentadas por estes estudantes são semelhantes, os profissionais de apoio terão um protocolo modelo estruturado por profissional especialista na área da discalculia.

Na mesma esteira, os depoimentos das testemunhas que promovem o acompanhamento psicológico dos autores:

Ana Cristina Roma Corsini:

Sou psicóloga clínica comportamental. Sou formada pela PUC de Campinas e tenho curso de formação em análise do comportamento, aprimoramento em família, membro da associação brasileira de psiquiatria infantil. Acompanhei o Henrique Guimarães. Com a permissão da mãe do Henrique quanto ao sigilo profissional disse que acompanha o Henrique desde que ele tinha onze anos de idade, quando a mãe dele, Débora, a procurou, pois tinha acabado de receber o diagnóstico de Síndrome de Asperger que hoje em dia a nomenclatura é diferenciada para transtorno do espectro autista. Ela fez o diagnóstico em Pirassununga com a Maria Elisa e esta orientou para que ela me procurasse. Ele ficou comigo esse tempo todo, até atualmente ele é meu paciente. Fez uma pausa de uns meses, na época do ENEM, para se dedicar aos estudos e eu achei pertinente. Eu venho trabalhando questões relacionadas ao comportamento com ele, a adequação comportamental, se engaje a encontrar um grupo de amigos, ele sempre foi

um menino muito sozinho. Depois de um tempo eu fiz um acompanhamento psicopedagógico a ele, mas eu que o acompanho. Questionada sobre o desempenho escolar do Henrique disse que ele é um menino extremamente inteligente, mas como sempre a gente encontra muitos problemas com as escolas para fazer a adaptação com ele. No começo ele sofreu um pouco até que a escola entendesse esse processo de inclusão, mas na época foram solicitadas algumas alterações, mas não curriculares, só se mexeu na forma como ele seria avaliado, fazia prova separadamente, tinha uma coordenadora que ficava com ele. Ele tinha bastante dificuldade em matemática. A primeira psicopedagoga não deu certo, não funcionou e com a segunda psicopedagoga recentemente ele teve laudo de discalculia e aí conseguimos na escola que ele não participasse das aulas de matemática. A discalculia foi revelada antes da prova do ENEM. O Henrique necessitava de emoção, precisava de coisas diferentes, aprender coisas diferentes, ele não conseguia lidar com a rotina. Nas provas precisamos de uma pessoa que traduzisse a ele os enunciados, uma pessoa que lesse o enunciado e traduzisse o enunciado de forma concreta e objetiva. Nem todos os professores colaboram. Então, quando o professor não colaborava, as provas não vinham diferenciadas. Não havia diferença de conteúdo, solicitávamos à pessoa para fazer essa tradução para ele. Questionada sobre como era essa tradução disse que a pessoa tem que fazer a leitura do enunciado de forma concreta não pode haver palavras que deixem ele em dúvida, não pode ter questão subjetiva. Questionada de como seria feita essa leitura sem quebrar a isonomia respondeu que é por isso que essa leitura tem que ser feita por um profissional que saiba o que está fazendo, claro que tem essa possibilidade, um psicopedagogo que trabalhe na área sabe o que fazer. Questionada sobre a prova do ENEM se bastaria essa pessoa para fazer isso para o candidato disse que se fosse uma pessoa bem formada eu acredito que seria possível. Questionada se seria necessário só a pessoa ou seria preciso mudar o enunciado também disse que as duas coisas seriam importantes. Quando se tem uma pessoa que leia o enunciado a pessoa interpretaria do jeito dela e ela deveria fazer a correção, é necessário o especialista o tempo todo. Questionada sobre uma prova nacional como o ENEM como se poderia fazer isso sem se quebrar a isonomia com os demais disse que a prova precisaria ser objetiva e concreta. Questionada que dentre os níveis de espectro autista quais as providências que deveriam ser tomadas para a prova do ENEM disse que seria necessário elaborar questões com enunciados concretos, pessoas que acompanham a prova que tenham condições de observar as dificuldades e esclarece-las de forma a traduzi-las e não explica-las; o visual é muito importante, pede-se o mais concreto possível. A prova precisa ser diferenciada na forma e não no conteúdo. Não se pede alteração curricular porque ele é inteligente, a gente pede a alteração na forma para avaliar o mesmo conteúdo. A escola colaborou bastante. Muitos professores faziam enunciados mais concretos orientados pela pedagoga que orientava. Muitas vezes a sala fazia uma prova de dez questões e ele fazia de cinco, sem prejuízo do conteúdo. Questionada sobre a diferença de traduzir e explicar disse quando se pega questões complexas como antigamente os povos funcionavam assim, você dá uma introdução que muitas vezes você precisa fazer uma interpretação daquela introdução para se chegar na pergunta. A introdução não deve ser feita. A pergunta deve ser direta. Exemplo, os índios que habitavam um tal lugar viviam de que modo? Deve ser dito assim: os índios de tal lugar como viviam? Objetivo e sucinto. Questionada quanto à correção da prova disse que a pessoa que está corrigindo deve saber que se trata de um aluno autista e deve se fazer a correção de forma objetiva também. Questionada sobre o sigilo das provas disse que o corretor não precisa saber que a prova é do Henrique Guimarães, mas ele precisa saber que se trata de uma pessoa dentro do espectro. Não violaria o sigilo. Eu soube que ele fez o ENEM, não foi mal, mas não obteve sucesso. Lidas as notas do autor e as médias nacionais do ENEM disse que a avaliação é a de que o Henrique é uma pessoa extremamente inteligente e que se ele conseguisse uma prova adaptada ele estaria melhor. Sei que foi disponibilizada ao Henrique uma psicopedagoga, mas acredito que o auxílio não foi o suficiente porque, na verdade, eu não sei da pessoa e não sei o quanto ela conseguiu ajuda-lo de fato. Não sei se foi

suficiente, pois se fosse suficiente ele teria ido melhor, pois ele é extremamente capaz. Questionada sobre o acompanhamento escolar do Henrique, disse que hoje ele faz cursinho, mas que na época as matérias que ele tinha colaboração e conhecimento ele rendia muito bem. Ele tinha muita dificuldade em matemática. Era por causa da discalculia. Minha função é fazer acompanhamento, quem faz esse tipo de diagnóstico é o psiquiatra com ajuda do psicopedagogo. Ele sempre foi um bom aluno, o problema é que nem sempre as notas refletem aquilo que o aluno é. Questionada sobre se houvesse cotas se a tranquilidade e as condições emocionais do candidato seriam outras disse que sim. Questionada sobre as adaptações necessárias quanto à sala especial, calculadora disse que a calculadora seria necessária para a discalculia, pois nem todos que tem o espectro tem discalculia. Sala individual e mais tempo seriam necessários, vou dizer o porquê: normalmente os autistas tem uma questão sensorial extremamente elaborada, o que a gente chama de sensorial, eles tem problema com o olfato, audição, tato. Uma sala cheia de gente, mistura de cheiros podem gerar padrões destrutivos como um surto de ansiedade, incômodos, falta de atenção, por isso sala individual para que os estímulos sensoriais não atrapalhem a prova. Isso seria necessário para todos os autistas. O tempo maior, mesmo com a prova adaptada, seria necessário, pois também é uma característica do autismo a desatenção. Eu acredito que isso seria suficiente.

Aline de Carvalho Abdelnur:

Sou psicóloga, tenho mestrado e doutorado em psicologia experimental e especialização em neuropsicologia. Acompanhei Gabriel Cruz. Questionada a família sobre objeção ao sigilo profissional, foi dito que não. Instada a relatar o acompanhamento do Gabriel, principalmente sobre a evolução escolar disse que a mãe do Gabriel a procurou no segundo semestre de 2003, na época ele tinha de doze anos para treze anos, ela já tinha diagnóstico dado por uma psiquiatra do Hospital das Clínicas da USP de São Paulo. A mãe me disse que já tinha procurado diagnóstico desde que ele era bem pequeno, por volta dos dois anos de idade, e fechou o diagnóstico quando ele tinha dez anos. Era para eu fazer a psicoterapia, mas tinha algumas questões e singularidades do transtorno, principalmente em relação a vida social, mas na época focamos mais na vida familiar, que estavam se separando, em relação ao pai tinham questões emocionais. Nunca foi fácil a vida escolar do Gabriel. A passagem para o ensino médio foi conturbada porque ele já sabia que começava uma preparação futura para o vestibular. Ele sempre teve notas boas. Ele teve dificuldades na área de geometria, tinha adaptações na prova e no terceiro colegial quando prestou vestibular não foi muito bem. Sempre foi responsável com os estudos, mas sempre muito ansioso. Não passou, foi fazer o cursinho e lá tinha dificuldade maior para estudar sem exigência de prova que tinha no ensino médio. Não encaminhei diagnóstico para a escola, a escola já tinha o diagnóstico. Cheguei a enviar alguma coisa, faz tempo, mas foi a própria escola que fez adaptações nas provas. Algumas provas ele poderia terminar em tempo maior. Não me recordo se ele fazia provas de forma separada. Sugeri na escola que o que eles pudessem reduzir no número de questões mantendo o essencial, para que ele pudesse ter uma prova mais enxuta. Questionada sobre o que poderia ter na prova do ENEM, em nível nacional, para que ele pudesse ter um nivelamento em relação aos demais candidatos disse que seria necessário uma pessoa que o acompanhasse, com formação, psicopedagoga de preferência, que o ajudasse a se organizar na distribuição do tempo, da leitura, que o auxiliasse a destacar o que é o principal das questões, pois numa prova dessa os enunciados são extensos e a prova longa, de quatro a cinco horas. O que percebo, não só no Gabriel, mas em outros portadores de Asperger, é o tanto que conseguem ficar concentrados. São muito focados em um determinado ponto, em detalhes que nem sempre são tão necessários e toma muito tempo, diferente de outro adolescente que sabe onde é o ponto mais importante. O Gabriel ainda é muito ansioso e sabe da pressão da prova, que precisa resolver muitas coisas. Sabemos que o nosso cérebro em duas horas atinge

o nível de cem por cento de concentração e passadas essas duas horas vai caindo o nível de atenção para qualquer ser humano. Tem que ter uma priorização do adolescente, é complexa a prova e uma pessoa que o ajudasse a fazer essa distribuição e a adaptação de questões do enunciado, de ser mais objetivo. Questionada a dar um exemplo de como é um enunciado e como poderia ser explicado de forma mais objetiva sem prejudicar o seu conteúdo disse tirar a explicação muito grande e fazer a pergunta mais diretamente, como história e português, seria suficiente se fosse mais objetivo. É possível ter uma prova adaptada para isso. Questionada sobre não poder se fazer uma prova “a la carte” para cada aluno como seria uma prova a nível nacional disse que além da pessoa acompanhando com formação, enunciados mais objetivos e correção com olhar mais específico. Lidas as notas do Gabriel e as da média nacional e questionada se foi eficaz o atendimento dado ao Gabriel na prova disse que a nota em redação não surpreende tanto, pois se saiu bem, pois lê bastante e tem argumentos; a média nacional é muito baixa, pois é composta de muitos estudantes que não estão preparados; as notas refletem a formação do Gabriel que sempre estudou em escolas particulares, mas poderia ter ido melhor. Questionada se sabe como foi aplicada a prova do ENEM ao Gabriel, disse que foi relatado pela família, mas não se recorda se era esse o vestibular. Questionada sobre a política de cotas, se Gabriel ficaria mais calmo sabendo se ele estaria inserido nessa cota diz que imagina que sim, assim como todos os outros que participam disso. Questionada sobre a nota da redação, sobre a nota dele ser de 880, com acerto de 88% da nota máxima e a correção por alguém que não conhecia da síndrome disse que o Gabriel aprendeu a gostar de ler e a argumentar e no caso dele não teve problema, nesse ponto, pela característica dele. No caso dele eu acho que não faria diferença ter outra forma de correção, mas de um modo geral acho que seria importante a correção por profissional habilitado a síndrome.

Ao que se infere da prova produzida nos autos e, ao contrário do que sustentado pelo INEP, é possível, cientificamente, estabelecer parâmetros mínimos de adaptação que estabeleçam um melhor “nivelamento” da disputa às pessoas com TEA. Tais informações ou dados, pelo que demonstrado nos autos, são de conhecimento geral das pessoas que tratam com a psicopedagogia, área que deveria merecer atenção do INEP para a elaboração das provas.

Diante acervo probatório produzido, podem ser extraídas as seguintes *adaptações possíveis*:

- a) Questões com enunciados curtos, claros e objetivos. Sem presença de figuras de linguagem, metáforas, significado dúbio ou que exija interpretações complexas;
- b) Correção da prova realizada por profissional especializado, notadamente na prova de redação;
- c) Maior tempo de prova, pelo menos 25% a mais do tempo para sua realização;
- d) Presença de profissional da área de educação para auxiliar na leitura e compreensão do que é solicitado na prova, bem como para transcrever a prova de redação e passar as questões assinaladas para o gabarito; por exemplo, a disponibilização de um Ledor, Transcritor ou Intérprete de Enunciados, conforme demanda solicitada previamente;
- e) Disponibilização de uma Psicopedagoga para o acompanhamento da prova;
- f) Auxílio de calculadora para a hipótese de discalculia;
- g) Avaliações em formato alternativo, tais como a prova oral, utilização do quadro e pincel;
- h) Realizar a prova em sala separada, na qual se garanta um ambiente silencioso e sem distrações;
- i) Móvel adaptada (mesa e cadeiras separadas).

Nesse passo, extrai-se da inicial que os autores pretendem as seguintes medidas adaptativas: a) aplicação de prova condizente, quanto à forma e conteúdo, com a deficiência mental apresentada pelos autores; b) sejam as provas elaboradas com enunciados claros, de modo a facilitar a inteligência pelos autores, segundo suas deficiências; c) que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, leve em consideração a singularidade e particularidades dos Autores; d) disponibilização de profissionais adequados para o acompanhamento das provas pelos autores; e) disponibilização de mobiliário e sala adequada, livre de distratores, e tempo superior para realizar a prova.

Consoante se infere dos pedidos formulados pelos autores, em nada exorbitam aquilo que se demonstra de conhecimento comum, geral, na matéria versada nos presentes autos. É dizer, o INEP, com a utilização de seu corpo técnico, teria plenas condições de prever a necessidade e de disponibilizar as adaptações solicitadas na inicial, uma vez que, diga-se novamente, há um consenso entre os diversos especialistas ouvidos nos autos, inclusive pela manifestação da psicóloga que assessora o INEP, no sentido de quais as adaptações necessárias para o caso das pessoas com TEA.

A propósito, na espécie, verifica-se que o Edital do certame não foi omissivo quanto à situação de pessoas portadoras de deficiência.

Com efeito, o item 2.2.1.1 estabelece a possibilidade de, mediante simples informação no ato de inscrição, ser disponibilizado atendimento ESPECIALIZADO ao candidato com “baixa visão, cegueira, visão monocular, deficiência física, deficiência auditiva, surdez, deficiência intelectual (mental), surdocegueira, dislexia, déficit de atenção, autismo, discalculia ou outra condição especial” (fl. 52).

De igual modo, os itens 2.2.2 e 2.2.3 do Edital preveem a disponibilização ao candidato de auxílio ou recurso que necessitar, notadamente em relação à grafia das provas, auxílio para leitura, “sala de fácil acesso e mobiliário acessível”, além da possibilidade de solicitar tempo adicional de até 60 minutos em cada dia da realização do exame, mediante requerimento específico.

Em linhas gerais, o Edital atende às necessidades dos autores, ao dispor sobre o atendimento especializado, a utilização de sala própria para a realização das provas, o acompanhamento de profissional para leitura e tempo adicional de até 60 minutos.

Entrementes, não se estabeleceu no edital do certame o cuidado com a elaboração das provas e sua correção, de forma a dispensar o tratamento necessário à especial condição dos candidatos com TEA, o que motivou o deferimento da tutela de urgência em relação à elaboração e grafia das provas, o acompanhamento profissional especializado e o adequado critério de correção das provas (fls. 99/114), *verbis*:

Ao fio do exposto, com fulcro no art. 300, do CPC, CONCEDO A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA para o fim de determinar ao INEP obrigação de fazer no sentido de: a) aplicar prova condizente, quanto à forma e conteúdo, com a deficiência mental apresentada pelos autores (Síndrome de Asperger); b) elaborar provas com enunciados claros, de modo a facilitar a inteligência pelos autores, segundo suas deficiências; c) que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, leve em consideração a singularidade e particularidades dos Autores; d) disponibilização de profissionais adequados para o acompanhamento das provas pelos autores, notadamente de “psicopedagogos”.

O cumprimento da medida ora determinada deverá ser devidamente comprovado nos autos até 15 (quinze) dias após a realização das provas e até 15 (quinze) dias após a realização da respectiva correção e divulgação do resultado, sob pena de multa diária no importe de R\$

300,00 (trezentos reais), até o limite de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser revertida aos autores.

Ocorre que o INEP é confesso ao afirmar que não cumpriu integralmente a tutela deferida. Argumenta a impossibilidade de elaborar a prova, nos moldes em que determinada na inicial, no curto espaço de tempo entre o deferimento da liminar e a realização das provas, bem como a impossibilidade de se estabelecer um modelo que atenda especificamente as condições dos autores, tendo em vista que a doença se manifesta em vários níveis, não havendo consenso a respeito das especificidades.

Em que pese o INEP tenha razão em relação à exiguidade do tempo para a adoção das providências determinadas na antecipação de tutela quanto à elaboração e correção das provas, como já asseverado alhures, os critérios mínimos de adaptação são de conhecimento comum dos profissionais que militam na área, de modo que não se pode alegar absoluta impossibilidade de cumprimento, notadamente quanto à elaboração de provas com enunciados claros, de modo a facilitar a inteligência pelos autores e que a correção das provas, levada a efeito pela banca examinadora, tenha em consideração a singularidade e particularidade dos autores. Tais possibilidades foram amplamente demonstradas durante a instrução probatória.

Aliás, em audiência, a testemunha *Francisco Alberto do Pinho*, demonstrou, com maestria, a possibilidade de se adaptar as questões para melhor compreensão pelas pessoas com TEA, sem prejuízo de seu conteúdo, conforme se extrai do documento de *fl. 745*. A propósito, colhe-se o seguinte excerto de seu depoimento:

Acompanhei o Gabriel. Sou coordenador pedagógico do ensino médio do Colégio São Carlos. O Gabriel estudou no colégio de 2005 a 2015, dois anos ficou ausente. Eu o acompanhei de 2013 a 2015. Instada a testemunha a dizer sobre o desempenho escolar do Gabriel, sobre o aprendizado dele como aluno disse que o Gabriel sempre passou por méritos próprios, apesar de algumas dificuldades em algumas áreas, mas nunca apresentou grandes dificuldades para acompanhar o processo educativo, posso dizer que levou com certa tranquilidade ele levou o processo de formação dele. Questionada sobre a constatação do diagnóstico dele, disse que o diagnóstico veio a partir de 2009 e desde então a escola sempre esteve atenta para o mecanismo de apoio ao transtorno dele. Questionada sobre o que foi disponibilizado a ele na aplicação das provas, disse que a questão do tempo, fazia-se necessário, estendia-se o tempo. Nunca estipulamos um tempo específico para ele, o prazo normalmente é de uma ou duas aulas, quarenta e cinco ou noventa minutos, mas se ele não terminava nesse período a gente o deixava terminar normalmente. Questionada se precisava de sala separada e com acompanhamento, disse que não, que sempre ele fez em sala regular, com todos os alunos e normalmente as provas são acompanhadas por um professor ou funcionário da escola para todos, sempre tem alguém presente e não necessariamente alguém especializado em pedagogia. No caso do Gabriel alguém que as vezes apenas fazia com ele a releitura ele conseguia fazer o acompanhamento. Questionada sobre a *adaptação ao enunciado para o Gabriel*, disse que *muitas vezes precisa de adaptação; não se reduzia o índice de cobrança de conteúdo, mas se reduzia o enunciado, só se adaptava a questão à necessidade dele. Questionada quem fazia essa adaptação, se era um profissional específico, disse que era o próprio professor. Questionada se havia formação específica para isso, disse que acha que no Brasil nenhum professor tem, mas o que existe é uma grande boa vontade da parte dos profissionais que atendem esses alunos no sentido de estar se adaptando, conhecendo, se informando sobre a síndrome e ver aquilo que é necessário. Questionado sobre a orientação dada aos professores, disse que na escola tem psicólogos e tem a informação de que se tem alunos da inclusão, portadores de tal síndrome, com dificuldades e orientação do que tem que ser dado a eles,*

de se pensar nesse sentido, uma orientação básica. Questionada sobre os enunciados como poderia ser feito para estes casos, disse que até pegou uma questão que foi usada no ENEM e que, como havia sido perguntado em outra vez, trouxe aqui. No ENEM saiu uma questão sobre o problema da idade, há todo um enunciado, devo ler? Dito que sim prosseguiu a testemunha: o diretor de um colégio leu uma revista que os pés das mulheres estavam aumentando, em alguns anos a média do calçados das mulheres era de 35,5 e hoje é de 37,0, embora não fosse uma informação científica ele ficou curioso e fez uma pesquisa com as funcionárias de seu colégio obtendo o seguinte quadro, aí existe um quadro onde se tem o tamanho do calçado e o número de funcionárias que utilizavam esse calçado, aí continua o enunciado, escolhendo uma funcionária ao acaso e sabendo que ela tem calçado maior que 36,0, a probabilidade dela calçar 38 é, daí se tem as alternativas. No caso específico, se a gente vai fazer uma adaptação, o que a gente faria: Número da questão. Observe o quadro a seguir. Embaixo do quadro: escolhendo uma funcionária ao acaso e sabendo que ela usa um calçado maior que 36,0 e entre parênteses (37, 38 ou 39) conforme o quadro, a probabilidade dela calçar 38 é. Então se tirou todo o enunciado e, na verdade, se perguntou a mesma coisa. O ENEM utiliza muito texto, o que às vezes para os portadores de Asperger é muito complicado porque você tem que trabalhar com interpretação. São enunciados longos e é extremamente cansativo para qualquer um que está fazendo o ENEM. Então, no caso, ter feito uma adaptação isso facilita muito. Nesse caso, foi uma professora do Colégio quem fez porque nas provas a gente não tem mais em arquivo, mas sempre foi feito nesse sentido, de simplificar aquilo que vai se cobrar. Simplificar a maneira de cobrar, mas não o nível de exigência. No caso eles fazem a leitura literal da coisa, ele estava cioso nas figuras de linguagem, linguagens claras e objetivas, mais objetivo se é mais se facilita; se eu quero isso eu preciso disso. Questionado se o primeiro ponto seria tornar o enunciado mais objetivo disse que sim. Questionado se outro ponto seria fazer a prova com acompanhamento de psicopedagogo disse que no caso da Gabriel ele se virava muito bem, mas que em outros casos pensa que sim. Quando a gente percebia que ele estava muito ansioso ou ele mesmo solicitava a gente esclarecia. Há casos que tendo uma pessoa ao lado vai facilitar muito. Não é por alguém simplesmente ali, precisa de alguém, pois o vestibular para qualquer aluno já é um momento de tensão e no caso dessas pessoas em específico também isso gera muito mais ansiedade e conseqüentemente acaba afetando a pessoa, se eu sei que tem ao meu lado alguém que pode me dar um respaldo, pois se é um tradutor que está ao lado que vai conseguir ajudar a pessoa interpretar aquilo que está sendo pedido ou dar um esclarecimento ele vai conseguir, com certeza deslanchar sem problemas. Questionado se se tem um enunciado normal do ENEM, sem estar adaptado como a professora fez e tem essa pessoa ao lado, como esse profissional deveria se portar em relação a ele para passar a questão tendo feito uma leitura literal do texto ou teria que o psicopedagogo adaptar para chegar no mesmo resultado, disse que pensa que sim desde que o psicopedagogo esteja antenado em questões de escola, que tem por hábito acompanhar estes casos, ele vai ter muito mais condição de fazer uma leitura. Questionada sobre a tradução de sinônimos, disse que isso facilita, o que ele não conseguiu entender, o que está bloqueando a resposta o fato do outro fazer a leitura para ele já consegue resolver. Eles são portadores de grande inteligência, só que existe mecanismo dentro do processo que dificulta que isso venha à tona. Então o facilitador no caso é que vai criar esse mecanismo para que essa inteligência possa florir. Elas aparecem, no caso do Gabriel ele sempre passou por méritos próprios. No vestibular ele não conseguiu, talvez porque não houve esse mecanismo que a escola tinha para facilitar o processo para que ele pudesse chegar lá. Questionado sobre a facilidade maior que eles tem em ciências humanas, os dois autores tem isso em comum aqui, em áreas como sociologia, história, às vezes filosofia ou algo assim, então existem textos densos então quando o Senhor me diz que esses textos tem que ser objetivados, não seria uma contradição? Se ele consegue ler, compreender e tem um desempenho muito bom nesta área, disse que não

vê isso como uma contradição uma coisa é trabalhar uma prova com cinco questões, então eu posso por até um texto bem estendido outra coisa é eu pegar o ENEM que são noventa questões numa única tarde e até então onde eles pegaram no sábado eram noventa questões e no domingo mais noventa questões então a grande reclamação dos meus alunos é que eles saem de lá extenuados porque é muita leitura. Então num caso específico de uma prova de acesso a uma universidade se tem um grande numero de questões, noventa na primeira fase, há de convir que se tiver textos muito extensos vai ficar muito complicado. Precisa-se se pensar nisso. Se é uma prova dentro da escola, num tempo menor, você pode por um texto maior. Existem também aqueles que são portadores da síndrome que tem uma enorme facilidade para exatas. Cada caso vai ser um caso. Alguns com dificuldades em humanas e outros em exatas. Passada a testemunha as notas que o Gabriel teve as da média nacional no ENEM foi questionada a testemunha a passar o diagnóstico, que disse eu penso que a presença de alguém lá pode ter contribuído em muito. Tenho alunos que estão nesse padrão e tenho outro que estão bem acima desse padrão. Diria que a média geral dos meus alunos ficaria entre 650 e 780 aqueles que estão na média. Tem os que estão em 880 na redação e tem aqueles que estão abaixo também. O Gabriel está um pouco abaixo da média desses alunos, pois ele ficou em torno de seiscentos e pouco e vamos dizer que a média é de 700 então se pode até dizer que ele esteja na média uma vez que o Senhor me apresenta a média nacional e meus alunos também estão nela. Então eu tenho expoentes. Da sala dele eu diria que ele está muito próximo da média. Refletiu o que ele sabe e talvez se ele tivesse esse acesso, eu não sei se esse resultado é do ano passado, no qual ele já teve acompanhamento, eu acho que ajudou com certeza. Eles não são desprovidos de inteligência e nem de criatividade. O fator de ter um apoio extra com certeza ajudou, faz toda a diferença. Dito que no caso ele fez a prova em sala separada com apoio de psicopedagoga e segundo o que foi relatado que ela só poderia dizer a ele sinônimo de palavras e obviamente não poderia dar o resultado da questão, mas o fez sem aprofundamento maior ou orientação por isso estou dizendo isso, foi essa assistência que ele teve na prova. No caso específico do Gabriel, ele não era um aluno que solicitava muita intervenção, não era muito o quadro dele. Me preocupa muito quando a gente nivela, pensar que todos são iguais, não são. Tinha avaliação que ele não solicitava. Todas as provas do Gabriel eram adaptadas, a maioria delas. Na área de humanas menos adaptações, mas na de exatas onde ele tinha maior nível de dificuldade havia adaptações. Essa questão da probabilidade era um tipo de questão adaptada. Questionado pelo autor que se houvesse questões adaptadas o resultado seria melhor na prova, disse que com certeza. O que aconteceu com ele se pegou uma prova do ENEM e pegou alguém para dar um respaldo, se fosse uma prova adaptada eu diria que ele chegaria numa média de 900, com certeza. Solicitada a questão trazida adaptada pela testemunha foi entregue e dito que consta uma observação que apenas não se esclarece o que é probabilidade, pois essa é a questão pedida na prova. Questionada se na prova de redação que ele obteve 880 se essa prova fosse corrigida por uma pessoa que soubesse o tipo de pessoa do aluno ele teria melhor nota? Disse que sim, provavelmente. O corretor seguiu os critérios do ENEM se a pessoa que corrigiu souber que a pessoa corrigida é portador de espectro de autismo ele com certeza faria uma leitura diferenciada da prova e melhoraria a nota. Se nem saber ele chegou aos 880 e se lendo sabendo da dificuldade do processo eu faria uma leitura diferenciada porque é uma questão de exaltar o potencial daquele ser humano se sem nada ele chegou nisso ele precisa ser bom, porque não é fácil, a grande maioria para bem abaixo disso. Questionada pelo INEP sobre as pessoas aptas a adaptar provas, mencionando sobre a fala da testemunha acerca dos professores que faziam adaptações por boa vontade e etc., disse que quando se pensa em inclusão no Brasil eu penso que precisaria se pensar em mudar muitas coisas, uma delas é formação de quadros. Simplesmente fala-se de inclusão, que não é apenas pegar a pessoa, jogar na sala e fazer o que se dá para fazer. Não é assim que funciona no meu ponto de vista. Precisaria de uma formação específica. No caso do Colégio São Carlos, a gente tem psicólogos que acompanham, eu sou

pedagogo, psicopedagogo, então a orientação que a gente faz com os professores no início de cada ano. Eu digo em tal série eu tenho tais alunos com tais dificuldades, são portadores de tais síndromes, ao elaborar uma prova eu vou ter que estar atento a isso, isso e isso. Então se dá uma orientação em como ele pode elaborar questões pensando em atingiu aquele aluno. Então eu acredito que no Brasil nós temos pouquíssimos profissionais que são treinados e preparados para isso então existe uma enorme boa vontade para aqueles que trabalham na educação, não só na educação, hoje está muito difícil para quem trabalha com educação, mas existe essa enorme boa vontade dos professores e das escolas que se dispõe a acolher esses alunos dentro do seu quadro porque a grande maioria das escolas prefere dizer que não tem vaga porque não se quer criar o mínimo necessário para acompanhar. Na nossa constituição o direito e acesso a educação deve ser garantido a todos não é, o processo como é feito não só na educação, mas em outras coisas também, precisa ser repensado. Não adianta eu como escola primária ou secundária de ensino médio pensar em modificação se uma universidade não pensa nesse acesso. Aí se nós pegarmos quantos portadores da Síndrome de Asperger conseguem chegar numa universidade, é mínimo, pois eles param no meio do caminho ou porque não foi aceito em nenhuma escola ou não se preocuparam em fazer o mínimo para criar um processo que ele pudesse desenvolver dentro do seu potencial, e aí chega lá no fim, no caso do Gabriel, ele faz todo um processo, sempre teve apoio e sempre passou por méritos próprios, mas chega ao acesso à universidade, ele é cortado. Questionada se por causa da ausência de profissionais com formação específica na adaptação das provas, se tratarmos a questão apenas a boa vontade, sem fazer critérios objetivos bem delineados, pode haver prejuízo da isonomia? Eu acho que prejuízo pode acontecer, no caso específico, no caso específico se nós estivéssemos lidando com medicina aí seriam danos terríveis, ninguém quer ser atendido por um médico que não é devidamente preparado, na educação também a coisa não é diferente. Os quadros de professores, de formação, fazemos na universidade disciplinas pedagógicas, na área de metodologia, psicologia, todos os profissionais tem o mínimo de informação, só que esse mínimo precisa ser acrescentado. Então se exige essa formação, com certeza, agora que vai causar um dano irreversível, se nós tivéssemos um número bem mais preparado talvez nós tivéssemos um número maior de portadores de síndromes despontando por aí. Questionada sobre a porcentagem de alunos egressos da sua escola que conseguem acessar escola pública universitária? É em torno de quarenta por cento da terceira série do ensino médio. Questionada se é comum o aluno atingir a universidade pública numa segunda ou terceira tentativa e o que se atribui a isso? Maturidade, estudos? Eu penso os dois. O processo de maturidade influi muito na hora do vestibular, às vezes tem preparação acadêmica, mas não tem preparação para lidar com o vestibular outros passam dentro do primeiro vestibular com muita tranquilidade, alguns a maturidade chega no mesmo momento e outras vezes não. O aluno que passa no primeiro vestibular é aquele que levou muito a sério sua vida estudantil como um todo. Infelizmente no Brasil a gente vê uma grande preocupação do alunado no ensino médio só que o ensino médio é fechamento de processo, uma casa que falta tijolos no alicerce não se sustenta. Questionada sobre o caso do Gabriel, que provavelmente ele com uma prova adaptada se sairia melhor, não se pode dizer que isso se daria também com a maturidade acadêmica? Precisa da prova ou com a maturidade se chegaria lá? Descarta-se de pronto essa maturidade? Também, mas eu acho que no caso específico quando ele terminou e tinha resultados satisfatórios, ele tinha condições de acesso, o resultado do ENEM mostra isso também, o fato de apoio extra só iria acrescentar. A maturidade para todo ser humano ela acrescenta, de um ano a outro a gente mais maduro produz diferente. Não é só para ele, mas para qualquer ser humano. Mas a base necessária de informação ele tinha. Dito que é abstrato dizer que ele teria um resultado melhor se houvesse uma adaptação, não se pode fazer essa afirmação, disse que aí é diferente, tem que conhecer todo o que está relacionado à síndrome, todas as dificuldades que o portador possui, e você fazer. Aí não tem como fugir disso. Se eu sei que a pessoa tem tais dificuldades que demandam adaptações,

que já está orientado para quem acompanham estes casos, eu penso que as duas situações são muito diferentes. Questionado se há protocolos definidos de atendimento na escola e nas avaliações dos alunos com espectro autismo? Se há protocolo clínico de alguma área de como aplicar prova a estes alunos? A escola segue protocolo ou é por percepção? Quando alguém é diagnosticado normalmente se leva o laudo para a escola sobre o diagnóstico que se chegou naquela situação e a partir daí a escola com seus psicólogos e profissionais vão procurar a respeito. Normalmente também, esses jovens são atendidos por profissionais da cidade que estão em permanente contato com a escola, que dão orientações de como a escola deve proceder. De tempos em tempos eles entram em contato e verificam como estão caminhando. A escola também quando sente necessidade entra em contato. Não conheço protocolo geral que a escola recebe das universidades para seguir, caso tivesse seria muito útil isso. De acordo com o caso concreto, você vai saber até que nível você precisa fazer uma adaptação maior ou menor, vai depender do comprometimento que a pessoa traz, tem alguns muito leves outros não. Os portadores da Síndrome de Asperger não são todos iguais. Na sua experiência como coordenador o Sr. acredita que seria possível estabelecer uma adaptação da prova do ENEM em padrão geral para todos sobre a forma de se fazer as questões e enunciados, mais objetivos e concretos, ainda que haja diferença de níveis do espectro autista? Acho possível, pois o ENEM lida com o caráter nacional, existe equipe gigantesca de profissionais envolvidos e não seria tão trabalhoso ou oneroso para uma equipe fazer esse trabalho. Agora eu não sei falar se há necessidade de quinhentos tipos de provas diante de quinhentos níveis de síndromes. O bom senso de leitura vai permitir adaptações sim. Em relação ao espectro do autismo pela sua experiência, ainda que tenha vários níveis, essa adaptação contemplaria vários níveis com essa linguagem mais concreta e objetiva? Sim, com certeza. O Senhor vê como necessário sala adaptada ou só a prova adaptada resolveria? Depende do caso, no caso que eu acompanhei do Gabriel, normalmente ele fazia as provas na sala comum. O que nós conversamos com a família e com ele é que demos a possibilidade dele escolher, e ele ficou de fazer a prova com todos e caso houvesse necessidade ao terminar o tempo a sala segue para outra atividade ele continua a fazer a prova. Questionado que se eventualmente precisava além do professor de outra pessoa acompanhando o Gabriel para chamar a atenção de alguma palavra que travava no enunciado, como era feito isso? O professor ficava observando e em determinado momento ele via que era necessária a ajuda e solicitava ou era padrão esperar ele perguntar mesmo? Depende da situação, quando a gente convive com ele a gente aprende a fazer leituras, então você que está todo dia na escola você percebe quando o aluno está ansioso. No início do ano nós passamos aos professores quais são os alunos e o grau de dificuldade que se tem em cada um. A partir daí o professor já fica “atenado”. No caso do Gabriel, quando ele estava angustiado e não perguntava você logo percebia pelo tipo de movimentação dele, algumas vezes ele perguntava, outras vezes você percebia que ele estava mais agitado e chegava a falar: Gabriel, tem algum problema? E se resolvia por aí. Os portadores da síndrome são muito diferentes, eu tive um outro caso que o aluno se comportava de forma muito diferente do Gabriel, eles são diferentes em graus de comprometimento e de facilidades. O corpo a corpo de quem convive com eles, no caso do ensino médio que se passa em três anos, você aprende a ler, você sente. Caso o Senhor me pergunte e no caso de alguém que vai lá acompanhar na prova e não convive com ele, também, a não ser uma pessoa com uma massa de cimento que não vai perceber, pois vai, qualquer ser humano normal consegue perceber a angústia do outro, a não ser um monstro, mas aí é melhor nem estar lá. A pessoa percebe, na universidade de repente só de estar numa sala separada já dá, para alguns só de estar em um grupo grande já é um problema. (grifo nosso)

Destarte, em que pese afirmada a possibilidade de elaboração de provas com enunciados objetivos e claros, adaptados à condição dos autores, de modo que, sem prejuízo do conteúdo, pudessem se traduzir em questões acessíveis à sua deficiência, o laudo pericial foi incisivo ao

afirmar que não foram garantidas condições mínimas de nivelamento aos autores, “Pois, de acordo com a documentação juntada aos autos, as questões realizadas pelos autores foram as mesmas realizadas por todos os outros inscritos na prova e suas respectivas correções também foram feitas sem qualquer olhar diferenciado sobre as especificidades de seus quadros” (fl. 751, verso).

Quanto aos critérios de correção da prova de redação, a perita discorre que devem ser levados em consideração “os prejuízos decorrentes do quadro, tais como: disgrafia, dificuldades na interpretação de texto, na interpretação de metáforas, em figuras de linguagem, provérbios e moral da história, pouca criatividade, baixa capacidade de resolução de problemas devido à inflexibilidade cognitiva, e dificuldade de planejamento e organização das informações (pouca coesão e coerência)” (fl. 752). Todavia, pelo que se verificou dos autos, tais critérios não foram observados.

Destacou-se, também, no laudo pericial, que nas provas objetivas havia questões complexas e difíceis às pessoas portadoras de TEA e na prova de redação, embora o enunciado da proposta de redação estivesse claro e objetivo, “os textos motivadores podem gerar confusão e dificuldades de interpretação”.

Em conclusão, pontificou o Laudo Pericial que (fls. 755 e verso):

Dado o estudo do processo e das diligências realizadas, esta Perita do Juízo conclui que não foram atendidos os requisitos mínimos para que os autores concorressem em plenas condições de igualdade ao ENEM.

Henrique Ferreira Guimarães e Gabriel Ferraria da Cruz padecem de transtorno do espectro autista de nível 1, grau leve.

As dificuldades/limitações descritas nos autos exigiriam que a prova fosse adaptada, aplicada e corrigida com um olhar sobre as especificidades resultantes do quadro em questão. Que houvesse um profissional transcritor, para transcrever a prova de redação para o gabarito e passasse as questões de múltipla escolha para a folha oficial de resposta. Que houvesse maior tempo para a realização da prova e que esta fosse realizada em sala a parte, sem distratores e com ajuste de mobiliário adequado (mesa e cadeira separada). Para o autor Henrique, seria importante a utilização de calculadora, em razão de seu quadro de discalculia.

O INEP disponibilizou profissionais de psicopedagogia para acompanhá-los durante a prova. Estes auxiliariam na leitura e interpretação do enunciado e fariam a transcrição da redação e das questões de múltipla escolha para a folha de gabarito. Também permitiu uma hora a mais para a realização da prova nos dois dias de aplicação e disponibilizou sala a parte com mobília de melhor acomodação (mesas e cadeiras separadas).

Desta forma, percebe-se que não foram atendidas as necessidades relacionadas a adaptação e correção da prova com um olhar sobre as especificidades do quadro, o que pode ter comprometido o desempenho dos autores no ENEM.

Por fim, tendo em vista a indagação acerca do exíguo tempo de confecção da prova (data da tutela de urgência: 13/10/2016 e data da realização da prova: 05 e 06/11/2016), de fato, o prazo de intervalo de 23 dias, não é razoável, pois que o conteúdo do exame é diversificado e soma 180 questões de alta elaboração. De outro lado, não se pode negar, a possibilidade da assertiva acima levantada, se pensarmos em profissionais do INEP, capacitados e com os olhos voltados às necessidades específicas do portador de TEA, em esforço conjunto e integrado dos elaboradores da prova, o que, aliás, poderia até mesmo ser parte integrante do edital do ENEM, a fim de que seja aplicado um exame nacional mais digno e em igualdade de condições.

De fato, pelos depoimentos das testemunhas psicopedagogas disponibilizadas pelo INEP para o acompanhamento dos autores, verifica-se que o acompanhamento se deu sem o mínimo

de planejamento ou instrução sobre o que efetivamente poderia ser feito ou não, ou sobre as possibilidades de intervenção e auxílio das profissionais aos candidatos assistidos. A propósito, confirmam-se os depoimentos:

Rosana Maria Alves Mangili:

Perguntada sobre sua formação profissional disse que é administradora e pedagoga, trabalho na Secretaria da Pessoa com Deficiência e Mobilidade Reduzida e sou professora na UNICEP. Perguntada sobre alguma formação sobre autismo disse conhecer, pois está à frente da Secretaria e de fazer parte do grupo de pesquisa da UFSCAR frente à análise do comportamento e educação. Minha primeira formação foi na UNICEP, depois São Francisco, São Luis e UFSCar. Tenho especialização, não mestrado e nem doutorado. Questionada sobre o acompanhamento de prova no ENEM disse ter recebido uma ligação telefônica bem próxima à prova para acompanhar aluno com espectro autista. Questionada se recebeu orientações de como deveria se portar e o que poderia e o que não poderia ser feito na aplicação da prova, disse que não me foi dito o que não poderia ser falado na prova, mas dito que era para cuidar de questões do espectro autista, esclarecer sentido figurado, sinônimos, desde que não desse a resposta. Acompanhei o Gabriel. No dia da prova Gabriel aparentava estar tranquilo e a única coisa que o incomodava era o horário. Criamos um código ele me olhava e eu falava a hora, isso o deixava mais tranquilo. Foi solicitado por ele um tempo maior para fazer a prova e ele teve esse tempo. O Gabriel tinha um ledor com ele. Eu acho que o ledor estava lá, pois foi solicitado. O que a Sra. pode dizer, houve necessidade de intervenção desse ledor? Disse que algumas vezes foi solicitado pelo Gabriel, mas não muito. Ele lia a palavra que ele não entendia. O que ele mais solicitava era o horário. Tradução de palavras era feita desde que não desse a resposta, ele me pediu poucas vezes. Questionada se em relação ao enunciado das questões, se ele demonstrou dificuldade no entendimento disse pouco, no sentido de uma palavra que ele perguntava. Questionada sobre o que foi dito ao Gabriel, disse que ele poderia solicitar quando houvesse dúvida, o que ele quisesse. Questionada se na opinião da testemunha a assistência que foi dada foi adequada à Síndrome que ele tem disse que a prova deveria ser adequada e não adaptada, não é consertar o que já está errado. Adequada é uma prova que ele consiga fazer com autonomia. Questionada de como seria isso disse que os enunciados. Questionada se na opinião da testemunha poderia ser alterado o enunciado, com o mesmo conteúdo, mantendo a isonomia e dando um nivelamento melhor ao autor e como seria feito, disse que deveria adequar melhor as palavras. Questionada se, como profissional, conseguiria fazer isso disse que sozinha não, mas com uma equipe sim, uma equipe com profissionais do ensino especial. Questionada se o INEP poderia fazer isso disse que sim, da mesma forma que está sendo feita uma prova em libras para surdos. Eu já apliquei prova como interprete de libras e é bem desgastante. Questionada como se deu isso disse que quando interpretou libras era o enunciado todo, porque o surdo tem que entender que eu vou a sua casa e a sua casa vai, tinha que ler e fazer de um jeito que ele conseguiria entender. Questionada no caso dos autistas disse que os enunciados deveriam ser mais claros e objetivos, sem dar resposta. Questionada se poderia ser feita uma prova específica para eles disse que sim, cuidar da redação. Porque o autista a gente fala, depende do grau não é uma receita de bolo com todos iguais, a educação infantil tem que ser mudada temos que ter um protocolo de habilidades e competências. É ver o ser humano como um todo. Questionada sobre o ENEM, sobre a impossibilidade de se fazer uma prova a la carte para cada um disse uma prova mais objetiva, no caso de Asperger uma e autismo mesmo, talvez deveria mudar a educação, ela ser mais diferenciada, ter um acompanhamento desde o ensino fundamental, médio. Questionada sobre o tempo que teve para a prova disse que no máximo uma semana, eu mesma não queria ir, pois meus filhos prestavam o ENEM. Questionada se nesse tempo poderia ser feita uma prova disse que não, no mínimo um ano, seis meses com uma equipe de profissionais de outras áreas também, eu não tenho entendimento dessa área, não é minha

formação, deveria ter isso. Questionada sobre o acompanhamento do ENEM já há algum tempo e se tinham muitos casos assim disse que os blocos B e C geralmente são bem cheios. Questionada se nesses grupos o ENEM disponibilizava apenas uma pessoa para acompanhar na prova disse que não, que tem um grupo que acompanha, em libras teve uma plataforma para ser estudada, no caso do autismo é que foi bem em cima da hora. No caso do surdo ou deficiente auditivo teve uma plataforma, uma prova de alinhamento, você sabe de que forma você pode fazer isso não deu tempo de fazer no caso do autista, pois foi muito em cima. Tem uma plataforma que você entra com uma senha, tem provas e as orientações são muito boas. Isso não tem o que se falar, das áreas que eu já atendi. Tanto que eu mandei para o Fernando um texto que era assim desumano uma intérprete fazer a prova do ENEM o tempo todo ali, o certo é trocar de uma em uma hora o intérprete, pois o desgaste é muito grande, isso no caso do surdo, da forma como eu estudei. Instada para relatar como se deu o acompanhamento do autor no dia da prova, desde a hora que chegou, durante e até o fim da prova, as intervenções feitas por ele e o que a testemunha e o ledor fizeram, disse se lembra do autor estar tranquilo, com toda a equipe, ele estava numa sala sozinho, no segundo dia percebemos que ele ficou incomodado com a carteira e nós mudamos, outro fato que chamou a atenção foi que ele ficava ansioso e terminou o lanche e aí nos pegamos nosso lanche e demos para ele, mas tranquilo. Ele perguntou umas dez ou quinze vezes, mensurar é difícil. No meu caso ele me perguntou sobre horário, ele ia mais com o ledor para fazer a leitura do texto, redação ele fez sozinho. Uma coisa que incomodou muito ele foi a hora. Dito que a nota dele na redação foi acima da média, 880 e lidas as demais notas obtidas pelo autor no ENEM em relação à média nacional, foi questionada a testemunha a interpretar os resultados do Gabriel disse que se a prova tivesse disso aplicada de forma adequada ele poderia, talvez, ter ido melhor. Eu não tenho acesso de onde o Gabriel veio, se fez cursinho então no caso dele acho que foi tudo bem, mas não sei falar dos demais. As notas dele foram boas, mas não se sabe como seriam se tivesse uma prova adequada, só fazendo para se saber. Questionada se em relação à correção, se ela deveria ter sido melhor disse que se a prova fosse adequada a correção já seria diferenciada. No caso da redação deveria ter uma correção adequada. Questionada sobre como deveria ser a prova para nivelar da mesma forma o autor e os demais disse: adequar os enunciados, por exemplo: chove canivete para ele é lido de forma objetiva. Eu não sei como é feita a inscrição, mas poderia constar, por exemplo: espectro autista pode solicitar isso, aquilo, e etc.; discalculia pode solicitar calculadora, não sei se tem isso. O Gabriel não fez uso de calculadora. Questionada acerca das orientações recebidas para o trabalho no ENEM disse que foi orientada que poderia dar explicações desde que não desse a resposta. Por exemplo, língua portuguesa, talvez dar explicações sobre a palavra que seria a chave do texto, fui orientada para não fazer isso. A gente fez leitura. A prova do ENEM foi há muito tempo e eu não consigo me lembrar de tudo, se eu soubesse que teria que fazer colocações em audiência eu teria saído da prova e feito anotações, mas não fiz isso, então não quero ser injusta, não sei quantas perguntas me foram feitas. Fui contratada acho que a uma semana da prova, minha relutância foi grande em não aceitar esse trabalho, porque tem uma cláusula que você não pode trabalhar se seu filho faz o ENEM, como eu já tinha um na universidade e eu sabia disso eu não queria, porque era lei. Não se achavam profissionais nessa área para acompanhar a prova. O prazo foi muito curto. Fui orientada apenas no dia da prova. Fui chamada para prestar auxílio a uma pessoa de espectro autista e que eu não poderia dar os sinônimos das palavras desde que desse entendimento de texto. Todo o amparo necessário para ele. Não tive preparação com plataforma de alinhamento, tivemos que chegar um pouco antes, por volta de nove horas da manhã, e tivemos explicações de forma geral, mas não especificamente para autistas. Questionada sobre a orientação recebida disse que foi no mesmo dia da prova, passada por um responsável da instituição que ficava no local. Eu sei que poderíamos passar as informações, mas foi de uma forma geral, nada específico para o espectro autista. Foi falado, junto com o grupo, que poderíamos dar explicações de sinônimos, mas não se poderia dar a resposta, isso foi dito, mas a forma na qual passamos, que adaptamos

isso na hora da prova foi nossa ideia. Não houve alinhamento. Utilizei por causa da minha formação, mas não houve orientação. Adaptei na hora, por que eu sabia que espectro autista precisava disso. Eu faço todo o material de acompanhamento de estagiários que cuidam disse em escolas. O que houve de pergunta do Gabriel foi: essa palavra significa o que? Eu disse é isso e ele está bom. Não li todo o enunciado e expliquei porque ele não me perguntou isso. Quando eu percebi, por exemplo, em história, que ele não estava entendendo eu lia o enunciado e dava uma enxugada para ele, tornando o texto mais objetivo. Eu acho que o aluno sai perdendo, pois uma prova como o ENEM o aluno sai da prova cansado. Não sei se as estratégias mentais que eu estou utilizando são condizentes com o que ele necessita. Se a prova está adequada para o espectro autista e você tem que fazer algumas adaptações a aplicação se torna muito mais fácil. O Gabriel era mais quieto, não perguntava tantas vezes então na prova de história eu percebia que ele lia e me olhava e eu ajudava. Como você está me perguntando agora várias vezes, ele não faz isso. Ele vai me perguntar apenas uma vez e dependendo do jeito que eu falar ele já vai ficar quieto, por isso que se a prova já estivesse adequada o desgaste seria bem menor. Na minha opinião temos ótimos profissionais que poderia já elaborar uma prova para o espectro autista, já adaptada para a finalidade. Questionada de como seria uma prova adaptada para os diferentes níveis do espectro autista disse que ainda assim é viável, pois a nossa sociedade também é diferente, então dá diferença, tem alunos de escola pública. A prova tinha que ser mais objetiva ela já englobaria diversos níveis de espectro autista com enunciados menores e mais objetivos já atenderia grande parte desse público. Se mudasse a forma de ingresso na universidade no nosso país já seria mais justo.

Isabel Aparecida dos Santos Martinez:

Sou professora, psicopedagoga, formada em neuropedagogia e psicanálise voltada para a educação. Vi o autismo na graduação e nas pós-graduações, mas não sou especializada em autista. Acompanhei o Henrique na prova. Fui convocada na semana do ENEM. A pessoa que me convocou me disse que tinha saído uma liminar e precisava de uma pessoa para acompanhar um aluno com Síndrome de Asperger durante a prova; até então nenhuma orientação foi dada. No dia do ENEM foram passadas orientações de como proceder durante a prova. As orientações foram de que poderíamos dar no máximo, quando tivesse dúvida sobre palavra e prova, poderíamos dar os sinônimos desde que não fosse a resposta da prova. Foi pedido que ficássemos atentos a ele quando perdesse a concentração, ficasse distraído. Não foi orientado sobre tornar o enunciado mais objetivo, quando eu questionei sobre dúvida que o aluno teria me responderam que o máximo era dar o sinônimo de uma palavra. Fui convocada com uma semana mais ou menos de antecedência. No primeiro dia da prova eu cheguei na sala e o Henrique já estava lá com o lanchinho. Eu cheguei e me apresentei para ele, expliquei o motivo de eu estar lá, ele disse que sabia. Falei como ele deveria me chamar se precisasse e expliquei o que eu poderia fazer caso ele me chamasse, que eu poderia dar um sinônimo para ele. O Henrique se mostrou muito inteligente, até quando eu tocava nele para saber se estava bem, porque ele me perguntou muito pouca coisa. Ele solicitou 'saber' umas duas vezes sobre palavras. Na minha presença eu não sei se ele foi orientado. Não tinha ledor na sala, só um responsável. Ele não estava disperso. Ele nem quis parar para tomar água, queria continuar. Lidas as notas do Henrique e a média nacional na prova do ENEM a testemunha foi questionada a emitir uma opinião, diagnóstico sobre isso disse que acha que o Henrique foi muito bem, pela dificuldade dele. Demonstrou-se atento e preparado sobre a matéria. Eu entendo que o meu acompanhamento ajudou ele a manter-se concentrado no que ele estava fazendo. Em relação ao conteúdo não, se a prova tivesse adaptada eu acho que ele poderia ter ido bem melhor. Questionada sobre a adaptação da prova disse que ela deveria ter uma elaboração das questões de forma mais simplificada para que não tivesse duplo sentido. Questionada se isso

não traria um prejuízo aos outros candidatos disse que traria se mudasse o conteúdo, mas sendo o mesmo conteúdo igualaria o nível. É possível fazer um nível de nivelamento melhor independentemente do nível, isso teria que ser feito para todos e não só para o Henrique. Todos que tem a mesma síndrome do Henrique apresentam a mesma dificuldade e eu acho até injusto aos que entram na Justiça conseguem e os outros que não tem esse conhecimento não conseguem. Eu trabalho com esse tipo de dificuldade e lá na prova tinham vários pacientes meus lá que estavam fazendo a prova sem acompanhamento. Estavam em salas separadas, num bloco com alunos com dificuldades só que foi solicitado sala especial para o Henrique, ele ficou sozinho e os outros estavam em salas nesse bloco com outros alunos com dificuldades, em uns vinte ou vinte e cinco alunos. Tiveram, como o Henrique, uma hora a mais para fazer a prova e sei que um solicitou calculadora, pois se sabia da dificuldade. Não foi solicitado para o Henrique o uso de calculadora, mas fiquei sabendo no segundo dia que ele tinha discalculia. Aí a mãe desconhecia que poderia ter sido solicitado e por isso ele não tinha, pois não foi pedido. Questionada quanto à correção da prova, disse não ter tido contato, mas por não conhecer o Henrique não sabe se seria necessário. No geral, eu acho que deveria ter uma correção diferenciada sim. As provas que foram ciências, etc. eu percebia que ele lia mais de uma vez. O que senti que ele tinha mesmo uma dificuldade foi em relação à matemática, eu vi que ele realmente chutou. Não sei como foi a formação dele em matemática por isso não sei se a calculadora ajudaria. Eu não sei o nível de discalculia dele. O discalculio quanto mais cedo descoberto mais chances você tem de trabalhar e obter condições de através da calculadora resolver a questão. Quando descoberto mais tarde fica mais difícil resolver, pois ele passa a ter dificuldades com números então nem a calculadora resolve e eu não tenho esse conhecimento do Henrique. Não tinha ledor só o fiscal de sala. Não acompanhei o Gabriel. Mande um relatório ao INPE discorrendo da prova e eu confirmo isso. Fui chamada uma semana antes da prova e no dia da prova me passaram informações de forma generalizada, inclusive o pessoal que estava coordenando o ENEM nem sabia que as duas psicopedagogas que lá estavam foram convocadas. Quando pedimos orientações em como proceder a pessoa entrou em contato com alguém responsável pelo INEP e esta pessoa orientou ela por telefone para o que ela precisava nos passar. Foi dessa forma e faltou o preparo. Questionada sobre a adaptação dos enunciados para todos os níveis de Asperger disse que acredita que só a transformação desses enunciados atenderia todos os níveis da síndrome. Afirmando isso por causa do meu atendimento a pacientes com autismo que atendo em consultório. Normalmente os com síndrome de Asperger são muito inteligentes, tem uma dificuldade maior em algumas áreas, uns são muito bons em línguas e tem dificuldade em matemática outros são muito bons em matemática, mas tem dificuldades em línguas. Precisamos conhecer o aluno, mas existe uma forma geral que são característica de todos e tendo essa adaptação por alguém que conheça isso, serve para todos, claro que não é fácil para todos, assim como não é para aqueles que não tem a síndrome também, vai depender de cada um.

Depreende-se dos depoimentos das testemunhas que havia a possibilidade de se formular questões adaptadas à deficiência dos autores, sem que isso implicasse em prejuízo do conteúdo cobrado e do princípio da isonomia.

Sublinhe-se, uma vez mais, que a instrução da presente demanda não foi realizada com o objetivo de se exigir uma prova específica para cada espécie de deficiência, mas de se averiguar a existência de *parâmetros mínimos de nivelamento*, o que, segundo destacado pelo Laudo Pericial e pelos artigos científicos acostados aos autos, se afigura plenamente possível. Como bem enfatizado pela perita judicial, “não seria necessário elaborar 100.000 (cem mil) provas diferentes, pois as adaptações poderiam ser as mesmas para todos os 100.000 (cem mil), com base nos principais prejuízos do quadro, assim como ocorre com a dislexia, que também é um quadro bastante heterogêneo, mas que tem um prejuízo comum a todos os portadores, que é

a dificuldade na leitura e na escrita” (fl. 754, verso).

De ver-se, ainda, que são inúmeras as possibilidades de se proporcionar a inclusão das pessoas com Síndrome de Asperger, como, por exemplo, o desenvolvimento de software denominado “SCALA”, mencionado no artigo científico juntado a fls. 462/477, que tem por objetivo criar pranchas de comunicação, com a utilização de sintetização de voz, gravação de áudio, legenda e animações que facilitam a comunicação e compreensão pelas pessoas com déficits cognitivos, o que demonstra que é possível a criação e utilização de ferramentas que proporcionem a acessibilidade e a inclusão das pessoas com deficiência.

Dessa forma, resta plenamente demonstrada a existência de meios disponíveis que garantam o nivelamento necessário das pessoas com a deficiência em testilha, bem como da existência de conhecimentos específicos e aprofundados a respeito, os quais são plenamente acessíveis à equipe do ENEM.

Impende, outrossim, ressaltar que, malgrado disponíveis os meios de adaptação, é certo que não se pode esperar que o administrador preveja todas as hipóteses de deficiência e estelebeça, sem um estudo prévio, os meios que garantam maior acessibilidade. Na hipótese dos autos, tem-se que se afigura razoável a defesa do INEP no sentido da exiguidade do tempo para adotar as providências determinadas na antecipação de tutela deferida, bem como deve ser sopesado o fato de que cumpriu parcialmente com as determinações, para fins de aplicação da multa fixada, notadamente pela complexidade das questões envolvidas na presente demanda.

De outro norte, não se pode perder de vista que há verdadeira falta de planejamento, a qual redundando em omissão e descumprimento do disposto no art. 30, III, IV e VI do Estatuto da Pessoa com Deficiência, acarretando severo desnivelamento de condições de acesso ao ensino superior às pessoas com deficiência.

Tal omissão deve ser qualificada como “lesiva” e “perversa”, traduzindo-se em inaceitável violação a direitos sociais garantidos às pessoas com deficiência. A propósito da omissão estatal quanto à implementação de políticas públicas, já decidiu o *E. Supremo Tribunal Federal*:

[...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...] A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do

postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. [...] Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A 'astreinte' - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. (STF, ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Com efeito, sopesadas as obrigações de fazer impostas na decisão que deferiu a tutela de urgência, as possibilidades materiais e técnicas demonstradas nos autos e o tempo exigido para sua satisfação, tenho que, fixada a multa em R\$ 30.000,00 para cada autor, deve ser reduzida ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, em virtude do cumprimento parcial das obrigações impostas e da complexidade do caso (art. 537, §1º, II, CPC).

É necessário dizer que, mesmo em se tratando de prestações materialmente infungíveis, é cabível, na espécie, a fixação da astreinte. Nesse sentido, confira-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. EXECUÇÃO. ENTREGA DE COISA. FIXAÇÃO DE MULTA POR DIA DE ATRASO. POSSIBILIDADE. CONSONÂNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. "É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa. Precedente da 1ª Seção: EREsp 770969/RS (1ª Seção. Min. José Delgado, DJ 21.08.2006)." (REsp n. 893.041/RS, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 14/12/2006.) 2. A consonância entre a decisão recorrida e a jurisprudência do STJ obsta o conhecimento do recurso especial, nos termos da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1108445/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 10/08/2015)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento contra decisão do juízo de primeira instância que estipulou multa diária no valor de R\$ 500,00, caso a União descumpra obrigação de fazer a que foi condenada. 2. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária - astreintes - como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entrega de coisa. Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 1352318/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011)

Ressalte-se que a multa cominatória tem a função de coagir a parte a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer que lhe foi imposta, não possuindo caráter indenizatório. Desse modo, a multa não se confunde com a própria prestação almejada – obrigação de fazer ou seu equivalente, sendo possível a condenação em ambas, conforme a letra do art. 500 do CPC.

Na hipótese dos autos, verifica-se que, uma vez ultrapassadas as provas, não se viabiliza o cumprimento das obrigações de fazer determinadas nos presentes autos, cujo descumprimento parcial, notadamente em relação à elaboração e correção das provas, encontra-se cabalmente demonstrado.

Desse modo, incide, na espécie, a letra do art. 499 c/c art. 821, parágrafo único, c/c art. 771 do Código de Processo Civil, que viabilizam a conversão das prestações de obrigações de fazer infungíveis não adimplidas em perdas e danos, autorizando-se a execução subsidiária. Nessa esteira:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - OBRIGAÇÃO DE FAZER CONVERTIDA EM PERDAS E DANOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA. 1. Não havendo como deduzir das razões recursais eventual violação ao dispositivo legal infraconstitucional apontado, aplica-se, analogicamente, a Súmula 284/STF. 2. Na esteira da jurisprudência deste STJ, “É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil [de 1973] para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada” (REsp 1055822/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/5/2011, DJe 26/10/2011) 2.1 Para verificar a alegada impossibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos seria imprescindível a rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 859.390/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

Na hipótese vertente, o descumprimento das obrigações de fazer impostas ao INEP acarretaram inegável prejuízo aos autores.

Com efeito, a prova pericial e a prova testemunhal foram uníssonas em afirmar que as condições materiais oferecidas pelo INEP aos autores não foram suficientes ao atendimento de suas necessidades especiais. A perita judicial e as testemunhas ouvidas, inclusive as testemunhas que acompanharam os autores na realização das provas, afirmaram que se as provas fossem elaboradas com enunciados apropriados à deficiência dos autores e se a correção das provas fosse realizada por profissional capaz de identificar “os prejuízos decorrentes do quadro” evidenciado pela particular situação dos autores, estes teriam, efetivamente, melhores chances de êxito no exame realizado.

Todavia, houve evidente frustração do direito reconhecido em sede de antecipação de tutela nos autos.

Neste caso, a aferição dos danos existentes deve ser realizada mediante a aplicação da teoria da perda de uma chance (la perte d’une chance).

No ponto, o eminente *Ministro do STJ, Paulo de Tarso Sanseverino*, no julgamento do *Recurso Especial nº 1.291.247/RJ*, DJe 01.10.2014, bem definiu a mencionada teoria, *verbis*:

Em verdade, não há falar em responsabilidade civil sem dano, fazendo-se necessária a presença de seus três principais elementos – a certeza, a imediatidade e a injustiça do dano.

A certeza do dano constitui o principal elemento, significando que a lesão ao interesse do prejudicado deve ser real e efetiva, sem deixar dúvida acerca da sua existência, ficando, assim, excluídos os danos hipotéticos.

Essa afirmativa, porém, deve ser relativizada, pois, entre o dano certo e o hipotético, existe uma nova categoria de prejuízos, que foi identificada pela doutrina e aceita pela jurisprudência

a partir da teoria da perda de uma chance.

Relembre-se que a teoria da perda de uma chance tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

[...]

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que o ‘perdido, o frustrado, na realidade é a chance e não o benefício esperado como tal’ (Henri Lalou, *Ibid*, p. 78).

Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso.

Repara-se a chance perdida, e não o dano final.

Na mesma esteira, definiu o E. *Superior Tribunal de Justiça* que:

A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).

[...]

Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. (STJ, REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017)

Sabe-se que a teoria da perda de uma chance “incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória, como na hipótese” (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1145118/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017).

No caso dos autos, verifico, pela prova produzida, notadamente a pericial e testemunhal, que se disponibilizadas as adaptações necessárias às provas e suas respectivas correções aos autores, pelo potencial demonstrado por ambos, a possibilidade de êxito se traduziria em possibilidade “séria” e “real”, ultrapassando o campo da “mera expectativa aleatória”.

Assim sendo, tenho como justa e suficiente à reparação dos danos sofridos pelos autores, a título da chance perdida, a fixação de indenização no valor de R\$ 25.000,00 (*vinete e cinco mil reais*) para cada um.

Não bastasse, as perdas e danos, como se sabe, compreendem os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 402, CC).

Neste caso, os autores foram instados a demonstrar, mediante a juntada de comprovantes, os danos materiais que suportaram com a conduta omissiva do INEP verificada nos autos.

O autor Henrique Ferreira Guimarães comprovou a fls. 805/807 que suportou, no ano de 2017, despesas referentes ao curso pré-vestibular, as quais totalizaram o valor de R\$ 783,00 (*setecentos e oitenta e três reais*).

Por sua vez, o autor Gabriel Ferrari da Cruz comprovou a fls. 808/811 que suportou, no ano de 2017, despesas com a matrícula e frequência no curso de Bacharelado em Audiovisual

promovido pelo SENAC, totalizando o valor de R\$ 2.121,90 (dois mil, cento e vinte e um reais e noventa centavos).

É certo que a conduta omissiva do Réu acarretou a necessidade de, pelo menos por mais um ano, os autores frequentarem cursos pré-vestibulares e outros estabelecimentos de ensino.

Assim, na apuração das perdas e danos suportados pelos autores, deve ser incluído o dano emergente mencionado.

III

Ao fio do exposto, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, *JULGO PROCEDENTE* o pedido vertido na inicial para o fim de:

1. Declarar o direito dos autores de obterem do INEP as seguintes adaptações para a realização da prova do ENEM-2016, consubstanciadas em obrigações de fazer: a) Elaboração de provas adaptadas às suas necessidades especiais, sem prejuízo do conteúdo cobrado, mediante questões com enunciados curtos, claros e objetivos, sem presença de figuras de linguagem, metáforas, significado dúbio ou que exija interpretações complexas; b) Correção da prova realizada por profissional especializado, notadamente na prova de redação, o qual deverá considerar os prejuízos decorrentes do quadro imposto pelo TEA, tais como: disgrafia, dificuldades na interpretação de texto, na interpretação de metáforas, em figuras de linguagem, provérbios e moral da história, pouca criatividade, baixa capacidade de resolução de problemas devido à inflexibilidade cognitiva, e dificuldade de planejamento e organização das informações (pouca coesão e coerência); c) Maior tempo para realização da prova, pelo menos 25% a mais do tempo para sua realização; d) Presença de profissional da área de educação para auxiliar na leitura e compreensão do que é solicitado na prova, bem como para transcrever a prova de redação e passar as questões assinaladas para o gabarito, por exemplo, a disponibilização de Ledor, Transcritor ou Intérprete de Enunciados, conforme demanda solicitada previamente; e) Disponibilização de uma Psicopedagoga para o acompanhamento da prova; f) Auxílio de calculadora para a hipótese de discalculia; g) Realização da prova em sala separada, na qual se garanta um ambiente silencioso e sem distrações; h) Móvel adaptada (mesa e cadeiras separadas).
2. Condenar o INEP a cumprir as obrigações de fazer mencionadas no item “1” para as provas do ENEM de 2016;
3. Ratificar a antecipação de tutela deferida nos presentes autos;
4. Considerando o descumprimento parcial das obrigações de fazer impostas na tutela antecipada e o fato de já terem sido realizadas as provas, condenar o INEP ao pagamento de “astreintes” no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, bem como à indenização por danos morais (perda de uma chance), no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor; e indenização por danos materiais, no importe de R\$ 783,00 (setecentos e oitenta e três reais) e R\$ 2.121,90 (dois mil, cento e vinte e um reais e noventa centavos), respectivamente, aos autores Henrique Ferreira Guimarães e Gabriel Ferreira da Cruz, a título de danos emergentes;
5. Os valores serão devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora desde a data da presente sentença, em conformidade com os itens 4.2.1 e 4.2.2 do Capítulo IV, do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelas Resoluções 134/2010 e 267/2013, do CJF;

6. Condenar o INEP a ressarcir aos autores os valores das custas processuais e honorários periciais despendidos, devidamente corrigidos desde o respectivo desembolso, em conformidade com o item 4.2.1 do Capítulo IV, do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelas Resoluções 134/2010 e 267/2013, do CJF;
7. Condenar o INEP a pagar aos autores honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

P.R.I.C.

São Carlos, 17 de agosto de 2018.

Juiz Federal RICARDO UBERTO RODRIGUES

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

0001356-52.2017.4.03.6131

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: RODRIGO ALMEIDA BARROS

Origem: JUÍZO FEDERAL 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2018

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação penal movida pelo *Ministério Público Federal* em face de *Rodrigo Almeida Barros*, qualificado à fl. 90, para apuração da eventual prática do delito tipificado pelo art. 313-A, c/c o art. 71, ambos do CP, uma vez que, na qualidade de administrador da empresa “DROGARIA NOSSA SENHORA APARECIDA – RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMÁCIA – ME”, valendo-se de credenciamento junto ao PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR DO BRASIL, obteve para si, inserindo informações inverídicas no Sistema Autorizador do Programa “DATASUS”, vantagem indevida, em detrimento da UNIÃO.

Acompanha a denúncia o IPL n. 0452/2016, instaurado pela Delegacia de Polícia Federal em Bauru/SP.

Os autos foram distribuídos a este Juízo, em 20/10/2017, tendo o Ministério Público Federal oferecido denúncia (fls. 90/92), que foi recebida aos 06/11/2017 (fls. 93).

Folhas de antecedentes criminais foram juntadas às fls. 96/97 e 99.

O acusado foi regularmente citado (fls. 107) e interrogado (fls. 162/164).

Em instrução colheu-se o depoimento da testemunha arrolada pela acusação e defesa, registrada em sistema audiovisual, na forma do artigo 405, § 1º, do CPP, havendo desistência de oitiva da testemunha INÊS MARIA DE ARRUDA CANO (fls. 135/137).

Na fase do art. 402 do CPP, o Ministério Público Federal e a defesa do acusado nada quiseram.

Em alegações finais (fls. 168/173), o Ministério Público Federal pugnou pela *condenação* do acusado, nos termos do art. 313-A, c.c. o art. 71, do CP.

A defesa do acusado, em sede de alegações finais (fls. 181/187), postulou pela *absolvição* do mesmo, considerando que não restou comprovada nos autos a prática delitiva e, em pedido subsidiário, pleiteia, em caso de condenação, a fixação da pena privativa de liberdade no mínimo legal e a sua substituição por penas restritivas de direito.

É o relatório.

Decido.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar, encontram-se os autos em termos de julgamento. Passo ao exame do mérito.

DA MATERIALIDADE

A materialidade delitiva do fato descrito na imputação contida na denúncia restou comprovada pelo que se vê do *Relatório de Auditoria n. 16434 do DENASUS (fls. 07/31)*, conclusivo no sentido de que a empresa administrada pelo acusado não apresentou documentos

fiscais comprobatórios de aquisição dos medicamentos dispensados, por meio do Programa “Farmácia Popular”, dando conta que o estoque de referida empresa era inferior às sobreditas dispensações. Mais, constatou o procedimento de fiscalização que houve dispensação de medicamentos a pessoas já falecidas, originando-se, de tais condutas, prejuízo de R\$ 75.532,10, ao Fundo Nacional de Saúde. Com tais considerações reputo presente a *materialidade* do fato descrito na denúncia.

DA AUTORIA

De igual modo, tenho que *autoria* delitiva também se acha bem demonstrada.

A testemunha comum, ROSA HIROMI NAKAZONE, uma das agentes fiscais que procedeu à auditoria que culminou no inquérito em apenso, afirmou que, a partir da ação de fiscalização, foi possível constatar que a farmácia de propriedade do acusado dispensou medicamentos, por meio do Programa “Farmácia Popular”, informando entrega de medicamentos a pessoas já falecidas, e que, dada oportunidade ao acusado para encaminhar documentos fiscais comprobatórios, seja das aquisições dos medicamentos, quanto das vendas, este não apresentou qualquer comprovação de que tais transações tenham ocorrido. Afirmou, ainda, que no sítio eletrônico do Programa de Farmácia Popular do Brasil há todas orientações pertinentes aos procedimentos que devem ser observados pelas empresas cadastradas no aludido programa.

Em seu *interrogatório*, perante o Juízo, o acusado afirmou que as vendas foram realmente realizadas, e que possuía documentos para comprovar tal assertiva. Que era o único responsável pela inserção das informações no sistema informatizado do DATASUS. Afirmou, ainda, no que diz respeito às dispensações de medicamentos a pessoas falecidas, que, provavelmente, tenha incorrido em erro ao inserir seus correspondentes números de CPF no sistema, ou, ainda, que tais compras tenham sido feitas por “procuradores”.

A partir disso, a meu ver, outra conclusão não pode sobejar senão a de que a autoria se mostra incontestada. As alegações do acusado no sentido de que poderia haver incorrido em erro na digitação dos números de CPF de pessoas falecidas, não vieram acompanhadas de qualquer comprovação, e, mais e até principalmente, não veio aos autos nenhum documento hábil a comprovar que, pelo menos, as compras dos medicamentos para o estabelecimento comercial, com a sua posterior venda a terceiros – fato que poderia facilmente ser comprovado por meio de Notas Fiscais – tenham ocorrido. Evidentemente que, fosse o caso, de fato, de um mero erro inocente de digitação quanto ao número de CPF do adquirente do medicamento, provas documentais das efetivas aquisições e subsequentes dispensações dos medicamentos existiriam, ou teriam condições de ser exibidas. À míngua dessa demonstração – que competia à defesa do acusado – somos deixados com a conclusão, única possível, de que a aquisição cadastrada na plataforma digital do Programa “Farmácia Popular” efetivamente não aconteceu.

Aqui, entra em consideração a circunstância de que o acusado, além de diretamente beneficiado pelos repasses de verbas para a aquisição de tais fármacos, era o único responsável pela empresa investigada, a única pessoa que tinha acesso ao sistema informatizado do DATASUS (utilizado para operar o programa), havendo reconhecido, em sede de interrogatório, que, de fato, os registros ali lançados, e apontados como irregulares pelas autoridades da fiscalização, foram por ele realizados.

Registre-se, nesse ponto, a douta *opinio* do Ministério Público Federal, da lavra do *Em. Procurador da República Dr. FABRÍCIO CARRER*, plasmada em sede de alegações finais (*fls. 172*), nos termos seguintes:

Assim, infere-se que se o acusado não comprovou a aquisição e nem a venda dos medicamentos selecionados pela auditoria, as informações de dispensações inseridas por ele no sistema

PFPB são falsas, tendo gerado o locupletamento ilícito em seu favor, uma vez que recebeu repasses indevidos do Ministério da Saúde.

Nesse ponto, cumpre esclarecer, que o estabelecimento credenciado é remunerado pelo Governo Federal a partir dos lançamentos de dispensações (entrega ao cidadão) de medicamentos efetuadas no Sistema Autorizador do Programa, conforme se depreende dos artigos 17 e 29, da Portaria GM/MS nº 971/2012, vigente à época das dispensações (g.n.).

Daí, não demonstradas as efetivas transações comerciais envolvendo os medicamentos declarados, na plataforma digital, pelo ora acusado, e certificado que a única pessoa a manipular o sistema era ele próprio, justamente o beneficiário dos repasses das verbas atinentes ao programa, desvela-se, com grande segurança, a conclusão pela autoria do fato criminoso descrito na inicial, a substanciar um decreto condenatório do réu.

DECLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO TÍPICA PARA O CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. EMENDATIO LIBELLI.

Entretanto, é quanto à análise do dolo que se estabelece, a meu sentir, a divergência entre a capitulação inicial dada ao fato estampada na denúncia, e as conclusões em que emergiu a instrução criminal desenvolvida sob o pálio do contraditório.

Resguardado, sempre, o máximo respeito e o devido acatamento à Douta posição sustentada pelo I. Órgão acusatório, estou em que as circunstâncias que emergiram da instrução levam à conclusão de que o agente que insere informações inverídicas nos sistemas informatizados do programa de Farmácia Popular, tem em mente a percepção de vantagem pecuniária. Utiliza-se da inserção de dados falsos no sistema, apenas como meio, como iter de conduta criminosa que, ao fim e ao cabo, tem em mira a apropriação indevida das verbas públicas envolvidas no programa. Pratica, assim, segundo essa forma de ver a questão, o delito de *estelionato*, majorado (art. 171, § 3º do CP). Nesse sentido, indico os seguintes julgados do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR. IRREGULARIDADES GRAVES. VANTAGEM INDEVIDA APURADA. PREJUÍZO CONCRETO AOS COFRES FEDERAIS. EXPEDIENTE FRAUDULENTO CARACTERIZADO. ESTELIONATO CONFIGURADO.

1. O programa Farmácia Popular do Brasil (PFPB) foi instituído pela União Federal no ano de 2004, com o intuito de promover a distribuição de medicamentos de uso maciço a preços subsidiados pelos cofres públicos. Programa que não se voltava à distribuição gratuita e, inclusive, a proibia, salvo, a partir de 2011, com relação a uma lista restrita de medicamentos. A contrapartida obrigatória do usuário constituía característica inelidível do PFPB à época dos fatos, e assim seguiu sendo, ressalvada a exceção já referida.

2. *Percepção de vantagem ilícita (recebimento dos repasses feitos pela União por medicamentos que não foram efetivamente dispensados), mediante fraude, consubstanciada no uso indevido do CPF de supostos usuários para simular a venda dos medicamentos, induzindo em erro da União, que pagava sua contraprestação pelos medicamentos, gerando com tal prática prejuízo para a União Federal.*

3. *Materialidade, autoria e dolo demonstrados. Prova documental e testemunhal.*

4. *Dosimetria da pena privativa de liberdade mantida: pena-base acima do mínimo legal, ausência de agravantes ou atenuantes, causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal e continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal.*

5. Considerando que a pena de multa deve ser fixada em consonância com o sistema trifásico de dosimetria da pena, reduz-se para 24 (vinte e quatro) dias-multa, para que as penas de

multa e privativa de liberdade aplicadas guardem entre si a proporção e a coerência.

6. Valor do dia-multa aumentado para um dos réus, nos termos do apelo da acusação.

7. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito: uma pena pecuniária em favor da União, no valor de dois salários mínimos em vigor à época do pagamento e uma pena de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública a ser designada pelo Juízo da Execução, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, nos termos do apelo da acusação.

8. Execução provisória da pena. Entendimento do STF.

9. Apelação do réu a que se dá parcial provimento. Apelação da acusação a que se dá provimento. De ofício, reduzida a pena de multa do corréu e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (g.n.).

[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 74344 0002713-15.2012.4.03.6108, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2018].

No mesmo sentido:

PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 9, § 2º DA LEI Nº 10.684/2003. IMPOSSIBILIDADE. ROL TAXATIVO. ESTELIONATO MAJORADO. PROGRAMA FEDERAL FARMÁCIA POPULAR DO BRASIL. VANTAGEM INDEVIDA APURADA. PREJUÍZO CONCRETO À UNIÃO FEDERAL. SENTENÇA BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM TESTEMUNHOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. ESTELIONATO CONFIGURADO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Rejeitada a tese defensiva de ser o delito passível de extinção da punibilidade por ressarcimento do dano em aplicação analógica ao art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. No crime que foi imputado ao réu, estelionato, o bem jurídico tutelado é o patrimônio (Título II do Código Penal) não sendo possível atribuir-lhe qualquer analogia e hipótese de extinção da punibilidade com o ressarcimento do dano destinada aos crimes de supressão ou redução de tributos ou de contribuições sociais, apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, cujos bens jurídicos protegidos são a ordem tributária e a Previdência, taxativamente descritos no rol do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. Ademais, o legislador não previu qualquer hipótese de extinção de punibilidade dos crimes contra o patrimônio, inexistindo, assim, qualquer falha ou omissão da lei penal nesse sentido. Por outro lado, não se mostra razoável admitir a analogia em tese, visto que acarretaria a descriminalização dos crimes contra o patrimônio, aos quais o legislador previu, inclusive, majoração da pena em um terço aos praticados em detrimento de entidade de direito público, conduta eminentemente reprovável, por ferirem diretamente o bem comum, como no caso dos autos.

2. Autoria, materialidade e elemento subjetivo (dolo) configurados.

3. *A auditoria realizada pelo DENASUS e os depoimentos colhidos no curso do inquérito policial demonstram inequivocamente a materialidade delitiva a que foi incurso o réu, art. 171, caput, e §3º, do Código Penal, em detrimento ao Programa Federal Farmácia Popular do Brasil.*

4. O primeiro artifício utilizado pelo réu foi proceder ao cadastramento de usuários ao Programa Farmácia Popular, em suas residências e lançar medicamentos em seus CPF's sem que os tenham adquirido, bem como por tê-los dispensado gratuitamente, como se depreende dos depoimentos colhidos extrajudicialmente.

5. Não obstante os depoimentos das testemunhas tenham sido coesos e convergentes a indicar sua atitude orquestrada de angariar clientes para o programa federal, colhendo seus dados pessoais e dispensando medicamentos sem qualquer contrapartida ou até mesmo emitindo autorizações de pagamento em nome de terceiros, sem que fizessem uso de tais medicamentos.

6. As vendas simuladas de medicamentos ocorreram durante a vigência da Portaria MS 749/09, que previa contrapartida de pelo menos 10% (dez por cento) dos usuários sobre o valor dos medicamentos. Fornecendo-os gratuitamente ou sem que tenham sido realmente adquiridos pelos usuários ou dispensando-os com receitas inválidas, a União acabava arcando com o valor integral ou parcial dos medicamentos, que eram lançados em lotes pelo réu no sistema informatizado do programa.
7. Os meios fraudulentos empregados pelo réu induziram a vítima (União Federal) em erro, posto que regularmente repassava os valores subsidiados ao réu, admitindo seus lançamentos como verídicos. Ademais, também induzia em erro os usuários, comprometendo a credibilidade do programa do Ministério da Saúde.
8. Quanto ao elemento subjetivo do delito (dolo) é certo que o apelante tinha conhecimento das normas do Programa Farmácia Popular. É farmacêutico e em depoimento declarou ser responsável por todos os atos da Farmácia Nova de Tupã, embora não figure em seu quadro societário.
9. Em nenhum momento, o réu afastou as constatações da auditoria do DENASUS, cuja eventual regularidade poderia ser elidida através de apresentação da contabilidade do estabelecimento, evidenciando o fluxo de entrada e saída de medicamentos e seu estoque, bem como com a comprovação da efetiva entrega dos medicamentos aos usuários.
10. As provas obtidas no curso do inquérito policial podem ser valoradas em sede judicial, em decorrência do princípio constitucional do livre convencimento motivado, desde que complementadas por outras provas, como restou configurado nos autos.
11. Dosimetria. Na primeira fase, afastamento da culpabilidade e do motivo do crime como circunstâncias judiciais negativas, com a consequente redução da pena-base. Na segunda fase, mantida a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, “b”, do Código Penal e, em terceira fase, a incidência do aumento de 1/3 (um terço), conforme previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal. Ainda na terceira fase, aplicação da majorante do crime continuado (CP, art. 71), no mesmo patamar aplicado pelo juízo de origem, qual seja, 1/3 (um terço). Mantida a fixação do regime aberto e da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.
12. Prestação pecuniária reduzida diante da reparação integral do dano pelo réu, entendimento jurisprudencial adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.
13. Apelação da defesa parcialmente provida (g.n.).
[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 59932 0000869-22.2011.4.03.6122, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2018].

Considerando, entretanto, que o substrato de fato discutido nos autos é exatamente o mesmo, instaurando-se a divergência, apenas e tão somente, com relação à definição jurídica desses mesmos fatos, possível a emenda do libelo, nos termos do art. 383 do CPP, ausente qualquer prejuízo à defesa do acusado, que se defende dos fatos e não da qualificação jurídica que a eles lhe empresta o libelo crime-acusatório.

Com esta alteração em relação à proposta inicial efetivada pelo I. Órgão da Procuradoria da República aqui oficiante, a quem renovo todas as vênias de direito, é que se deve analisar o dolo da conduta imputada ao agente aqui em questão, para se concluir *presente* o *dolo específico* de locupletamento em detrimento de terceiros, necessário e suficiente para a configuração do elemento anímico da conduta do tipo penal de estelionato, consoante pacificamente vem reconhecendo a doutrina e a jurisprudência. Nesse sentido, a lição do eminente *CELSO DELMANTO*, que, quanto ao tipo subjetivo do estelionato ensina que é composto pelo:

(...) dolo, com especial fim de agir (para apoderar-se de vantagem ilícita) que deve ser considerado elemento subjetivo do tipo. Na corrente tradicional é o “dolo específico”. Não há

forma culposa.

[Código Penal Comentado e Legislação Complementar, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 396].

De igual modo, os seguintes julgados:

PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR. IRREGULARIDADES GRAVES. VANTAGEM INDEVIDA APURADA. PREJUÍZO CONCRETO AOS COFRES FEDERAIS. EXPEDIENTE FRAUDULENTO CARACTERIZADO. ESTELIONATO CONFIGURADO.

1. O programa Farmácia Popular do Brasil (PFPPB) foi instituído pela União Federal no ano de 2004, com o intuito de promover a distribuição de medicamentos de uso maciço a preços subsidiados pelos cofres públicos. Programa que não se voltava à distribuição gratuita e, inclusive, a proibia, salvo, a partir de 2011, com relação a uma lista restrita de medicamentos. A contrapartida obrigatória do usuário constituía característica inelidível do PFPPB à época dos fatos, e assim seguiu sendo, ressalvada a exceção já referida.

2. *Percepção de vantagem ilícita (recebimento dos repasses feitos pela União por medicamentos que não foram efetivamente dispensados), mediante fraude, consubstanciada na dispensa de medicamentos do programa sem a comprovação da aquisição por meio de notas fiscais, induzindo em erro da União, que pagava sua contraprestação pelos medicamentos, gerando com tal prática prejuízo para a União Federal.*

3. *Materialidade, autoria e dolo demonstrados. Prova documental e testemunhal.*

4. Dosimetria da pena privativa de liberdade mantida: pena-base no mínimo legal, ausência de agravantes ou atenuantes, causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal e continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal.

5. Considerando que a pena de multa deve ser fixada em consonância com o sistema trifásico de dosimetria da pena, reduz-se para 21 (vinte e um) dias-multa, mantido o valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente a época dos fatos, para que as penas de multa e privativa de liberdade aplicadas guardem entre si a proporção e a coerência.

6. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito mantida.

7. Execução provisória da pena. Entendimento do STF.

8. Apelação da ré a que se nega provimento (g.n.).

[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 75492 0000311-74.2016.4.03.6122, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2018].

No mesmo sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO: ARTS. 171, § 3º C.C. 29 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FRAUDE A PROGRAMA “FARMÁCIA POPULAR”. MATERIALIDADE DELITIVA INCONTROVERSA. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, REGIME INICIAL SEMIABERTO E INDEFERIMENTO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS MANTIDOS. RECURSO DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, EM SUA INTEGRALIDADE.

1. Materialidade comprovada - e incontroversa.

2. Quanto à autoria delitiva, de se destacar que toda a prova dos autos é no inequívoco sentido da imputação dos fatos então descritos na denúncia ao apelante. Além do vasto material documental acostado ao feito, de se ressaltar os depoimentos das testemunhas, em especial de funcionários dos estabelecimentos em que laborou o réu à época.

3. No que se refere ao dolo do sentenciado, a reforçar que todo o conjunto probatório demonstra, sobejamente, a sua existência. A má-fé se caracteriza pelo emprego consciente e voluntário

de meio fraudulento, utilizado para induzir e manter em erro o Sistema Único de Saúde, a fim de se obter vantagem patrimonial vultosa e flagrantemente ilícita, com ressarcimento de vendas inexistentes de medicamentos.

4. Acerca da pena, vê-se que a privação de liberdade fora estabelecida dentro dos parâmetros legais e constitucionais, em respeito ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição da República). Inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vez que o sentenciado não cumpre os requisitos mínimos do artigo 44 do Código Penal. Tampouco passível de deferimento fixação de regime inicial de cumprimento de pena aberto, nos moldes do artigo 33, § 2º, b, do Estatuto Repressivo.

5. Apelação desprovida *in totum*. Sentença condenatória mantida(g.n.).

[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 59167 0002930-43.2012.4.03.6113, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/10/2015 FONTE_REPUBLICACAO: e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2016].

Satisfeitas, assim, todas as elementares para o fato típico de estelionato e ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude, enquadra-se o acusado na prática desse delito específico.

DA ABSORÇÃO DO CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES PELO ESTELIONATO. CONSUNÇÃO.

Antes de evoluir à etapa de dosimetria das penas aplicáveis, é de verificar que, evidentemente que esse delito de estelionato, majorado, absorve o outro, autônomo, previsto no *art. 313-A do CP*, na medida em que o crime de inserção de informações falsas perpetrado pelo réu, não revela ostentar maior potencialidade lesiva do que aquela já desvelada pelo estelionato aqui em questão, na medida em que utilizado como meio ou um desdobramento do *iter criminis* da conduta criminosa que redundou na apropriação indevida de valores pelo ora acusado, sem potencialidade residual de dano, a atrair a incidência, ao caso, da *Súmula n. 17 do C. Superior Tribunal de Justiça*:

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência, conforme se vê do seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 313-A, 297 E 304, DO CÓDIGO PENAL. CRIME-MEIO. ABSORÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Ficaram demonstradas a autoria e a materialidade de estelionato qualificado, considerando que o acusado contratou intermediário, por mais de R\$ 1.000,00 (um mil reais), para obter benefício previdenciário, consciente de que não tinha tempo de serviço suficiente para tal.

2. O delito se consumou, mediante a apresentação de Carteira do Trabalho e Previdência Social - CTPS que continha registro de vínculos empregatícios inexistentes e com o concurso de servidor da autarquia previdenciária, que inseriu os dados falsos no sistema informatizado, tendo sido pagos, indevidamente, os proventos de aposentadoria, por quase 2 (dois) anos.

3. Embora a inserção de dados falsos e a modificação indevida do cadastro constituam crime autônomo, tipificado no artigo 313-A, do Código Penal, no caso concreto, apenas serviu de instrumento para a obtenção da vantagem indevida, não havendo, residualmente, a possibilidade de outros danos, devendo ser caracterizado como crime-meio.

4. Neste contexto, impõe-se o reconhecimento da absorção, a afastar a condenação, em razão da prática do delito em tela, remanescendo, tão-somente, o estelionato qualificado. Idêntico raciocínio se aplica aos crimes de falsificação de documento público e de uso do mesmo. Inteligência da Súmula nº 17, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

5. A dosimetria da pena não merece reparos. Militam, como elementos desfavoráveis, a motivação, a culpabilidade mediana e as circunstâncias do crime, a autorizarem a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão. A multa foi estipulada em montante adequado e proporcional à infração praticada.

6. Aplica-se a qualificadora do parágrafo 3º, do artigo 171, do citado Código, porque o crime foi cometido contra entidade de direito público. Não incide a atenuante do artigo 65, III, “b”, do mesmo diploma, porque não houve a reparação integral do dano ao erário.

7. Apelações improvidas. (g.n.).

[ACR - Apelação Criminal - 9037 2008.83.00.017649-6, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 17/04/2013 - Página: 353].

Reconheço, portanto, a absorção do delito de inserção de dados falsos em sistema de informações (*crime-meio*) pelo de estelionato (*crime-fim*), que desvela o intuito finalístico da conduta do acusado.

DA APLICAÇÃO E DOSIMETRIA DA PENA

Assim sendo, passo à dosimetria da pena aplicável ao crime de estelionato, na forma estabelecida pelo *art. 68 do CP*. Atendendo às diretrizes do *art. 59 do CP*, em primeira fase da dosimetria, verifico que o acusado é primário, e não porta maus antecedentes. Entretanto, entendo que deva ocorrer um ligeiro *acréscimo* em relação ao mínimo da pena-base a ser aplicada, na medida em que o estelionato de que aqui se cogita não apenas absorve um delito de inserção de dados falsos em sistema público de informações (*art. 313-A do CP*), bem como revela resultado financeiro relativamente expressivo (R\$ 75.532,10). Circunstâncias que, não há dúvida, aumentam o dano produzido pelo delito, e, por óbvio, tornam a conduta delituosa potencialmente mais gravosa, a justificar uma exasperação da *pena-base*, que, por tais razões, deve ser fixada acima do mínimo-legal, em 2 (dois) anos de reclusão.

Em segunda fase de aplicação da pena, observo que não há circunstâncias agravantes e/ ou atenuantes a serem consideradas.

Em terceira fase, atente-se para o fato de que estão presentes duas causas de aumento de pena, uma delas prevista na Parte Especial do Código Penal (correspondente ao § 3º do art. 171 – crime praticado contra entidade de direito público), e a outra na Parte Geral (correspondente ao art. 71 do CP – crime continuado). Nesses casos, tem entendido a jurisprudência de nossas Cortes Federais que, em terceira fase da dosimetria, as causas de aumento e de diminuição devem ser aplicadas *uma a uma*, no conhecido “efeito cascata”, considerando-se, em primeiro lugar, as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial do Código, inerentes ao tipo penal, e, no momento subsequente, as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral. Nesse sentido, indico excerto de valioso precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO MATERIAL COM O DELITO AUTÔNOMO PREVISTO NO ARTIGO 36 DA LEI 11.343/06. RECLASSIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS NO ARTIGO 35 COMBINADO COM A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VII, AMBOS DA LEI DE DROGAS. EMENDATIO LIBELLI. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO BENÉFICA AO RÉU. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO. EFEITO CASCATA. REGIME FECHADO MANTIDO.

(...)

XVI - Na terceira fase da dosimetria as causas de aumento e de diminuição de pena devem

ser aplicadas uma a uma, no chamado efeito “cascata”, e não somadas e depois aplicadas de uma única vez. Além disso, as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial do Código Penal, inerentes ao tipo penal, devem ser aplicadas em primeiro lugar, ao passo que as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral devem ser aplicadas na sequência. Nesse sentido: STJ, AgREsp 1021796, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, j. 19/03/2013, DJe 17/04/2013.

XVII - À vista do caso concreto, na terceira fase, a pena deve ser aumentada à razão de 5/8, dada a extensão e magnitude da atividade criminosa imputada ao ora apelante, tornando-se definitiva a pena de 06 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 1.516 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

XVIII - Para determinação do regime inicial (...) (g.n.).

[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 58943 0001106-61.2007.4.03.6004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016].

Atento a esta orientação, verifica-se, em primeiro lugar, a presença da *causa especial* de aumento decorrente do crime cometido contra entidade de direito público ou instituto de economia popular (Fundo Nacional de Saúde), o que eleva a *pena-base* ao patamar de $\frac{1}{3}$, previsto no *art. 171, § 3º, do CP*. Do que resulta, nesta operação, a pena privativa de liberdade de *2 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão*.

Além disso, presente a *causa geral* de aumento de pena concernente ao *crime continuado* – eis que as condutas relativas a crime de mesma espécie foram praticadas no mesmo período e no mesmo lugar e, pela forma de sua execução, devem ser havidas como continuação da primeira. Portanto, com fundamento no número de incursões na conduta vedada verificados de *abril/2013 a março/2014* (11), entendo cabível, nos termos do *art. 71 do CP*, a imposição de um aumento de pena no patamar de $\frac{1}{3}$. Assim, a pena privativa de liberdade passa a ser de *3 anos, 6 meses e 20 dias*, que, à míngua de qualquer outra causa modificativa *torno definitiva* para o caso em apreço.

Estabeleço, com base nas mesmas diretrizes já antes mencionadas, *pena de multa* no importe de *260 (duzentos e sessenta) dias-multa*, cujo valor arbitro em *1/30* (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Estabeleço, para *início* de cumprimento o *regime aberto*, nos termos do *art. 33, § 2º, “c” do CP*.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

Por outro lado, considerando as condutas praticadas, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, nos termos do disposto no *art. 44, II e III, do CP*, considero viável a substituição da pena privativa de liberdade aplicada ao réu pelas seguintes, restritivas de direitos:

1º) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS, nos termos do *art. 46 do CP*, podendo o apenado optar pelo cumprimento em período equivalente à metade da pena privativa de liberdade a ser substituída, em condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, principalmente quanto à entidade para a prestação de serviços (*arts. 46, § 4º e 55, ambos do CP*);

2º) PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, prevista no *art. 45, §§ 1º e 2º, do CP*, que estabeleço em *05 (cinco) salários mínimos*, a ser atualizado monetariamente até o recolhimento, a ser

destinada à *UNIÃO FEDERAL*.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal, e o faço para CONDENAR o acusado RODRIGO ALMEIDA BARROS, já devidamente qualificado nos autos, como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, c.c. art. 71, do CP, aplicando-lhe a pena privativa de liberdade no total de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, estabelecido regime aberto para início de execução, e multa pecuniária no importe de 260 dias-multa, fixando o valor unitário mínimo (1/30 - um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato). SUBSTITUO a pena restritiva de liberdade aqui aplicada pelas restritivas de direitos, consoante disposto no corpo da fundamentação desta sentença.

A pena pecuniária ora estabelecida deverá ter o seu valor atualizado monetariamente, de acordo com o Manual de Cálculos aprovado pela Justiça Federal da 3ª Região, desde a data da ocorrência do fato (teoria da atividade) até a data da efetiva liquidação do débito.

Arcará o réu com as custas.

Com o trânsito, lance-se o nome do sentenciado no ról dos culpados.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.R.I.

Botucatu, ___ de setembro de 2018.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM**5000447-55.2017.4.03.6120**

Autora: ANA LÚCIA DE SALES TEODORO SILVA

Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, BANCO DO BRASIL S.A, BANCO SANTANDER S.A.

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2018

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por ANA LÚCIA DE SALES TEODORO SILVA contra CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, BANCO SANTANDER S/A e BANCO DO BRASIL por meio da qual a autora busca o redimensionamento de empréstimos contraídos junto aos réus. Em resumo, a inicial narra que a autora é funcionária pública municipal e que nessa condição recebeu, durante anos, gratificação por tempo de serviço. Contudo, de inopino esse adicional foi cortado, o que reduziu de forma substancial os rendimentos da autora. Tal fato repercutiu na relação entre seus proventos e os empréstimos que contratara com as rés. Em razão desse quadro, pede que os contratos sejam revistos para que, no conjunto, o valor das prestações não comprometa mais do que 30% de sua renda.

Em sua defesa, a Caixa Econômica Federal (Id. 3499501) sustentou que a autora é credora de ação, uma vez que no momento da concessão dos empréstimos havia disponibilidade na margem consignável. Alegou também a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com o Município de Taquaritinga, na condição de conveniente. No mérito, defendeu que concedeu os empréstimos "... observando rigorosamente todos os critérios legais e normativos". Salientou que os empréstimos foram concedidos de acordo com as informações do empregador, respeitado o limite de 30% da remuneração.

O Banco Santander S/A (Id. 3608805) sustentou que os contratos foram contratados por livre manifestação das partes, sendo que não há razão para alterar os termos convencionados.

Por sua vez, o Banco do Brasil (Id. 3829516) começou sua defesa impugnando a concessão da AJG à autora, bem como arguiu preliminar de inépcia da inicial, fundada na alegação de falta de clareza e objetividade da inicial. No mérito, assim como as corrés, defendeu o cumprimento dos contratos nos termos em que celebrados. Defendeu que a responsabilidade pela limitação dos descontos incidentes sobre o salário recai sobre a fonte pagadora, que fornece ao banco o cálculo da margem consignável. Além disso, a margem consignável dos agentes estatutários no Estado de São Paulo é de 50%, não se aplicando as disposições da Lei 10.820/03.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De largada, rejeito as preliminares articuladas pelos réus.

O pedido da autora é de revisão dos empréstimos contraídos sob o fundamento de que atualmente as prestações consomem mais de 30% de sua renda líquida. Logo, é indiferente para o exame da viabilidade da pretensão o fato de que, ao tempo da contratação, a margem disponível autorizava as consignações. Dito de outra forma, a autora não ataca a concessão dos empréstimos, mas sim a evolução dos contratos. De resto, entendo que a inicial e os documentos que a acompanham permitem a compreensão do pedido.

Desnecessária a inclusão do empregador da autora no polo passivo. Conforme mencionado há pouco, a causa de pedir da pretensão de revisão está em modificações do panorama fático ocorridas após a contratação dos empréstimos, de modo que irrelevante a conduta do empregador quando da autorização para a celebração dos contratos. Caso seja determinado algum ajuste nos descontos, basta que o empregador seja notificado a respeito das alterações dos contratos.

Por fim, a impugnação à assistência judiciária gratuita formulada pelo Banco do Brasil não está acompanhada de dado concreto que infirme a declaração de hipossuficiência firmada pela autora. De mais a mais, a impugnação contrasta com os diversos elementos que sinalizam que a situação financeira da autora é desfavorável, para não dizer dramática.

Superadas as prefaciais, passo ao exame da matéria de fundo.

Embora seja servidora pública vinculada a regime estatutário, não há notícia de lei específica do Município de Taquaritinga regulamentando a consignação em pagamento, tampouco foram apresentados os convênios firmados entre o Município e os bancos. Porém, é certo que os empréstimos da autora não se sujeitam ao regramento dos servidores do Estado de São Paulo, conforme aventado pelo réu Banco do Brasil.

Pelo que se depreende dos contratos e das autorizações para consignação em folha emitidas pelo empregador da autora (Ex. ID. 3743365, p. 13), os empréstimos seguiram as regras da Lei 10.820/2003. Essa norma limita a consignação em folha de pagamento a 30% da remuneração disponível, entendida tal como os vencimentos, subsídios, soldos, salários ou remunerações, descontadas as consignações compulsórias.

No caso dos autos, a autora alega que sua remuneração bruta correspondia a R\$ 8.400,00, o que lhe permitiu a contratação de quatro empréstimos consignados junto à Caixa Econômica Federal (três contratos) e Banco Santander (um contrato) cujas prestações somavam R\$ 1.881,64, dentro da margem consignável de 30%. Fora isso, a autora contratou junto ao Banco do Brasil três empréstimos na modalidade de crédito direto ao consumidor, cujas prestações somam R\$ 1.973,12 e um financiamento de veículo no valor de R\$ 834,81 ao mês.

Sucedo que em janeiro de 2017 o Município de Taquaritinga, observando decisão judicial, suspendeu o pagamento de gratificação incorporada ao salário de cerca de seiscentos servidores, dentre os quais a autora. Tal fato, somado à diminuição no pagamento de horas extras, diárias, adicional noturno e abono salarial, reduziu a renda da autora para menos da metade (de R\$ 8.400,00 para R\$ 3.900,00), tornando inviável o pagamento das obrigações contraídas. Em razão disso, pugna pelo redimensionamento das dívidas, de modo que as prestações de todas as obrigações não supere 30% da renda disponível (R\$ 2.797,59), o equivalente a R\$ 839,27.

Pois bem.

A autora apresentou três contracheques. No primeiro, referente ao mês de dezembro de 2016 (Id. 1175163 p. 1-2), a remuneração bruta, descontado o adicional de férias, correspondia a R\$ 8.409,06. Subtraídas as consignações obrigatórias (imposto de renda retido na fonte e contribuição previdenciária), a renda disponível era de R\$ 6.265,62, o que assegurava uma margem consignável de R\$ 1.886,79. Por aí se vê que em dezembro de 2016 a margem consignável da autora estava totalmente comprometida pelos quatro empréstimos que gravavam sua folha de salários, isso sem levar em consideração as demais obrigações financeiras, como os empréstimos na modalidade CDC e o financiamento de veículo.

Em fevereiro a renda bruta caiu para R\$ 3.907,52 e a disponível para R\$ 3.366,95. Em parte essa drástica diminuição se explica pela suspensão da gratificação até então incorporada (rubrica Grat. Incorporada Art. 67 Lei 4.314_2016), que na folha de dezembro de 2016 corres-

pondia a R\$ 1.183,60 (14% da renda bruta). Porém, a maior diferença se explica na redução do pagamento de vários adicionais variáveis, tais como horas-extras e diárias.

A inicial veio acompanhada de apenas dois contracheques, base insuficiente para apurar a dimensão da redução da renda da autora por outros fatores que não a suspensão da gratificação incorporada. No entanto, considerando que o holerite de dezembro de 2016 veio acompanhado do adicional de férias, é de se presumir que a autora gozou férias em janeiro de 2017, o que explica a diminuição temporária dos adicionais relacionados ao efetivo exercício laboral, tais como horas-extras e o pagamento de diárias.

Por aí se vê que embora a autora credite a raiz de seus problemas à suspensão da gratificação incorporada, os elementos disponíveis mostram que o impacto desse fato nas finanças da autora não teve a dimensão que se lhe busca atribuir. Diferentemente do que afirmado na inicial e repetido em outras manifestações da autora, a suspensão da gratificação não resultou na diminuição de seus rendimentos pela metade, mas sim em percentual bem mais modesto, algo entre 17% a 25%. (Embora o impacto seja significativamente menor do que o apontado na inicial, não se trata de uma redução irrelevante, longe disso. No geral, não temos a cultura de formar poupança, de modo que o natural é o salário ser integralmente absorvido pelo orçamento doméstico. Diante desse panorama, qualquer redução nos vencimentos impacta o pagamento das obrigações).

Tanto é assim que no contracheque de junho de 2017 (Id. 2153623) a remuneração bruta da autora foi de R\$ 6.390,26, valor próximo do vencimento anterior à suspensão da gratificação incorporada. A renda disponível naquele mês era de R\$ 5.052,49, o que informavam uma margem consignável de R\$ 1.515,74. Considerando que esse é o contracheque mais recente anexado ao processo, tomarei tal documento como parâmetro para o exame do pedido de redimensionamento dos contratos.

A essa altura, há duas questões que devem ser superadas. A primeira consiste estabelecer quais obrigações estão compreendidas no limite de 30% da renda disponível, se todos os empréstimos e financiamentos ou se apenas aqueles contratados na modalidade de consignação em folha. E a segunda passa por definir se a alteração da renda disponível do tomador do empréstimo autoriza a revisão dos contratos.

Quanto à primeira questão, entendo que o limite de 30% de comprometimento da renda disponível diz respeito apenas aos empréstimos contratados por meio de consignação em folha. O objetivo da norma é assegurar que o trabalhador tenha acesso a parcela substancial de seu salário, o que se faz pela imposição de um freio aos descontos compulsórios incidentes sobre a remuneração. Entretanto, uma vez creditados cabe ao beneficiário empregar os recursos da maneira que entender mais conveniente e segundo suas necessidades, inclusive para o pagamento de empréstimos não consignados em folha. Tais operações são contratadas segundo livre negociação das partes, ambas cientes dos riscos envolvidos no negócio.

Considerando que na generalidade dos casos o patrimônio em moeda sonante é fruto do trabalho de seu titular, se a limitação de comprometimento do salário fosse aplicada a todas as modalidades de mútuo a contratação de empréstimos fora da modalidade de consignação em folha de pagamento seria inexecutável. Prova disso é que todos os mútuos contraídos pela autora fora do regime da consignação já superavam o limite de 30% da renda disponível, uma vez que a margem consignável estava exaurida por quatro empréstimos.

Nessa ordem de ideias, não é exagero afirmar que o pedido de limitação global de prestações de empréstimos a 30% da renda disponível ofende o princípio da boa-fé objetiva, mais precisamente do corolário de vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum*

proprium). Sim, pois a autora voluntariamente contratou empréstimos que extrapolavam 30% de sua renda, para só depois requerer a obediência ao limite de comprometimento. E note-se que os empréstimos da autora já superavam 30% de seu rendimento no tempo em que recebia a gratificação que depois acabou suspensa; — em dezembro a renda disponível da autora era de R\$ 6.265,62 (margem consignável de R\$ 1.886,79), ao passo que as prestações dos oito empréstimos (quatro consignados, três CDCs e um financiamento) somavam R\$ 3.854,76.

Em suma, concluo que a contratação de outras obrigações que não são garantidas pela consignação em folha de pagamento não estão sujeitas ao limite de comprometimento.

A partir dessa conclusão já se pode afirmar que em relação ao Banco do Brasil o feito deve ser julgado improcedente. É que a autora não possui empréstimos consignados em relação ao Banco do Brasil, mas sim mútuos na modalidade de crédito direto ao consumidor (CDC) e um financiamento de veículo.

Quanto ao segundo tópico, entendo que a resposta é positiva. A limitação da margem consignável a 30% dos rendimentos disponíveis é comando impositivo estabelecido por lei. Logo, caso verificada a diminuição de rendimentos ocasionada por circunstância imprevisível e involuntária, os empréstimos devem ser redimensionados, de modo que as prestações se reenquadrem no percentual máximo de comprometimento da renda.

Claro que a diminuição do valor da prestação tem por consequência inevitável a dilação do prazo para pagamento, uma vez que o credor tem o direito de receber o capital que emprestou, remunerado pela taxa de juros convencional. No presente caso, esse ajuste é necessário, pois as prestações de empréstimos consignados que gravam o contracheque da autora superam 30% da renda disponível.

Conforme já referido, a renda disponível em junho de 2017 (último holerite apresentado) corresponde a R\$ 5.052,49. Esse é o produto da soma de todos os rendimentos (R\$ 6.390,26) subtraída das consignações compulsórias, que no caso da autora correspondem ao imposto de renda (R\$ 717,35) e contribuição previdenciária (R\$ 620,42). Nesse caso, a margem consignável é de R\$ 1.515,75. Porém, as parcelas dos empréstimos consignados que gravam o contracheque da autora somam R\$ 1.881,64, ou seja, R\$ 365,89 acima do limite de 30%. Sendo assim, as parcelas devem ser diminuídas, a fim de se adequar aos rendimentos atuais da demandante.

Tendo em vista que quatro empréstimos consignados gravam o contracheque da autora, contraídos junto a dois bancos, o melhor caminho é a redução proporcional das parcelas, ajuste que repercutirá no prazo de pagamento. O deságio a ser aplicado é de 19,45%, conforme tabela abaixo:

<i>Instituição</i>	<i>Valor original</i>	<i>Valor ajustado</i>
CAIXA	R\$ 210,21	R\$ 169,32
CAIXA	R\$ 355,65	R\$ 286,48
CAIXA	R\$ 824,53	R\$ 664,16
SANTANDER	R\$ 491,25	R\$ 395,70
<i>TOTAL</i>	R\$ 1.881,64	R\$ 1.515,66

Embora o parâmetro para a revisão do valor das prestações seja junho de 2017, entendo que o ajuste das parcelas deve ter efeito prospectivo. As prestações até aqui adimplidas eram

efetivamente devidas pela autora e já se incorporaram ao patrimônio dos respectivos credores, resultando na diminuição do saldo devedor e no número de parcelas futuras. Além disso, os credores não concorreram para a diminuição da margem consignável da autora e sequer consta que tenham tomado conhecimento desse fato antes da citação.

Contudo, a fim de conferir efeitos práticos à decisão, anteciparei os efeitos da tutela, a fim de que as alterações determinadas nesta sentença sejam implantadas o quanto antes.

Os extratos de movimentação da conta da autora anexados ao processo (Id. 3829548) revelam que seu salário é creditado entre o primeiro e o quinto dia útil do mês. Logo, não há tempo hábil para a revisão das prestações no mês de maio, de modo que o termo inicial da tutela antecipada será a folha de pagamento creditada em junho. *Caso a autora entenda que a antecipação dos efeitos da tutela nos termos em que determinada não atende aos seus interesses (porque implicará na prorrogação dos contratos), deverá pedir a revogação da medida em até 15 dias, sem prejuízo da interposição de apelação.*

Tudo somado, o feito deve ser julgado procedente em parte.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *PROCEDENTE EM PARTE* o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito (art. 487, I do CPC), para o fim de determinar aos réus Caixa Econômica Federal e Banco Santander que, a partir de junho de 2018, ajustem os contratos de empréstimo que gravam o contracheque da autora, de modo que as prestações sejam alteradas conforme o quadro que segue:

<i>Instituição</i>	<i>Valor original</i>	<i>Valor ajustado</i>
CAIXA	R\$ 210,21	R\$ 169,32
CAIXA	R\$ 355,65	R\$ 286,48
CAIXA	R\$ 824,53	R\$ 664,16
SANTANDER	R\$ 491,25	R\$ 395,70
<i>TOTAL</i>	R\$ 1.881,64	R\$ 1.515,66

Em razão da alteração das parcelas, ficam os réus autorizados a prorrogar os contratos segundo o prazo necessário para a liquidação dos saldos devedores, mantidas os mesmos encargos originariamente estipulados.

Antecipo os efeitos da tutela para determinar que os réus Caixa Econômica Federal e Banco Santander ajustem os contratos a partir da folha de pagamento de junho de 2018. Oficie-se ao Município de Taquaritinga (Divisão Técnica de Recursos Humanos) para que tome ciência da parte da sentença que antecipou os efeitos da tutela e providencie o necessário para seu cumprimento, naquilo que estiver compreendido em sua margem de atuação.

Embora subentendido no acolhimento parcial do pedido, explícito que julgo a ação *IM-PROCEDENTE* em relação ao Banco do Brasil S/A.

Quanto aos honorários, observo que o caso guarda peculiaridades que recomendam temperamento no arbitramento da sucumbência. Considerando que o acolhimento parcial do pedido não exonerou a autora do pagamento dos empréstimos (nem era essa a pretensão), mas apenas determinou condições mais favoráveis ao pagamento, entendo que o saldo devedor das

obrigações e o valor atribuído à causa não são parâmetro para o arbitramento dos honorários, que devem ser fixados segundo os critérios do § 8º do art. 85 do CPC.

Assim, condeno a autora ao pagamento das custas de honorário de advogado, os quais fixo em R\$ 1.000,00 para cada réu. Contudo, fica suspensa a exigibilidade das custas enquanto persistirem as condições que ensejaram a concessão da AJG.

Condeno a Caixa Econômica Federal e o Banco Santander ao pagamento de honorários à autora no valor de R\$ 800,00, sendo R\$ 600,00 pela ré CAIXA e R\$ 200,00 pelo Banco Santander; — esse rateio leva em conta o valor das parcelas que toca a cada réu.

Caso interposto recurso, intime-se a parte contrária para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

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

Araraquara, 24 de abril de 2018.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

MANDADO DE SEGURANÇA**5002361-59.2018.4.03.6108**

Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrados: DELEGADA CHEFE DA POLÍCIA FEDERAL DE BAURU E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: DANILO GUERREIRO DE MORAES
Disponibilidade da Sentença: INTIMAÇÃO 14/09/2018

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal contra comportamento omissivo imputado à delegada-chefe da Delegacia de Polícia Federal de Bauru, consistente na recusa à prestação de informações administrativo-operacionais reputadas indispensáveis à ultimação de procedimento de controle externo da atividade policial.

Em abono à postulação, o impetrante referiu que, para cumprir prescrições constitucionais, legais e regulamentares a que se acha jungido – notadamente a Resolução nº 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, assim como em recomendações intestinas, emanadas de sua Sétima Câmara de Coordenação e Revisão –, instaurou o procedimento administrativo nº 1.34.003.000246/2018-55, preposto a documentar a sequência itinerária de atos em que desdobrada a atividade de controle externo da atividade policial a ser desenvolvida na Delegacia de Polícia Federal de Bauru.

Disse que conferiu ampla publicidade à deflagração do propalado expediente administrativo, com notificação pessoal do superintendente regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo, dos representantes da magistratura federal e estadual, do Ministério Público estadual e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Asseverou que, em data aprazada, procuradores da República lotados e em exercício na Procuradoria da República no Município de Bauru compareceram à unidade policial destinatária do controle externo, para inspeção *in loco*, no que foram recepcionados e acompanhados pela autoridade coatora e dois de seus subalternos.

Vocalizou que diversas informações indispensáveis à validação e finalização dos relatórios exigidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público foram sonegadas sob o fundamento de se tratar de dados sigilosos e sensíveis ao desempenho das atividades policiais federais. Declinou que, em virtude dessas recusas, não foi possível ultimar o procedimento administrativo no sítio eletrônico do aludido órgão nacional de controle administrativo e financeiro do *parquet*.

Noticiou a expedição de ofício requisitório tendente à obtenção das informações remanescentes, endereçado à autoridade coatora, a qual, todavia, solicitou a intercessão da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo.

Por fim, aduziu que, arrimada em atos administrativos normativos e enunciativos – Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Despacho nº 4.300/2016, da Divisão de Correições Judiciárias e Inspeções da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Memorando-Circular nº 14/2017, da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo; Resolução nº 1/2016, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal –, a autoridade coatora se manteve deliberadamente inerte.

Obtemperou que o comportamento comissivo da autoridade coatora é lesivo ao seu direito líquido e certo, de estatura constitucional, à obtenção de todos os elementos indispensáveis ao controle externo da atividade policial, ainda que tangentes a atividades intermediárias do órgão inspecionado.

Reportou-se ao art. 129, VII, da Constituição Federal; aos arts. 2º, 3º e 9º da Lei Complementar nº 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União; à Resolução nº 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, inclusive à respectiva compatibilidade vertical; bem assim à iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assecuratória de amplo acesso, pelo *parquet* federal, a informações de cunho administrativo-operacional, indispensáveis ao controle externo da atividade policial.

Requeru a concessão de medida liminar que lhe garanta acesso imediato às informações sonegadas. Derradeiramente, postulou a confirmação da tutela provisória e a concessão da segurança.

A petição inicial (fls. 3-25) veio instruída com cópia integral dos autos do procedimento administrativo nº 1.34.003.000246/2018-55, que tramitou perante a Procuradoria da República no Município de Bauru (fls. 26-217).

Em despacho inaugural, este juízo federal postergou a apreciação do requerimento de tutela provisória para momento subsequente à vinda das informações, bem assim ordenou a intimação da pessoa política a que a autoridade coatora de acha funcionalmente vinculada (fl. 220).

A União requereu admissão no feito e intimação de todos os atos e termos processuais vindouros (fl. 223).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações. Inicialmente, realizou sucinto esboço da realidade fática debruçada no processo. Na sequência, sustentou a legalidade da recusa ao fornecimento dos dados vindicados pelo órgão ministerial, sob o argumento de que agiu segundo diretrizes vinculantes de seus órgãos correccionais.

As informações (fls. 228-232) se fizeram acompanhar de documentos já acostados aos autos por ocasião da impetração (fls. 233-297).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, será cabível medida liminar em mandado de segurança “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

Em outras palavras, defere-se a tutela de urgência na ação mandamental quando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Cumpra, então, perquirir se tais requisitos estão presentes no caso concreto ora *sub judice*.

Duas são as questões controvertidas nesta sede processual: a) a amplitude das prerrogativas conferidas ao Ministério Público Federal no exercício do controle externo da atividade policial; b) a legalidade de atos administrativos normativos e enunciativos restritivos das prerrogativas do *parquet* federal nas províncias do controle externo da atividade policial (*rectius*, Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Despacho nº 4.300/2016, da Divisão de Correções Judiciárias e Inspeções da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Memorando-Circular

nº 14/2017, da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo; Resolução nº 1/2016, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal).

Passo a examiná-las.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – propiciatória da transição de um regime político excepcional e autoritário para uma democracia constitucional, fundamentada na centralidade dos direitos fundamentais –, o exercício das funções legislativas, administrativas e jurisdicionais experimentou auspiciosa inversão de perspectivas. Em consequência desse novo arranjo institucional, a autoridade deu lugar à liberdade; por sua vez, a opacidade se fletiu à transparência e à publicidade das declarações volitivas estatais.

Outrora centrado no exercício abusivo e imoderado de “poderes” arbitrários, ancilares à satisfação de um “interesse geral” sob cujo signo se perpetuaram as mais draconianas e abjetas práticas, de prescindível enunciação, o Estado – coetaneamente adjetivado de constitucional, social, democrático e de direito –, se resignou à condição de exercente de “função”, isto é, de atividade jurídica ou material preposta a satisfazer necessidades de terceiros determinados ou não, com rígida submissão a um extenso catálogo de liberdades individuais, coletivas, sociais e econômicas.

Nesse novel contexto, a transparência e a publicidade adquiriram importância invulgar, visto que foram erigidas à categoria de princípios constitucionais governantes das atividades estatais, isto é, mandamentos de otimização oponíveis a quaisquer encarregados do exercício de funções públicas.

Nos domínios administrativos, a publicidade foi elevada ao nível de princípio constitucional (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), excepcionável apenas quando necessário à salvaguarda da intimidade e da vida privada das pessoas, ou ainda à defesa da sociedade e do Estado (art. 5º, X e XXXIII, da Constituição Federal).

Deveras, segundo a literalidade constitucional, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII – destaquei).

Mas não só isso.

Para além de proclamar direito público subjetivo individual à obtenção de informação de órgãos públicos, o constituinte ordenou a instituição de “formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”, mediante “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII” (art. 37, § 3º, II, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Referida previsão constitucional – plasmada em norma de eficácia limitada e aplicabilidade diferida –, foi regulamentada pela Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, restritiva de acesso a informações classificadas como ultrassecretas, secretas e reservadas (arts. 23 e seguintes).

Para o exercício individual do direito constitucional à publicidade e à transparência dos atos estatais, o constituinte e o legislador ordinário franquearam o acesso dos interessados a instrumentos administrativos e judiciais (direitos fundamentais de caráter processual), a exemplo da petição e da representação aos poderes públicos, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios, do mandado de segurança, do *habeas data*, do mandado de injunção, do *habeas corpus* etc. Tudo isso sem prejuízo do instrumental adjetivo ordinário, consagrado em diplomas processuais civis e penais.

Ademais, em atenção à assimétrica realidade brasileira – em que avultam vulnerabilidades das mais distintas naturezas (técnicas, econômicas, jurídicas, informacionais etc.), impedientes ou restritivas da ação individual –, com o desiderato de fortalecer a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal), o poder constituinte originário promoveu um radical e acertado redesenho institucional do Ministério Público, dotando-o da condição jurídico-institucional de advogado da sociedade.

Presente esse novo contexto, ao *parquet* foram confiadas a titularidade privativa da ação penal de iniciativa pública, a tutela de interesses metaindividuais com projeção social e, no que interessa ao presente caso, o controle externo da atividade policial, na forma de leis complementares (art. 129, I a IX, da Constituição Federal, com ênfase para o disposto no inciso VII).

As atividades de consultoria jurídica do Poder Executivo e de representação judicial e extrajudicial das entidades políticas e administrativas foram outorgadas, com absoluta exclusividade às Advocacias Públicas, vedada a atuação ministerial pública nessas províncias (arts. 129, IX, parte final, 131 e 132 da Constituição Federal).

Eis que foram publicadas a Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, voltada à instituição de diretrizes organizacionais gerais do *parquet* estadual, e a Lei Complementar nº 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, condutora da ação dos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios.

No âmbito da União, o delineamento normativo primário do controle externo da atividade policial veio expresso nos arts. 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/1993.

Na dicção do primeiro dos dispositivos legais acima referidos (art. 9º da Lei Complementar nº 75/1993), “o Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V - promover a ação penal por abuso de poder” (destaquei).

O segundo, reproduzindo previsão do art. 67 da Lei nº 5.010/1966 – Lei Orgânica da Justiça Federal, proclamou que “a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão”.

Em busca do aperfeiçoamento institucional do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 20/2007, preordenada a “manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público”; como vetores de atuação, foram eleitos: “I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis; II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; III – a prevenção da criminalidade; IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; VII – a probidade

administrativa no exercício da atividade policial” (art. 2º).

De par com o controle difuso executável pelo “promotor natural” da persecução penal concretamente considerada, a Resolução nº 20/2007 previu o controle concentrado, sob a responsabilidade de membros do Ministério Público com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial (art. 3º).

No rol dos organismos policiais submetidos ao controle ministerial foram incluídos aqueles “relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal” (art. 1º).

As funções institucionais do Ministério Público no desempenho do controle externo da atividade policial e as prerrogativas instrumentais a seu exercício foram consagradas nos arts. 4º e 5º do aludido ato administrativo normativo, adiante transcritos:

Art. 4º Incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:

I – realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;

I – realizar visitas ordinárias nos meses de abril ou maio e outubro ou novembro e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição; (Redação dada pela Resolução nº 121, de 10 de março de 2015)

II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;

III – *fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;*

IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;

V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;

VI – comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;

VII – solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;

VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;

IX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

§ 1º Incumbe, ainda, aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.

§ 2º *O Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo visando sanar as deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade*

policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.

§ 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível, incumbe ao órgão do Ministério Público encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com atribuição para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa.

§ 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível e, desde que não possua o órgão do Ministério Público encarregado desse controle atribuição também para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, incumbe a este encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com a referida atribuição. (Redação dada pela Resolução nº 65, de 26 de janeiro de 2011)

Art. 5º Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial, caberá:

I – ter livre ingresso em estabelecimentos ou unidades policiais, civis ou quartelamentos militares, bem como casas prisionais, cadeias públicas ou quaisquer outros estabelecimentos onde se encontrem pessoas custodiadas, detidas ou presas, a qualquer título, sem prejuízo das atribuições previstas na Lei de Execução Penal que forem afetadas a outros membros do Ministério Público;

II – *ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos, em especial:*

- a) ao registro de mandados de prisão;
- b) ao registro de fianças;
- c) *ao registro de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e outros objetos apreendidos;*
- d) ao registro de ocorrências policiais, representações de ofendidos e *notitia criminis*;
- e) ao registro de inquéritos policiais;
- f) ao registro de termos circunstanciados;
- g) ao registro de cartas precatórias;
- h) ao registro de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pela autoridade judicial;
- i) aos registros e guias de encaminhamento de documentos ou objetos à perícia;
- j) aos registros de autorizações judiciais para quebra de sigilo fiscal, bancário e de comunicações;
- l) aos relatórios e soluções de sindicâncias findas.

III – acompanhar, quando necessária ou solicitada, a condução da investigação policial civil ou militar;

IV – requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial ou inquérito policial militar sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial, ressalvada a hipótese em que os elementos colhidos sejam suficientes ao ajuizamento de ação penal;

V – requisitar informações, a serem prestadas pela autoridade, acerca de inquérito policial não concluído no prazo legal, bem assim requisitar sua imediata remessa ao Ministério Público ou Poder Judiciário, no estado em que se encontre;

VI – receber representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nas leis, relacionados com o exercício da atividade policial;

VII – ter acesso ao preso, em qualquer momento;

VIII – ter acesso aos relatórios e laudos periciais, ainda que provisórios, incluindo documentos e objetos sujeitos à perícia, guardando, quanto ao conteúdo de documentos, o sigilo legal ou judicial que lhes sejam atribuídos, ou quando necessário à salvaguarda do procedimento investigatório.

Presente esse panorama normativo, bem assim considerando a compatibilidade vertical das regras expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (conforme orientação esposada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, de relatoria do ministro Carlos Britto) – visto que conformes ao paradigma constitucional e legal –, o controle externo da atividade policial pelos órgãos do Ministério Público deve estar voltado para a atividade-fim dos organismos policiais fiscalizados. E por atividades-fim devem ser compreendidas aquelas desenvolvidas no contexto da polícia investigativa ou da polícia judiciária (art. 9º, *caput*, da Lei Complementar nº 75/1993 e art. 1º da Resolução nº 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público).

No desempenho de semelhante mister constitucional, é imperioso que o Ministério Público tenha acesso irrestrito às dependências das unidades policiais, inclusive para o fim de vistoriar equipamentos empenhados nas atividades de polícia investigativa ou judiciária (*verbi gratia* armas, munições, material bélico em geral, veículos, instalações para a custódia de pessoas presas e coisas apreendidas etc.). Sem prejuízo, cumpre-lhe assegurar incondicional acesso a autos de inquéritos policiais e procedimentos penais diversos, em curso ou findos, destinados à documentação dos atos investigatórios policiais ou das medidas cautelares penais (pessoais ou probatórias) cuja execução seja incumbência da autoridade policial.

Para que sejam válidas e conformadas à Constituição, restrições às propaladas prerrogativas ministeriais devem estar amparadas nas exceções constitucionais à publicidade e à transparência da ação administrativa, quais a salvaguarda da privacidade e da intimidade pessoal, bem assim a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, X e XXXIII, da Constituição Federal).

Adicionalmente, na eventualidade de conflito entre valores constitucionalmente garantidos – a exemplo dos verificados entre a ordinária publicidade e a transparência dos negócios públicos ou a controlabilidade ministerial da função administrativo-policial, de um lado, e o sigilo assecuratório da segurança social e estatal, de outro –, a definição do axioma preponderante deve resultar de um cuidadoso processo de ponderação.

Nessa ordem de ideias, razões de Estado como justificativas para a mitigação do controle desenvolvido pelo Ministério Público Federal sobre a atividade-fim do Departamento de Polícia Federal ganharão foros de validade constitucional na estrita medida em que: a) se revelarem adequadas aos fins colimados com sua utilização; b) forem necessárias ou exigíveis, à mingua de outras técnicas jurídicas menos sacrificantes da publicidade administrativa; c) e, finalmente, numa relação ponderativa de meios e fins, proporcionarem ganhos superlativamente maiores que as perdas resultantes do sacrifício à transparência da atividade administrativa.

E mais.

Haja vista que ao Ministério Público compete realizar amplo controle externo da Administração Pública – nomeadamente para a garantia do respeito dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e para a tutela do patrimônio público e social (combate à improbidade administrativa), na forma dos arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da Constituição Federal –, diligências fiscalizatórias que não se situarem nos limites do controle externo da atividade policial (controle finalístico) encontrarão fundamento constitucional válido na proteção da juridicidade, da eficiência e da probidade administrativas.

O que venho de referir está em sintonia com o magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, revelado nas ementas transcritas na petição inicial.

Assentadas tais premissas, e cingindo o enforque ao *caso concreto*, exsurge manifestamente ilegal a recusa da autoridade coatora ao fornecimento das informações requisitadas

pelo Ministério Público Federal, ora impetrante.

A despeito do quanto consignado nos atos administrativos enunciativos e normativos evocados pela autoridade coatora (Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Despacho nº 4.300/2016, da Divisão de Correições Judiciárias e Inspeções da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal; Memorando-Circular nº 14/2017, da Corregedoria Regional da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo; Resolução nº 1/2016, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal), não há fundamento bastante para que o ostracismo e a opacidade revistam parcela tão significativa das funções públicas desenvolvidas no seio da Delegacia de Polícia Federal de Bauru.

Não se identifica nenhuma ameaça à segurança do Estado, visto que, por princípio, o Ministério Público Federal se irmana com o Departamento de Polícia Federal na persecução penal dos ilícitos criminais de competência da Justiça Federal, sendo certo que àquele compete a formulação da *opinio delicti* com lastro nos elementos informativos por esse coligido – naturalmente sem prejuízo de suas próprias competências investigatórias, já largamente reconhecidas pelo Pretório Excelso.

De tal sorte, qualquer associação do controle externo da atividade policial a cargo do *parquet* federal com o comprometimento da segurança das unidades policiais federais e dos respectivos agentes públicos (itens “8” e seguintes do Parecer nº 143/2015, do Serviço de Estudos, Legislação e Pareceres da Corregedoria Geral do Departamento de Polícia Federal) não passará de um grandioso desatino, um rematado absurdo.

Para além, conquanto aparentemente dissociadas das atividades-fim desenvolvidas pelo Departamento de Polícia Federal, as informações ambicionadas pelo Ministério Público Federal guardam estreita relação com os atos de polícia investigativa e judiciária.

Com efeito, nem o mais incauto observador da realidade negaria que a eficiência e a correção da atividade policial dependem da existência de um contingente completo e direcionado às atividades inerentes à investidura (inexistência de desvios funcionais), da existência de veículos oficiais em condições de uso, da inocorrência de tredestinação de bens de uso especial, notadamente os veículos com “placas reservadas” etc.

Porém, ainda que não fosse possível a associação da iniciativa ministerial com a atividade-fim do Departamento de Polícia Federal, remanesceria a legitimidade constitucional do *parquet* federal para o controle externo da função administrativa em geral.

Irrelevante, no ponto, qualquer medida administrativa preordenada à submissão dos dados lamentados aos rigores da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, que alude a informações ultrassecretas, secretas e reservadas (arts. 23 e seguintes). Primeiramente porque ficaria evidenciado o desvio de finalidade, caracterizado pelo emprego de instrumento normativo para o fim de dificultar a atuação fiscalizatória do Ministério Público Federal. Em segundo lugar, até mesmo essa classificação estaria sujeita ao controle jurisdicional, o qual recai igualmente sobre conceitos jurídicos indeterminados, nomeadamente quando situados nas zonas de certeza positiva ou negativa (hipótese dos autos, em que não é possível tratar como “reservados” dados de interesse dos protagonistas na atividade preparatória da persecução penal em juízo).

Em que pesem as preocupações externadas pela autoridade coatora, o compartilhamento das informações pretendidas deve ser irrestritamente implementado, pois vai ao encontro do sistema de proteção de direitos fundamentais, potencializa a tutela do patrimônio público e previne as patologias que rotineiramente acometem o sistema de investigação criminal.

Patente, portanto, em juízo de sumária cognição, a existência de direito líquido e certo do Ministério Público Federal à realização de amplo controle externo das atividades policiais a cargo do Departamento de Polícia Federal, inclusive mediante a obtenção de informações que, conquanto originariamente atreladas à função administrativo-operacional, repercutem direta e imediatamente sobre a qualidade e a lisura dos atos de polícia investigativa e judiciária.

O *periculum in mora* resulta do prolongamento de uma situação ostensivamente inconstitucional e ilegal (reiterado descumprimento, pelas autoridades policiais federais, dos princípios e regras sobre o controle externo da atividade policial, alhures mencionados), a lançar a pecha da suspeição sobre as atividades desempenhadas por agentes públicos em exercício na Delegacia de Polícia Federal de Bauru, além de perpetuar potenciais práticas ilícitas no manejo de pessoal e bens afetados ao serviço público.

Em face do exposto, *defiro* integralmente a medida liminar requerida pelo Ministério Público Federal e, em consequência, ordeno que, no prazo de três dias úteis, a delegada-chefe da Delegacia de Polícia Federal de Bauru expeça ofício ao procurador da República presidente do procedimento administrativo nº 1.34.003.000246/2018-55 e lhe preste as informações constantes da parte final do capítulo “3.1” da petição inicial.

Para a eventualidade de descumprimento da presente determinação, fixo multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), exigível pessoalmente do agente público que der causa ao retardamento, sem prejuízo da apuração de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Anote-se a intervenção da União, que de tudo deverá ser pessoalmente cientificada.

Oportunamente, tornem os autos conclusos para a prolação de sentença.

Desnecessária a intervenção do fiscal da ordem jurídica, visto ser ele o impetrante.

Intimem-se. Expeça-se o necessário.

Juiz Federal Substituto DANILO GUERREIRO DE MORAES

PROCEDIMENTO COMUM**5006524-09.2018.4.03.6100**

Autores: CONSTRUTORA TENDA S/A, ADRIANA DE FATIMA PENHA E OUTROS
Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: ANA LÚCIA PETRI BETTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/10/2018

Vistos. Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada por *CONSTRUTORA TENDA S/A, ADRIANA DE FATIMA PENHA, ALEX FERNANDO HAMADA, ALBERTO PASCOAL ALFANO, ALEXANDRE CORDOVA KALID, ALEXANDRE REGIS DE OLIVEIRA, ALEXANDRE MILLEN GRZEGORZEWSKI, AMANDA DA SILVA BEZERRA, DANIELA FERRARI TOSCANO DE BRITTO, FABRICIO CAMPOS DA SILVA, FABRICIO QUESITI ARRIVABENE, FELIPE DAVID COHEN, GUILHERME BARTOL MAZZOTTI, JOAO RAUPP SELISTER, JOSE EDGARD MEIRA FILHO, LUIZ HENRIQUE ALMEIDA DINIZ, MARCELO DE MELO BUOZI, MARIANA QUASS, PEDRO DA CUNHA COSTA, RENAN BARBOSA SANCHES, RODRIGO CALIL DE CARVALHO, RICARDO COUTO DE PRADA, RODRIGO FERNANDES HISSA, RODRIGO OSMO, SIDNEY OSTROWSKI e VINICIUS FARAJ em face da CAIXA ECONOMICA FEDERAL e UNIÃO FEDERAL.*

Objetivam, em sede de tutela provisória de urgência, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários de IRPF, IRRF e contribuição previdenciária, bem como dos depósitos de FGTS, tendo por base os valores relativos ao Programa de Opção de Compras de Ações, obstando-se a inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, até decisão final a ser proferida nestes autos.

Narram que o Programa supramencionado foi aprovado em 2014, ao qual os diretores e empregados da empresa poderiam aderir. Em 2015, foram autuados sob o argumento de necessidade de recolhimento do IRRF, a ser calculado pela diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado das ações. Todavia, o processo administrativo decorrente de tal autuação foi cancelado em razão de nulidade quanto ao critério de lançamento.

Sustenta que os planos de outorga de opção de compra de ações não configuram remuneração para seus beneficiários, bem como que eventual tributação só seria possível sobre eventual ganho de capital decorrente do exercício das opções, e não sobre a diferença entre o preço de exercício das opções e seu valor na Bolsa de Valores, no momento do exercício.

Intimada para regularização da inicial (ID 5155083), a parte autora apresentou a petição de ID 5192424, juntando os documentos requeridos.

Sobreveio a decisão de ID nº 5500848, indeferindo a tutela de urgência e determinando a citação das rés.

Os autores apresentaram a petição de ID nº 5517174, requerendo a reconsideração da decisão de ID nº 5500848 para o deferimento do pedido subsidiário.

A decisão de ID nº 5526258 indeferiu o pedido de reconsideração, concluindo que o pedido formulado em caráter subsidiário dizia respeito ao pedido principal, e não ao antecipatório.

Pela petição de ID nº 5589109, os autores requereram a concessão de tutela de urgência para assegurar-lhes o direito de somente tributar a título de remuneração decorrente do programa de opções de compra de ações de 2014 o valor que seria dedutível como despesa para fins de IRPJ e CSL, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário devido por critério diverso.

A decisão de ID nº 5849259 indeferiu a tutela de urgência.

Pela petição de ID nº 6570126, os autores informaram a interposição do agravo de instrumento de 5008486-34.2018.4.03.0000, distribuído à Colenda 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Citada, a *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL* apresentou a contestação de ID nº 7417651, sustentando, em caráter preliminar, sua ilegitimidade passiva, por não ser gestora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, de modo a não deter legitimidade para a cobrança da contribuição do FGTS. Quanto ao mérito, sustentou (i) a natureza remuneratório do plano de *stock options*, a subsidiar a incidência da contribuição previdenciária e do FGTS e (ii) a ausência de requisitos para a concessão da tutela antecipada.

A *UNIÃO FEDERAL*, por seu turno, apresentou a contestação de ID nº 7551635, sustentando, em caráter preliminar, a ilegitimidade ativa dos autores pessoas físicas, na medida em que as obrigações questionadas seriam devidas pela pessoa jurídica empregadora. Quanto ao mérito, aduziu (i) o caráter remuneratório dos planos de opções de compras de ações; (ii) que a tributação deve ser calculada sobre o valor da diferença, na data do exercício de cada *stock option*, entre o valor de mercado de cada ação e o preço pago pelo beneficiário à empresa empregadora, multiplicado pelo número de ações adquiridas; e (iii) a ausência de fator de risco na operação de opções de compra de ações ofertadas a empregados.

Os autores apresentaram a petição de ID nº 8161966, reiterando o pedido de concessão de tutela de urgência quanto ao pedido subsidiário, ainda que mediante a apresentação de garantia, o que foi indeferido nos termos da decisão de ID nº 8247113.

Pela petição de ID nº 8425911, os autores informaram a realização de depósito judicial nos valores considerados devidos pela União Federal para o mês de maio a título de IRPF, contribuição previdenciária ao INSS e ao FGTS.

A corrê *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL* protestou pelo julgamento antecipado do feito (ID nº 8536068).

Os autores apresentaram a réplica de ID nº 8578880. Posteriormente, protestaram pela produção de perícia contábil (ID nº 8968182).

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório. Passo a decidir.

A controvérsia nos autos diz respeito à possibilidade de exclusão dos valores obtidos pelos autores por intermédio de plano de opção de compra de ações da base de cálculo das contribuições previdenciárias ao INSS, ao FGTS e do imposto de renda (pessoa física).

Desse modo, verifico tratar-se de questão de direito, comportando julgamento com base na prova documental já produzida, razão pela qual indefiro o pedido de produção de prova pericial contábil.

Ademais, verifico estarem presentes as condições de ação e os pressupostos processuais.

Passo à análise das preliminares.

1. Preliminares:

1.1. Ilegitimidade passiva da corrê CEF:

Alega a corrê CEF não deter legitimidade para responder a ações em que contribuintes do FGTS questionam a própria contribuição e seus acessórios, atribuindo a competência à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por força do quanto disposto no artigo 2º da Lei nº 8.844/1994.

A esse respeito, é certo que as entidades (CEF e PGFN) têm firmado ao longo do tempo sucessivos convênios para o tratamento de questões tributárias, entre os quais o citado pelos autores em sua réplica de ID nº 8578880, denominado “Convênio PGFN/CAIXA nº 01/2014”, que dispõe expressamente sobre a operacionalização das inscrições em dívida ativa do FGTS, contribuições sociais da Lei Complementar nº 110/2001 e cobrança dos débitos para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Entretanto, não há como se atribuir à CEF o condão de extinguir ou suspender a exigibilidade das contribuições ao FGTS e previdenciárias, conforme entendimento reiterado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª. Região:

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. CONTRIBUIÇÃO AO FGTS.

I - Entendo que deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da caixa Econômica Federal, arguida em contrarrazões, com sua exclusão da lide.

II - A legitimidade para fiscalizar o recolhimento das contribuições ao FGTS, efetuar as respectivas cobranças e exigir os créditos tributários é do Ministério do Trabalho e da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que seja permitido celebrar convênio para tanto.

III - Observo, também, que se por um lado a CEF, que é operadora do sistema e tem como uma de suas atribuições a manutenção e controle das contas vinculadas (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.036/90), tem legitimidade para responder às ações em que os titulares das referidas contas questionam os critérios de correção monetária e juros (Súmula 249 do Superior Tribunal de Justiça), de outro isso não atribui legitimidade para responder às ações em que os contribuintes do FGTS questionam a própria contribuição ou seus acessórios.

IV - Considerando que o FGTS não tem natureza jurídica de imposto nem de contribuição previdenciária, dada sua natureza e destinação, não se pode dar igual tratamento à não integração de rubricas da folha de salários de verbas de caráter indenizatório à sua base de cálculo, tal qual às contribuições previdenciárias.

V - Decorre de previsão legal no artigo 56º, do artigo 15, da Lei nº 8.036/90, de forma taxativa, a não inserção de rubricas no conceito de remuneração para fins de incidência da contribuição ao FGTS. As verbas requeridas não estão legalmente excluídas da incidência. Improcedência do pedido.

VI - Apelação da CEF provida. Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação da impetrante desprovida.

(TRF-3, ApReeNec nº 0000585-82.2014.4.03.6130, 1ª Turma, Rel. Des. Wilson Zauhy, j. 20.02.2018, DJ 01.03.2018).

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. DEPÓSITO DO FGTS - ART. 15, §§1º E 2º, DA LEI Nº 8.036/1990. ILEGITIMIDADE DA CEF.

1. A questão relativa à legitimidade da Caixa Econômica Federal - CEF para figurar no polo passivo da demanda deve ser resolvida com a análise da legislação que rege o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Conclui-se da leitura dos dispositivos legais mencionados, que a legitimidade para fiscalizar o recolhimento das contribuições ao FGTS, efetuar as respectivas cobranças e exigir os créditos tributários é do Ministério do Trabalho e da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que seja permitido celebrar convênio para tanto. Observo também, que a CEF, por ser operadora do sistema e ter como uma de suas atribuições a manutenção e controle das contas vinculadas (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.036/90), possui legitimidade para responder às ações em que os titulares das referidas contas questionam os critérios de correção monetária e juros, nos termos da Súmula nº 249 do C. Superior Tribunal de Justiça. Todavia, a CEF não possui legitimidade para responder às ações em que os contribuintes do FGTS questionam a constitucionalidade ou legalidade da própria contribuição ou seus acessórios, pois esta empresa pública não possui atribuição para extinguir ou suspender a

exigibilidade de contribuições ao FGTS.

2. Recurso de apelação da parte autora desprovido.

(TRF-3, Apelação Cível nº 0016105-37.1998.403.6100-SP, 5ª Turma, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 20.08.2018, DJ 29.08.2018).

De rigor, portanto, o acolhimento da preliminar suscitada pela CEF, com o prosseguimento do feito em face da União Federal.

1.2. Ilegitimidade ativa dos autores pessoas físicas:

Aduz a corrê *UNIÃO FEDERAL* que os autores, pessoas físicas beneficiadas com a outorga de opções de ações, não teriam legitimidade para discutir a incidência de obrigações legais (tributárias e FGTS) cujo pagamento recai sobre a pessoa jurídica empregadora (Construtora Tenda).

Quanto ao ponto, entretanto, merece acolhida o argumento ofertado na réplica de ID nº 8578880, pág. 03, na medida em que a demanda também tem por objeto a legalidade da incidência do imposto de renda retido na fonte previsto pela Lei nº 7.713/1988.

Certo, portanto, que os autores pessoas físicas preenchem os requisitos estabelecidos pelo artigo 17 do Código de Processo Civil, detendo interesse e legitimidade para figurar no polo ativo da demanda.

Dessa forma, rejeito a preliminar arguida.

Passo à análise do mérito.

2. Do mérito:

Os demandantes visam afastar a incidência de imposto de renda, contribuições previdenciárias ao INSS e ao FGTS com relação aos planos de “stock options” formalizados no ano de 2014, entre a Construtora Tenda S/A (primeira autora) e seus empregados.

Trata-se de ações derivadas de plano de outorga de opções de compra semelhante ao regime conhecido como “stock options”, acerca do qual cabem algumas considerações conceituais.

De fato, no mercado de opções, são negociados direitos de compra e venda de ativos financeiros a determinado preço e quantidade futuros. As operações podem ser liquidadas tanto pela entrega dos ativos quanto pela diferença entre o preço combinado na opção e o preço de mercado de compra ou venda do ativo no mercado à vista, na data de vencimento da opção.

Existem dois tipos de opções: “calls” (opções de compra) e “puts” (opções de venda). Na primeira, opção de compra, o titular da opção tem o direito de comprar um ativo em determinada data, por um preço determinado. Ao revés, na opção de venda, o detentor tem o direito de vender um ativo em certa data, por determinado preço, denominado (“strike price”), que corresponde ao valor futuro pelo qual o bem será negociado. A data em que o contrato será exercido corresponde à data de vencimento.

Vê-se que um contrato de opção representa o direito - mas não corresponde à obrigação - de comprar ou vender uma quantidade específica de um determinado bem (ativo) a um preço de exercício em uma época predeterminada.

Nesse sentido, *a própria opção de compra ostenta valor comercial, certo que corresponde a um ativo negociado no mercado*. O titular da opção, assim, pode lucrar de duas maneiras: (1) exercendo o direito de compra da ação quando sua cotação no mercado for superior ao preço de exercício previsto no contrato da opção e (2) vendendo a *própria* opção de compra por um prêmio de valor mais alto do que o pago para adquiri-la.

Com relação aos planos de “stock options”, tem-se que a opção de compra de ações é oferecida, por uma empresa, a seus empregados e diretores, como uma forma de estimulá-los a se comprometer com o negócio em que estão inseridos.

Em tal contexto, é de se ressaltar que diversos instrumentos patrimoniais são conferidos aos empregados e executivos como parte de sua remuneração, em adição aos salários, como um incentivo aos seus esforços para o incremento do desempenho da entidade.

Ademais, os planos de opções de compra de ações da companhia também funcionam como forma de alinhar os interesses dos executivos ao da empresa representada, uma vez que aqueles passam a se beneficiar do bom desempenho desta.

Os planos também servem para a retenção de profissionais qualificados nos quadros empresa, razão pela qual a grande maioria dos programas prevê um período no qual o beneficiado deve permanecer vinculado à companhia, sob pena de antecipação do prazo de vencimento ou caducidade da opção.

Assim, este direito de aquisição das ações é oferecido por um preço definido e com período de carência, também chamado de “vesting period”, durante o qual as opções de compra não poderão ser exercidas.

Não se deve confundir a carência com o prazo de validade, que corresponde ao limite temporal para que o empregado possa exercer seu direito de opção de compra de ações, certo que, uma vez esgotado tal prazo, perecerá o seu direito.

Diante deste cenário, cabe a indagação sobre a natureza de tais planos de opções, se remuneratórios ou mercantis, notadamente para fins de incidência de imposto de renda.

Os autores aduzem, em síntese, que a natureza dos planos de “stock options” seria mercantil, já que se trataria de uma operação onerosa e facultativa, sendo ainda necessário que o beneficiário pague o preço de exercício da opção para a aquisição das ações. Ademais, alegam que o preço das ações seria volátil, de modo que haveria risco de mercado ao beneficiário.

Entretanto, os argumentos não merecem acolhida, sendo nítido o caráter retributivo dos planos de “stock options”, como se passa a discorrer.

Na verdade, *os elementos apontados pelo Impetrante para sustentar a natureza mercantil dos programas não se relacionam às opções propriamente ditas, mas sim às ações que lastreiam tais opções.*

Explico.

No mercado de capitais, entre a entrega das opções de compra de ações e a venda das ações subjacentes ao plano, ocorrem três operações fundamentalmente distintas.

Em primeiro lugar, a concessão das opções, que tem como partes o empregado ou executivo beneficiário e a empresa outorgante do plano. A seguir, ocorre o efetivo exercício das referidas opções, momento em que o empregado pagará à companhia o preço de exercício, adquirindo assim, as ações subjacentes ao plano. Por fim, poderá ocorrer a venda destas ações adquiridas com os planos de “stock options” no mercado, o que se opera entre os empregados e os investidores, sem relação com a empresa.

O motivo pelo qual existe uma confusão generalizada entre as opções de compra das ações e as ações subjacentes reside no fato de que o benefício econômico do empregado será mais evidente no terceiro momento, como acima delineado, ou seja, quando vende no mercado de capitais as ações, outrora adquiridas com o exercício das opções.

Nota-se, contudo, que o plano de opções não se limita à compra e venda de ações.

Ao analisar os planos de “stock options”, verifica-se que o *ativo econômico ofertado aos empregados e diretores corresponde às opções de compra de ações - e não as ações subjacentes*.

De fato, uma vez feita essa distinção, resta claro que os elementos da onerosidade, aleatoriedade e faculdade de escolha dizem respeito às ações subjacentes, e não às opções, como querem fazer crer as demandantes.

A partir de tais premissas, aflora a natureza remuneratória dos planos de “stock options”.

Ora, as opções de compra de ações são outorgadas pela empresa a seus colaboradores de *forma gratuita*, quer dizer, os empregados nada pagam por este direito.

No mercado de capitais, ao contrário, os demais titulares de opções sobre ações não têm este benefício e devem arcar com prêmio à empresa para assegurarem o direito de optar se irão comprar, ou não, as ações que lastreiam as opções.

Assim, não há que se falar em onerosidade, no caso dos planos dos autos. Os empregados e executivos *somente irão pagar pelas ações*, certo que *as opções lhe são outorgadas gratuitamente pela companhia*. Com isso, *evidente a retribuição pela atividade exercida*.

Em tal linha de argumentação, não é possível afirmar que a opção possa gerar algum risco ao salário fixo do empregado ou ao seu patrimônio pessoal, tendo em vista que a companhia lhe outorga um ativo econômico distinto das ações que lastreiam o plano.

Nessa toada, o empregado somente poderá assumir risco em um momento *posterior* ao da entrega da contraprestação pela empresa, e apenas na hipótese em que decida efetivamente exercer a opção e permanecer como titular da ação - o que, de qualquer forma, é algo estranho à relação deste com a empresa.

Convém destacar, por oportuno, que as opções de compra de ações são outorgadas pela empresa a seus colaboradores, em nítido caráter remuneratório e de contraprestação ao trabalho, tanto o é que o beneficiário recebe as opções somente se superar todas as condições suspensivas previstas pelo próprio plano, até o “vesting period”, e permanecer arrolado nos quadros da empresa. Existem, nesse sentido, cláusulas expressas que indicam a caducidade do direito com o término do contrato de trabalho ou do mandato.

Ademais, nos planos acostados aos autos, chama a atenção que os diretores e empregados poderão exercer as opções em lotes periódicos, evidenciando habitualidade na prestação.

Em síntese, os planos de opções de compra de ações representam vantagem econômica atribuída de forma gratuita, pela empresa, em razão do contrato de trabalho ou do mandato exercido na companhia, sem onerosidade, nem aleatoriedade, sendo que o único risco do beneficiário é de nada ganham além da remuneração fixa, o que se coaduna com formas de remuneração flexíveis.

De tal feita, resta demonstrada a natureza remuneratória da operação, já que foi ofertado pela empresa em função do trabalho, gerando vantagem patrimonial ao titular do direito de opção.

Assim sendo, as opções devem gerar todos os reflexos tributários típicos das prestações salariais, ou, se for o caso de trabalhadores sem vínculo, como diretores não empregados, esses rendimentos devem ser computados como rendimentos do trabalho, servindo como base de cálculo para a incidência de imposto de renda.

Com relação ao IRPF e IRRF, já foi dito que a outorga graciosa da opção de compra de ações para empregados e diretores, por liberalidade do empregador, por si só, já corresponde a uma *vantagem patrimonial* que a empresa atribuiu a seus colaboradores, já que a regra do

mercado é a aquisição onerosa das opções.

A tributação, nesse caso, deve incidir sobre o valor da própria opção de compra concedida ao Impetrante, a qual corresponde ao acréscimo patrimonial por ele auferido, que deve ser calculada de acordo com as regras de mercado, e não em relação ao valor da diferença entre o valor de aquisição das ações e sua cotação em bolsa no dia da compra.

Ora, o valor da aquisição em si só poderá eventualmente ser considerado para fins de tributação de ganho de capital, quando da venda das ações.

De qualquer forma, o fato gerador, para fins de imposto de renda pessoa física e de retenção na fonte, apenas aperfeiçoa seu aspecto temporal uma vez esgotado o período de carência, momento em que se aperfeiçoa a disponibilidade da renda.

A seu turno, no tocante às contribuições previdenciárias, a mesma lógica deverá ser utilizada para chegar-se ao salário de contribuição, considerando-se as opções de compra de ações como forma de remuneração do trabalho (artigo 28, I e III da Lei 8.212/91), já que recebidas pelos empregados e contribuintes individuais de maneira graciosa, como doação. Deste modo, o valor das opções deverá integrar o salário de contribuição, em se tratando de parcela remuneratória.

Por fim, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais, de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto ou de contribuição previdenciária, não sendo possível, assim, a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, tornando irrelevante a natureza da verba trabalhista para fins de incidência do FGTS, cuja base de cálculo é definida pelo artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

O empregador, assim, realiza depósitos na conta vinculada perante a Caixa Econômica Federal, no valor de oito por cento do salário bruto do trabalhador, considerados os valores de horas extras, adicionais de periculosidade, insalubridade, de trabalho noturno, férias, 13º salário, etc.

Em se tratando de empregados regidos pela CLT, o valor correspondente às opções de compra de ações também servirá como base para a incidência do FGTS; no entanto, se o beneficiário for diretor não empregado, deverá ser observado o §4º do artigo 15, c/c 16 da Lei nº 8.036/96, sendo necessário que a empresa venha equipará-los aos demais trabalhadores.

Deste modo, forçoso concluir que os planos de opções de compra de ações ostentam natureza remuneratória, o que afasta a plausibilidade do direito invocado pelos autores, seja em seu pedido principal ou em seu pedido subsidiário.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, decido:

1.) Acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, *EXTINGUINDO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO* em face da corré *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL*, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil; e, prosseguindo,

2.) nos termos do artigo 487, I do CPC, *JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO* dos autores.

Condene os autores ao recolhimento integral das custas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §§3º, I e 4º, III do CPC).

Tendo em vista a interposição do agravo de instrumento nº 5008486-34.2018.4.03.0000,

comunique-se o inteiro teor da presente à Colenda 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Após o trânsito em julgado, expeça-se alvará para levantamento dos valores depositados pelos autores em contas vinculadas a este Juízo (ID nº 8425915, págs. 02/10), intimando-se para a retirada em Secretaria.

Comprovada a liquidação dos alvarás, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

P. R. I. C.

SÃO PAULO, 4 DE OUTUBRO DE 2018.

Juíza Federal Substituta ANA LÚCIA PETRI BETTO