

Sentenças



AÇÃO PENAL

0001733-96.2006.4.03.6005

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: WANDERLEY PITOLI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/08/2015

Vistos,

I- Defiro o rol de testemunhas que irão depor em plenário (fls. 265/266 e 347), apresentado pelo Ministério Público Federal na fase do artigo 422 do CPP;

II - Defiro a oitiva das testemunhas apresentadas pela defesa do réu, que irão depor em plenário (fls. 351);

III - Inexistem diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa (art. 423, I, do CPP);

IV - Assim, segue adiante o relatório sucinto do feito, nos termos do artigo 423, II, do CPP;

V - Designo para o *dia 01 de dezembro de 2015, às 9:00 horas*, a Sessão de Instrução e Julgamento do réu *WANDERLY PITOLI*, perante o Tribunal do Júri desta Subseção Judiciária a ser realizada no *Edifício do Fórum da Comarca de Ponta Porã/MS*, situado à Rua Baltazar Saldanha, 1817. *Oficie-se a Secretaria ao Exmo. Juiz Diretor do Foro da Comarca de Ponta Porã/MS, solicitando confirmação da data ora designada.*

VI – Sem prejuízo, *designo a Secretaria* data para o sorteio dos jurados, na forma do artigo 432, do CPP, bem como *adote* as providências cabíveis à realização da sessão plenária do Tribunal do Júri.

Oficie-se.

Intimem-se.

RELATÓRIO SUCINTO DO PROCESSO

(ART. 423, II, DO CPP)

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou ação penal em face de:

WANDERLEY PITOLI, imputando-lhe a prática, em concurso material (art. 69 do CP) dos seguintes crimes:

a) um crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal);

e) uma tentativa de homicídio duplamente qualificado pela dissimulação exercida para dificultar a defesa dos policiais federais (artigo 121, § 2º, IV, c/c o artigo 14, II, ambos do Código Penal);

Consta da peça acusatória que no dia 15.10.2006, a polícia federal desta cidade recebeu denúncia anônima dando conta de que o condutor de um veículo VW/Pointer, de cor escura, faria um transporte de cocaína, saindo deste município.

Diante da delação, duas equipes de agentes de polícia federal, formaram barreiras ostensivas nas vias de acesso secundárias frequentemente utilizadas para o transporte de drogas.

Por volta das 22:30h, na estrada que liga Ponta Porã/MS ao trevo conhecido como “Copo Sujo”, o APF Bueno visualizou um veículo com características análogas ao da denúncia e alertou a equipe que estava um pouco mais à frente que fizesse a abordagem.

O Réu, ao se aproximar da viatura policial reduziu a velocidade do automóvel dando a impressão de que iria obedecer a ordem de parada, entretanto, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, desobedeceu ordem legal de parada e lançou o veículo contra a equipe policial com a intenção de mata-los ou, ao menos, assumindo o risco pela produção do resultado, que não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Narrou ainda o MPF que o Réu foi perseguido e capturado e, em sede policial, alegou que tentou fuga porque pensou que a ação policial tratava-se de um assalto, mas os depoimentos dos policiais que efetivaram a prisão demonstram que ele na verdade tentava evitar a fiscalização policial.

Auto de prisão em flagrante às fls. 07/15. Auto de apreensão à fl. 16. Atestado médico à fl. 37. Laudo de exame de veículo às fls. 72/78.

Em 10.11.2006 foi concedida liberdade provisória ao réu, nos termos da decisão proferida nos autos nº 2006.60.05.001744-6, com cópia às fls. 57/60, e alvará de soltura à fl. 61.

Denúncia recebida aos 07.03.2007 (fl. 79).

Citação do réu à fl. 100. *Interrogatório* às fls. 105/108.

Julgado procedente o incidente de restituição de coisas apreendidas, autos nº 2007.60.05.000057-8, para o fim de devolução ao réu do veículo apreendido nos autos, consoante decisão proferida em 09.01.2008, com cópia às fls. 110/113.

Testemunhas de acusação ALEX DOMINGOS ROLIM, LUIZ ROBERTO DE FREITAS NAKASONE e MARCOS JOSÉ CÂMARA DE ARAÚJO inquiridas às fls. 135/137, 144/147 e 172 (mídia na contracapa do segundo volume destes autos), respectivamente. A defesa não postulou por produção de prova oral.

O Réu foi reinterrogado às fl. 214/215, com mídia à fl. 216.

O Ministério Público Federal, em sede de alegações finais (fls. 221/236) requereu a pronúncia do denunciado levando-se o julgamento do crime contra a vida e do crime conexo ao soberano veredicto do Egrégio Tribunal do Júri.

O acusado apresentou alegações finais às fls. 243/252. Requer sua absolvição com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo.

Decisão de *pronúncia* do réu WANDERLEY PITOLI (fls. 260/262), cuja fundamentação segue abaixo:

(...) DA MATERIALIDADE E DOS INDÍCIOS DE AUTORIA

2. A fase do *judicium accusationis*, a qual se encerra com o presente *decisum*, limita-se a verificar a provável ou possível existência de um crime doloso contra a vida.

Dessarte, exige-se, neste momento processual, apenas um juízo de probabilidade, posto que caberá ao Tribunal do Júri dar a última palavra acerca da existência e da natureza do delito. Segundo leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Pronuncia-se alguém quando, ao exame do material probatório levado aos autos, pode-se verificar a demonstração da *provável* existência de um crime doloso contra a vida, bem como da respectiva e da suposta autoria.” (*in* Curso de Processo Penal, 14 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011) – destacou-se.

Assim, passo a expender acerca da provável/possível existência de um delito sujeito ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em relação à materialidade, exsurtem dos autos provas seguras quanto ao fato, e, no que concerne à autoria, há elementos indicativos de que o réu cometeu o delito de homicídio doloso, na sua forma tentada, vejamos:

As testemunhas de acusação, tanto na Polícia, quanto em Juízo, afirmaram que o acusado,

após receber ordem de parada pelos policiais federais, diminuiu a velocidade do veículo que conduzia, indicando que iria pará-lo, e, após, acelerou o mesmo, jogando-o contra a guarnição policial e empreendendo fuga. Relatam, outrossim, que o Agente da Polícia Federal Luís Roberto de Freitas Nakasone fraturou o tornozelo após esquivar-se para a lateral da estrada, objetivando não ser atropelado pelo veículo conduzido pelo réu (cfr. depoimentos colhidos em juízo – fls.136/137, 145/147 e 172 – mídia na contracapa).

Outrossim, o atestado médico colacionado às fls. 37 corrobora o depoimento das testemunhas de que o APF Nakasone lesionou o tornozelo no dia dos fatos.

Assevere-se que o réu confessa, tanto na Polícia, quanto em Juízo, que era o condutor do veículo, bem como que empreendeu fuga, não obstante declare que procedeu desse modo por acreditar ser vítima de um assalto, sustentando que os policiais não estavam identificados (cfr. fls. 14/15 e 105/108 e 215 – mídia às fls. 216)

Contudo, extraem-se dos testigos prestados em Juízo, que os policiais estavam com camisas e/ou coletes de identificação da Polícia Federal, e conduziam viaturas que, embora descaracterizadas, estavam com giroflex e sirenes ligadas, razão pela qual, em um juízo sumário de cognição, não se pode acolher a versão prestada pelo acusado.

De outro ponto, verifico que o *modus operandi* do réu - diminuindo a velocidade do veículo ao aproximar-se dos policiais e, após, acelerando e lançando o carro contra os mesmos -, indicia seu ânimo em dificultar a defesa das vítimas, ensejando, em tese, a aplicação da qualificadora prevista no Art. 121, §2º, IV, do CP.

Dessarte, há indícios plausíveis de que a autoria do fato típico narrado na denúncia recai sobre o acusado, no sentido de que ele tenha jogado o veículo na direção dos policiais federais, com *animus necandi*, ou, ao menos, assumindo o risco de produzir o resultado (homicídio), utilizando-se de dissimulação.

Saliento que, nesta fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, sendo que, em caso de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, impõe-se a remessa dos autos ao Tribunal do Júri, de forma que só a imputação manifestamente improcedente, impertinente ou absurda pode ser afastada.

Diante do exposto, PRONUNCIO o acusado WANDERLEY PITOLI, brasileiro, filho de José Pitoli Neto e Zélia Freitas Pitoli, nascido aos 28/12/1957, em Jataizinho/PR, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri desta Subseção, *sob a acusação da prática do delito capitulado no Art. 121, §2º, IV c/c o Art. 14, II, todos do Código Penal e do crime conexo (Art. 330, do mesmo Codex).* (...)

Embora não certificado, o trânsito em Julgado da decisão de pronúncia se deu em 03.10.2011 (fls. 264) para o MPF e em 12.04.2013 para a defesa do réu (fls. 271 e 310).

Na fase do artigo 422 do CPP, o MPF e a defesa do réu postularam a produção de prova oral (fls. 265/266 e 350/351).

É o relatório, nos termos do artigo 423, II, do Código de Processo Penal.

Ciência às partes.

Ponta Porã/MS, 16 de Julho de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

AÇÃO PENAL**0003220-27.2014.4.03.6133**

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: ANDRÉ LOPES DE OLIVEIRA

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

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/06/2015

I - Relatório:

Trata-se de ação penal movida pelo MPF por meio da qual postula a condenação de André Lopes de Oliveira nas penas previstas para os crimes de falsificação de selo ou sinal público (art. 296, 1º, III, do Código Penal) e contra a fauna (art. 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98) tendo em vista que o réu

em 27 de janeiro de 2013, na cidade de Mogi das Cruzes/SP, de maneira livre e consciente, guardava e mantinha em cativeiro, para fins de comércio, 06 (seis) aves silvestres, com anilhas adulteradas, as quais guardava em gaiolas, sem autorização ou licença do órgão ambiental competente (trecho da denúncia - fl. 114)

A denúncia foi recebida (fls. 116 e 117).

O réu foi citado (fls. 140 e 141) e apresentou resposta à acusação (fls. 135-138) que foi apreciada em decisão de fls. 142 e 143 na qual restou decidido não ser caso de absolvição sumária dada a necessidade de dilação probatória para a efetiva cognição do mérito da ação penal.

Realizada audiência em 18 de março de 2015, tendo sido ouvidas duas testemunhas e depois procedido o interrogatório do acusado, quando na fase do art. 402 do CPP foi o réu instado a acostar a documentação comprobatória da ocupação lícita mencionada quando ouvido, bem outros documentos que pudessem contribuir para melhor conhecimento dos fatos e da pessoa do autor. Pelo MPF, ainda na etapa de diligências complementares, foi pedida a expedição de ofício para vinda das anilhas apreendidas, já tendo sido tal medida determinada de ofício antes na decisão de fl. 117-verso, de modo que restou prejudicado o pleito ministerial.

Foram apresentadas alegações finais pelo MPF e pelo réu, cuja análise detida ocorrerá no âmbito da fundamentação desta sentença.

*II - Fundamentação:**II-A) Preliminarmente:*

O feito tramitou sem sobressaltos, inexistindo nulidade ou razão que impeça a cognição do mérito da causa tendo em vista que houve efetivo pedido de entrega das anilhas assim respondido pelo IBAMA “Conforme consultado em nosso sistema, não há autuações nem apreensão em nome do réu André Lopes de Oliveira, nesta autarquia” (fl. 161), de modo que a materialidade delitiva será averiguada à luz dos elementos constantes dos autos, pois não se pode esperar pelo que se sabe que não vem, nem ficar imaginando a existência de provas não acostadas aos autos. Se o MPF entender que há responsabilidade de servidor público pela omissão na remessa das anilhas, então deverá promover as correspondentes ações de improbidade administrativa e criminal para punição do responsável, não sendo função do Poder Judiciário ir atrás disso ao invés de julgar a causa do jeito em que se encontra. Por isso, passo ao mérito.

II-B) Do mérito:

Inicialmente, cumpre a cognição da materialidade e da autoria para exame da existência

de lastro probatório que conforte a narrativa exposta na exordial acusatória, impondo-se, ainda, a cognição da subsunção dos fatos aos tipos penais constantes dos arts. 296, 1º, III, do Código Penal e 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98, ambos a seguir reproduzidos, respectivamente:

1º Incorre nas mesmas penas:

[...]

III - quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

1º Incorre nas mesmas penas:

[...]

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

A materialidade delitiva em relação a adulteração das anilhas é comprovada pelo exame de corpo de delito consistente no laudo produzido pelo IBAMA de onde extrai-se:

pode-se afirmar que todos os registros de mensuração constantes na terceira e quarta colunas em negrito, vinculados aos anéis de identificação, estão adulterados em seus diâmetros internos e externos para maior ou para menor (na anilha BCSO), e que os registros de mensuração constantes na quinta e sexta colunas em itálico, vinculados ao anel de identificação estão adulterados na espessura da sua parede e altura, configurando anel inidôneo e inaltêntico (sic) para marcação de pássaros, visto não remeterem e nem manterem condição de fidelidade ao expresso em normas, de modo a permitir a autoridade competente aferir a legalidade e a legitimidade da posse e uso de animais portadores de tais identificações.

Tal informação restou confirmada no interrogatório do acusado quando este admitiu que as anilhas não correspondiam às respectivas aves, convergindo com o quanto concluído no IBAMA. Informação de fl. 71 igualmente indica uso irregular de anilha (uso de anilha de ave que teria fugido). Portanto, tendo em vista o quanto estampado no art. 158 do CPP, assenta-se aqui existir exame de corpo de delito e outros elementos a corroborar a materialidade que não se fia na exclusiva confissão do réu.

Já a respeito da duplicidade de anilhas, tal fato foi noticiado pela autoridade policial no boletim de ocorrência (fl. 5), ratificado pelas testemunhas (fls. 87 e 101, bem como no testemunho em juízo de Adilson dos Santos - policial que realizou a apreensão) e confessado expressamente pelo réu quando aduziu que sim, realmente havia uma anilha “dublê”, ainda que o acusado tenha dito que de tal fato somente teve ciência quando da apreensão pela Polícia Militar.

Em nenhum momento o acusado recusou a autoria, mas pelo contrário, assumiu a posse das aves e das anilhas, apresentando sua versão dos fatos, inclusive tendo sido relatada pelas duas testemunhas a boa vontade do mesmo ao cooperar com a atividade policial no momento da apreensão, apresentando espontaneamente as anilhas que não estavam nos pássaros.

Portanto, a materialidade e a autoria restam bem delineadas, impondo-se, agora, o aprofundamento a respeito da caracterização delitiva dos fatos sob exame.

A respeito da incursão do réu nas penas do crime de falsificação ou adulteração de sinal público, adota-se aqui o entendimento jurisprudencial dominante no sentido de que o uso de anilhas de forma irregular, mais precisamente ajustando-se as mesmas às medidas do animal ou, ainda, a posse das mesmas com o fim de tal utilização, implica na caracterização do crime

contra a fé pública, mormente quando há anilhas em duplicidade, hipótese de clonagem da identificação pública. A utilização irregular de anilhas coloca em risco a fauna na medida em que dificulta a fiscalização ambiental e permite aparentar a reprodução e criação em cativeiro de aves capturadas clandestinamente, ou seja, violando-se a fé pública dificulta-se a descoberta de crime contra a fauna. Na medida em que o perímetro da anilha é modificado, tal proceder já revela o intento de usar anilha destinada a uma ave em outra. Nesse sentido:

PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA. ARTIGO 29, 1º, III, DA LEI 9.605/98. MANUTENÇÃO ILEGAL DE AVES SILVESTRES EM CATIVEIRO. USO DE SINAL PÚBLICO FALSIFICADO. ANILHAS EXPEDIDAS PELO IBAMA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DESCABIMENTO DO PERDÃO JUDICIAL. DESPROVIMENTO. 1. A materialidade e a autoria quedaram sobejamente demonstradas face aos elementos coligidos nos autos. 2. Não merece prosperar a alegação da defesa de que não haveria prova da falsificação das anilhas apreendidas, mas mera variação nos seus diâmetros internos, haja vista que este expediente consiste no próprio modo de adulteração desses sinais públicos emitidos pelo IBAMA, com a finalidade de simular a origem em cativeiro dos canários da terra encontrados em poder do acusado. 3. Foram também apreendidas outras duas anilhas adulteradas dentro de sua carteira, além de três alcapões para caça de pássaros guardadas em sua residência, objetos que permitem inferir que o acusado se dedicava à captura de aves silvestres em seu habitat natural e posterior criação sem autorização da autoridade competente, conduta que se subsume ao tipo penal do art. 29, 1º, III, da Lei 9.605/98. 4. O uso consciente e voluntário das anilhas adulteradas nos animais apreendidos se evidenciou pela falta de justificativa convincente para o fato de guardar dois desses sinais públicos inidôneos em sua carteira, bem como pelas contradições observadas pelo juízo de primeiro grau na narrativa feita em sede de interrogatório. 5. A despeito da primariedade do réu e de não haver notícia de que os canários da terra estejam em extinção, milita em seu desfavor o fato de manter os espécimes em cativeiro com o uso de expedientes fraudulentos, que conciliado ao conhecimento do acusado sobre as normas relativas à criação de animais silvestres e à posse de instrumentos de caça, permitem concluir pela inadequação ao caso do perdão judicial previsto no 2º do art. 29 da Lei dos Crimes Ambientais. 6. Apelação da defesa desprovida. Condenação mantida. (TRF3, APELAÇÃO CRIMINAL - 52580, rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julgamento em 25.03.2014)

PENAL. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO AFASTADA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ART. 296, 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ADULTERAÇÃO DE ANILHAS COLOCADAS EM PÁSSAROS. AUTORIA, MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCONHECIMENTO DA ADULTERAÇÃO AFASTADA. 1. Afastadas as alegações de incompetência do Juízo e de nulidade absoluta do feito, cujo objeto diz respeito à falsificação de anilhas encontradas em aves apreendidas no criadouro de responsabilidade do réu, não havendo falar em legislação especial de crimes contra a fauna, nem a desclassificação da conduta prevista no art. 296, 1º, I, do CP, para aquela do art. 29, 1º, III, da Lei 9.605/98. 2. Reconhecida a regularidade do procedimento de fiscalização, conforme apontam os elementos dos autos, não ocorrendo a alegada violação de domicílio a ensejar a ilicitude da prova. 3. Conjunto probatório produzido nos autos que demonstra a materialidade, autoria e o dolo do acusado da prática do delito do art. 296, 1º, inciso I, do Código Penal, ao usar anilhas de controle e fiscalização do IBAMA adulteradas em aves de seu plantel. 4. Sendo o réu experiente na criação de pássaros, inclusive filiado a associação ornitológica, não se mostra verossímil a tese de desconhecimento das irregularidades constatadas em seu criatório, na ocasião em que apreendidas anilhas de identificação do IBAMA adulteradas. (TRF4, 5023863-59.2012.404.7200, rel. Des. Fed. Sebastião Ogê Muniz, julgamento em 03.02.2015)

Portanto, formalmente típica a conduta do acusado quando contrastada a posse e uso das anilhas e a previsão emanada do art. 296, 1º, III, do Código Penal. O dolo, ou seja, a manifestação volitiva destinada a praticar a conduta vedada pela legislação criminal é certa no caso tendo em vista que o próprio acusado sabia do caráter irregular da prática criacionista, sendo pessoa bastante experiente no trato com tal espécie animal, bastando ver sua condição de associado a sociedade civil com a finalidade de mútuo apoio no cuidado com passeriformes, ainda que no que tange a duplicidade de anilhas tenha o réu aduzido ter ficado sabendo de tal fato somente no momento da apreensão das aves. Sob a dimensão material, o desvalor, seja da conduta, seja do resultado, justifica a repressão criminal no caso dos autos, vez que realmente a prática do uso irregular de anilhas possui o condão de efetivamente burlar a fiscalização e a boa-fé de terceiros, dando ares de regularidade a uma situação de ilicitude. Desse modo, o caso é de condenação ao cumprimento da sanção pertinente ao art. 296, 1º, III, do Código Penal.

Já no que tange a imputação de crime contra a fauna (art. 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98), cumpre ter em vista o documento de fl. 166 que autoriza a criação de passeriformes silvestres nativos. Igualmente importante é a relação de aves de propriedade do autor cuja posse é autorizada pelo IBAMA, destacando-se que dentre os mesmos encontra-se o “azulão-verdadeiro”, objeto de celeuma ao longo do feito, cuja existência foi reputada como em extinção em sede policial em um primeiro momento (fl. 4), mas que se encontra em situação de vulnerabilidade conforme laudo do Instituto de Criminalística (fl. 76). A associação a qual pertence o réu também manifestou-se no sentido do acusado ser um associado, tendo a pessoa jurídica indicado sua inscrição no IBAMA à fl. 164, informação verdadeira conforme este julgador verificou no próprio site da autarquia federal ambiental (segue resultado em documento anexo a esta sentença). Soma-se, ainda, a constatação de que os animais estavam bem cuidados¹ e que não há indícios de comércio dos mesmos, tendo o acusado demonstrado ocupação lícita e conduta social irrepreensível, revelando-se o fato *sub judice* acontecimento isolado na sua trajetória existencial, de forma que muito longe manteve-se o acusado de violar ou de colocar em risco o bem jurídico ambiental tutelado no tipo penal, mas, muito antes pelo contrário, o cuidado com as aves revelou estar agindo o réu como um amante do Meio Ambiente, especialmente de tal espécie de fauna. Assim, é caso de absolvição do acusado da acusação de cometimento do crime cuja *fattispecie* emana do art. 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98.

II-C) Dosimetria da pena

À luz do art. 68, *caput*, do Código Penal, tem-se que a dosimetria da reprimenda privativa de liberdade segue três etapas que estão assim divididas: a) pena-base; b) pena provisória; c) pena definitiva.

Na pena-base, atentando-se ao quanto disposto no art. 59 do Código Penal, tem-se que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima em nada desabonam o acusado, devendo ser fixada a pena mínima quando vistos os elementos aferíveis na primeira fase da dosimetria, ficando estabelecida na presente etapa em 2 (dois) anos de reclusão.

Na fixação da pena provisória haveria a aplicação da atenuante da confissão, bem como aquela outra genérica do art. 66 do Código Penal tendo em vista que o acusado demonstrou ser digno de confiança para o trato com os animais, obtendo a autorização pertinente, bem como

¹ O cuidado do acusado com os pássaros chamou a atenção deste magistrado, estando tal diligência atestada à fl. 38 e parecendo ainda mais crível quando visto que o acusado colaborou na diligência policial, é pessoa autorizada pelo IBAMA para posse de passeriformes silvestres e em seu interrogatório demonstrou preocupação com o bem-estar das aves.

foi ele próprio que indicou aos policiais as anilhas que detinha, colaborando voluntariamente com a fiscalização ambiental. Entretanto, dado o entendimento o entendimento do STF no RE 597.570 e do STJ na súmula 231 no sentido de inadmitir pena aquém do mínimo na segunda fase da dosimetria, a pena provisória fica estabelecida no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão também na presente etapa da dosimetria penal.

Na fixação da pena definitiva nenhuma majorante ou minorante existe no caso concreto que possa influenciar a reprimenda, restando a mesma em 2 (dois) anos de reclusão.

A conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos se impõe na medida em que não houve violência ou grave ameaça, o acusado não é reincidente em crime doloso e no caso concreto, à luz do art. 44, III, do Código Penal, tem-se que a pena alternativa pode revelar-se suficiente para punir e prevenir a criminalidade. Substituo, assim, a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo.

A pena de multa, por sua vez, é dosada por meio de metodologia bifásica, na qual em um primeiro momento é fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa à luz da culpabilidade em sentido lato apreciada na forma do art. 59 do Código Penal,² bem como tendo igualmente em vista a gravidade do crime em si,³ de forma que a primeira fase espelhe a proporcionalidade entre a reprimenda não-corporal, seu destinatário e o fato no qual o mesmo esteve envolvido, ao passo que em um segundo momento impõe-se a fixação do valor do dia-multa tendo em vista a situação econômica do apenado (art. 60 do Código Penal). E assim no caso em tela a sanção pecuniária é fixada no mínimo, dada a culpabilidade acentuada e a gravidade da prática delitiva, arbitrando-se o montante de 25 (vinte e cinco) dias-multa, cada um no valor mínimo de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo, dada a situação financeira do réu.

III - Dispositivo:

Julgo parcialmente procedente a ação penal para condenar o acusados ao cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa no valor de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo cada. O regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade será o aberto.

Na forma da fundamentação, substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo. Em caso de injustificado descumprimento por parte do apenado, então será restabelecida a pena privativa de liberdade (art. 44, 4º, do CP).

Dada a desnecessidade de prisão cautelar, reconheço o direito de permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado.

2 Nesse sentido, exemplificativamente: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 299; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249.

3 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51 e 52. Bem aponta o eminente autor e ex-Ministro do STJ de que a aferição deve levar em conta o crime em si – e não apenas a culpabilidade manifestada no caso concreto – para que não haja uma discrepância entre as penas corporais previstas para cada tipo penal e a multa correspondente, sob pena de crimes mais graves ensejarem penas pecuniárias mais leves e crimes com penas restritivas de liberdade reduzidas ensejarem multas próximas do teto de 360 dias-multa.

Custas e anotações na forma da lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.⁴

Mogi das Cruzes/SP, 26 de maio de 2015.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

4 Não se desconhece a existência de precedentes do STJ (exemplificativamente: HC 280.443, AgRg no RHC 40.667, REsp 1.329.048) no sentido da desnecessidade de intimação pessoal do condenado, juntamente com seu procurador, mas parece-nos que o art. 392, II, do CPP não enseja tal exegese quando uma reconstrução histórica e sistemática revela que se tinha em vista apenas a sentença absolutória, tanto que o réu preso é intimado pessoalmente (art. 392, I, do CPP) e a prisão era automática, ou seja, não dependia de averiguação da necessidade da custódia cautelar, na normatização do CPP tal como editado (vide redação original dos arts. 594-596 do CPP). De igual modo, se o réu pode ele próprio manifestar seu desejo de recorrer (art. 577, *caput*, do CPP), o que é consentâneo com a sistemática processual penal que inclusive prevê uma cisão recorrer e arrazoar o recurso, seria ilógico que o fizesse sem ter direito a ter notícia do advento da sentença que lhe condena. Note-se, ainda, também haver precedentes do STJ no sentido aqui adotado, dentre outros: HC 106.766 e HC 160.557. Consigne-se, ainda, ser a doutrina amplamente majoritária no sentido da necessidade da dupla intimação (veja-se, por todos, ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 621; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 369; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói, 2013, p. 1.546). Por outro lado, intime-se pessoalmente os Advogados dativos e entregue-se os autos ao mesmo, dando-se plena efetividade às garantias do contraditório, da ampla defesa e do art. 370, § 4º, do CPP.

AÇÃO PENAL

0005616-66.2010.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: DARCI JOSÉ VEDOIN E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: ALI MAZLOUM

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 23/09/2015

I – RELATÓRIO

Cuida-se de denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF) em face de DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTÔNIO TREVISAN VENDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, pela prática, em tese, dos crimes previstos no artigo 171, § 3º, do Código Penal, por 6 vezes; artigo 96 da Lei 8.666/93, por 5 vezes; e artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, por 4 vezes; também em face de MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA e GRACIE-NE CONCEIÇÃO PEREIRA, pela virtual prática dos crimes previstos no artigo 171, § 3º, do Código Penal, por 6 vezes; e artigo 96 da Lei 8.666/93, por 5 vezes; MARILENE DA SILVA E SILVA, crimes dos artigos 171, § 3º, do Código Penal, e artigo 96 da Lei 8.666/93; e MARLENE DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA, pela prática do crime previsto no artigo 96 da Lei 8.666/93, 5 vezes.

De acordo com a exordial acusatória (fls. 604/630), o inquérito policial teve início a partir de documentos oriundos de congênere do Estado de Mato Grosso, onde teriam surgido notícias de *desvios de recursos públicos e fraudes em licitações* praticados, em tese, por organização criminosa que veio a ser conhecida pelo epíteto “MÁFIA DOS SANGUESSUGAS”.

Segundo o MPF, “o objeto destes autos cingiu-se à apuração de crimes praticados pelos diversos núcleos da organização criminosa identificada na mencionada operação policial a partir de emendas parlamentares, *celebração de convênios e licitações que dizem respeito à SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS).*”

A denúncia narra que foram identificados, no total, 06 (seis) convênios celebrados entre o Ministério da Saúde e a SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS): convênios nº 3970/2002 (SIAFI nº 472107), nº 3006/2004 (SIAFI nº 506965), nº 4802/2004 (SIAFI nº 519236), nº 3007/2004 (SIAFI nº 507820), nº 5041/2004 (SIAFI nº 520276) e nº 5042/2004 (SIAFI nº 5192237), com o fito de obtenção de recursos públicos federais, mediante informações falsas.

Conforme a acusação, em todos os referidos convênios a PESTALOZZI figurou como entidade dedicada precipuamente à saúde, com elevado número de atendimentos e profissionais de saúde, o que justificaria o recebimento das verbas públicas para a *aquisição de unidades móveis de saúde* e equipamentos hospitalares, ao passo que, em verdade, tal entidade sempre esteve voltada à assistência de crianças e jovens com deficiência intelectual e autismo em diversas áreas, como o ensino, a inclusão profissional e, apenas paralelamente, a saúde.

De acordo com a peça incoativa, a celebração desses convênios e a obtenção fraudulenta dos recursos deles advindos foi fruto do *modus operandi* acima destacado, tornando-se possível a partir de *emendas parlamentares* dos então deputados federais VANDERVAL Lima dos Santos, EDNA Bezerra Sampaio Fernandes, conhecida como “Edna Macedo”, MARCOS Abramo e JOÃO Batista Ramos da Silva.

Aduziu o MPF na denúncia que esclarecedoras são as declarações da presidente da comissão de licitações constituída pela *PESTALOZZI* para operacionalizar os convênios questionados, a imputada *MARLENE DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA*, a qual afirmou que, segundo lhe foi explicado, logo após o início das investigações, pela presidente da *PESTALOZZI* entre os anos de 2003 e 2006, a também denunciada *GRACIANE CONCEIÇÃO PEREIRA*, as dirigentes dessa entidade, *na busca de verbas públicas para a perseguição dos seus escopos, passaram a ser procuradas por deputados federais oferecendo a celebração de convênios para a aquisição de ambulâncias*, e, embora essas fossem desnecessárias para os fins precípuos da entidade, foi considerado por tais dirigentes como o caminho mais fácil o pleito ulterior de verbas federais.

A denúncia relata que as dirigentes da entidade *PESTALOZZI*, além das acusadas *MARLENE* e *GRACIANE*, as denunciadas *MÁRCIA*, vice presidente da *PESTALOZZI* no ano de 2004, com procuração para atuar em nome da entidade (fl. 66, apenso V), e presidente a partir de 2006, e *MARILENE DA SILVA E SILVA*, presidente da *PESTALOZZI* entre os anos de 2001 e 2003 (fls. 173/301, apenso I, fls. 306/318, apenso II), participaram voluntariamente do esquema proposto, atuaram para a consumação dos crimes praticados pela organização criminosa.

De acordo com a inicial acusatória, previamente ajustadas com os demais membros da organização em comento, as referidas imputadas (*MARLENE*, *GRACIANE*, *MÁRCIA* e *MARILENE*) fraudaram Planos de Trabalhos e outros documentos apresentados perante o Ministério da Saúde, visando a obtenção de recursos públicos federais a que a entidade *PESTALOZZI* não faria jus.

A denúncia narra ter restado demonstrado por meio da auditoria nº 4360 do DENASUS (fls. 98/204) que, ante a inicial análise dos convênios nº 3970/2002 (SIAFI nº 472107), nº 3006/2004 (SIAFI nº 506965) e nº 4802/2004 (SIAFI nº 519236), dentre outras irregularidades, a entidade *PESTALOZZI não fazia à época atendimento de urgência e emergência*, assim como *não constava no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) atendimento pela entidade a paciente do Sistema Único de Saúde (SUS)*, o que contraria as informações inseridas nos Planos de Trabalho apresentados para a celebração dos convênios e, no limite, *demonstra a falsidade das justificativas elencadas para a concessão das verbas através de tais convênios destinados à compra de unidades móveis de saúde e equipamentos hospitalares* (fls. 96/104, apenso I; 23/31, apenso IV; e 29/37, apenso VII).

Conforme a acusação, ainda, os acusados *DARCI*, *LUIZ ANTÔNIO* e *RONILDO* confirmaram a empreitada criminosa por trás dos convênios em questão ao serem interrogados em ações penais e procedimentos diversos, conforme destacado acima. Assim, referindo-se à organização criminosa como um todo, informaram que os parlamentares responsáveis pelas emendas tinham consciência do direcionamento do procedimento licitatório oriundo dos convênios no sentido do êxito de um das empresas comandadas de fato por eles, *sendo que esses parlamentares cobravam entre 10% e 15% do valor das emendas* e, muitas vezes, indicavam a entidade que se beneficiaria dos recursos, como de fato ocorreu com a *PESTALOZZI*.

Referindo-se especificamente a tal entidade, *DARCI* confirmou o vínculo dos ex-deputados que propuseram emendas em favor da *PESTALOZZI* com a organização criminosa, *LUIZ ANTÔNIO* confirmou a realização de venda de unidades em razão de recursos oriundos de *emendas parlamentares*, ao passo que *RONILDO*, além disso, explicitou, ao tratar de recursos oriundos de *emenda orçamentária* de autoria da deputada federal *Edna Bezerra Sampaio Fernandes*, que em dado convênio o próprio gabinete parlamentar entrou em contato com a entidade em questão para acertar os detalhes do direcionamento da licitação (pasta 05 do “CD 01” - fl. 95; trechos às fls. 25/35).

Dessa maneira, com exceção de um dos convênios questionados, o convênio nº 3007/2004 (SIAFI nº 507820), executado após a deflagração da “OPERAÇÃO SANGUESSUGA”, em todos os demais, sagraram-se vencedoras dos procedimentos licitatórios deles decorrentes *empresas criadas pelos acusados LUIZ ANTÔNIO e RONILDO* e operadas por ambos, conjuntamente com o acusado *DARCI*, com o fito de viabilizar a adjudicação do objeto das licitações fraudulentas, a saber, as empresas *KLASS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.* (CNPJ nº 02.332.785/0001-88) e *SUPREMA RIO COMÉRCIO E EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA REPRESENTAÇÕES LTDA.* (CNPJ nº 07.150.827/0001-20) (fls. 90 e 150/162, apenso IV, fls. 142/156, apenso V; fls. 95/111, apenso VI; fls. 69/82, apenso VII; fls. 99/134, apenso XI; 233/255, apenso XII).

Continua a denúncia:

Nesses termos, para além da sua titularidade formal, é imperioso notar que não só as supracitadas investigações levadas a cabo pela Receita Federal e pelos órgãos de persecução penal no bojo da chamada “OPERAÇÃO SANGUESSUGA” ligam essas e outras empresas utilizadas pela organização criminosa desarticulada aos denunciados *DARCI, LUIZ ANTÔNIO e RONILDO*, como também os já mencionados interrogatórios desses três imputados nos diversos feitos decorrentes da operação policial em questão, notadamente ações penais que correm perante o Juízo originário, corroboraram tal fato.

De efeito, *LUIZ ANTÔNIO* confirmou que constituiu a empresa *SUPREMA RIO*, em conjunto com *RONILDO*, “para, também, dar cobertura nas licitações” (fls. 641, apenso III); *DARCI* afirmou que a empresa *KLASS*, assim como outras operadas pelo grupo, possui seu contrato social em nome de terceiros, mas pertence à família Vendoin, sendo *LUIZ ANTONIO* seu sócio, ao passo que a empresa *SUPREMA RIO* foi constituída a partir de sociedade de fato entre *LUIZ ANTONIO* e *RONILDO* (fls. 655 e 658, apenso III); e *RONILDO*, por sua vez, confirmou a sociedade de fato com *LUIZ ANTONIO* em torno da empresa *SUPREMA RIO*, bem como destacou que a empresa *KLASS* pertencia à família Vendoin (fl. 48 do arquivo em .pdf contendo os interrogatórios judiciais do acusado em questão da pasta 05 do “CD 01” - fl. 95, que contém a íntegra dos interrogatórios judiciais destacados).

A denúncia foi recebida em 10.06.2014 (fls. 631/644-verso).

A coacusada *MARLENE*, com endereço na Capital/SP, constituiu defensor nos autos (procuração à fl. 1102), foi citada pessoalmente em 07.07.2014 (fls. 1038/1039) e apresentou resposta à acusação às fls. 1045/1055.

A coacusada *MARILENE*, com endereço em São Bernardo do Campo/SP, foi citada pessoalmente em 28.07.2014 (fls. 1092/1094) e apresentou resposta à acusação às fls. 1103/1124.

A coacusada *GRACIENE*, com endereço nesta Capital/SP, constitui defensor nos autos (procuração à fl. 258, na fase policial), foi citada pessoalmente em 05.08.2014 (fls. 1136-1136-verso) e apresentou resposta à acusação às fls. 1137/1153.

O coacusado *DARCI*, com endereço em Cuiabá/MT, foi citado pessoalmente em 14.07.2014 (fls. 1161/1163); o coacusado *LUIZ ANTONIO*, com endereço em Cuiabá/MT, foi citado pessoalmente em 23.07.2014 (fls. 1164/1166); o acusado *RONILDO*, com endereço em Cuiabá/MT (fls. 1159/1160-verso), foi citado pessoalmente em 11.07.2014 (fls. 1159/1160-verso). Os referidos acusados constituíram defensor nos autos (procurações a fls. 1206/1208). Resposta à acusação às fls. 1350/1383.

Considerando a notícia de que a corré *MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA* tem endereço atual na Argentina, no dia 19.09.2014, pedido de assistência mútua em matéria penal à República da Argentina, para fins de citação da aludida corré (fls. 1192/1994).

Tocante a *MÁRCIA* os autos foram *desmembrados* (fl. 1559 em agosto de 2015 – processo nº 0009405-97.2015.403.403.6181). *Porém, insta salientar que a situação desta acusada é exatamente idêntica às demais, podendo aqui receber tratamento uniforme, a teor do artigo 580 do CPP.*

A fase do artigo 397 do CPP foi superada sem a absolvição sumária dos acusados DARCI, LUIZ ANTONIO, RONILDO, GRACIENE, MARILENE e MARLENE (fls. 1399/1411-verso).

Testemunhas ouvidas durante a instrução probatória:

- 1) ANTONIO HENRIQUE GARRIDO, testemunha de acusação (fl. 1562 e mídia à fl. 1567);
- 2) EUGÊNIO CARLOS AMAR, testemunha de acusação (fl. 1563 e mídia à fl. 1567);
- 3) ALICE SHIGUEKO HOKAMA, testemunha de acusação (fl. 1564 e mídia à fl. 1567);
- 4) CECÍLIA SAKAI, testemunha de acusação (fl. 1565 e mídia à fl. 1567);
- 5) LUIZ ANTONIO RIBALTA, testemunha de acusação, também arrolada pelas defesa de Marlene e Marilene (fl. 1563 e mídia à fl. 1567);
- 6) ÂNGELA GONÇALVES, testemunha de defesa de Graciene (fl. 1561 e mídia à fl. 1567);
- 7) CLISEIDA MARÍLIA MARINHO, testemunha de defesa de Graciene (fl. 1616 e mídia à fl. 1620);
- 8) JOYCE CAÑAS GARRIDO HENRIQUES, testemunha de defesa de Marlene (fl. 1617 e mídia à fl. 1620);
- 9) VICENTINA FRANCO, testemunha de defesa de Marlene (fl. 1618 e mídia à fl. 1620);
- 10) SIMONE BRUSCHI PINHEIRO, testemunha de defesa de Marlene (fl. 1619 e mídia à fl. 1620);
- 11) DIVA ALEXANDRE MARTINS, testemunha de defesa de Marilene ouvida por CARTA PRECATÓRIA (fl. 1662 e mídia à fl. 1620).

Ao final da instrução, foram interrogados os réus:

- i) MARILENE DA SILVA E SILVA – fls. 1667 e mídia à fl. 1708;
- ii) GRACIENE CONCEIÇÃO PEREIRA – fls. 1668 e mídia à fl. 1708;
- iii) MARLENE DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA – fl. 1670 e mídia à fl. 1708;
- iv) LUIZ ANTONIO TREVISAN VEDDOIN – fl. 1671 e mídia à fl. 1708;
- v) RONILDO PEREIRA DE MEDEIROS – fl. 1672 e mídia à fl. 1708;
- vi) DARCI JOSÉ VEDDOIN – fl. 1673 e mídia à fl. 1708;

Na fase do artigo 402 do CPP, o pedido da defesa de LUIZ ANTONIO VEDDOIN para realização de perícia para avaliação dos preços das ambulâncias, pleito que foi indeferido por não se tratar de pedido originado a partir da instrução (fl. 1664-v).

O MPF e as demais defesas nada requereram na fase do art. 402 do CPP (fl. 1664-verso).

Em 02.07.2015, o *Ministério Público Federal* apresentou *memoriais escritos*, pugnou pela *condenação dos acusados* GRACIENE, MARILENE e MARLENE e *concessão de perdão judicial* a DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, em razão da sua efetiva colaboração nos termos do artigo 4º, incisos I e II, da Lei 12.850/2013, isentando-os de qualquer pena corporal (fls. 1710/1733-verso).

Em 21.07.2015, a *defesa técnica de RONILDO e DARCI* alegou: a) “bis in idem” e *litis-pendência* em relação a processo que tramita/tramitou perante a 7ª Vara Federal de Mato Grosso; b) *cerceamento de defesa* em razão do indeferimento de diligência na fase do artigo 402, CPP; c) o delito de corrupção ativa deve ser afastado, pois já faz parte de outras peças

acusatórias; d) absolvição quanto ao estelionato por ausência de elementares do tipo, ausência de prova de autoria e aplicação do princípio da consunção; e) atipicidade quanto ao delito do artigo 96, Lei 8.666/93 pela ausência de superfaturamento e preços estabelecidos pelo Ministério da Saúde; f) colaboração espontânea e eficaz a ensejar o perdão judicial dos réus LUIZ, DARCI e RONILDO; g) caso não acolhidas as testes defensivas, aplicação de atenuantes no momento da dosimetria da pena.

Em 20.07.2015, a *defesa técnica de LUIZ ANTONIO* alegou e requereu: a) “bis in idem” e *litispendência* em relação ao processo nº 2006.36.00.007594-5, da 2ª Vara Federal de Mato Grosso, pugnando pelo encerramento da presente ação penal; b) absolvição por ausência de prova suficiente para condenação; absolvição pelo crime de corrupção ativa em razão do princípio “non bis in idem”; c) sobrevivendo condenação, a *concessão do perdão judicial gerado pela delação premiada*; d) aplicação do princípio da consunção de tal sorte que os crimes de corrupção ativa e previsto no artigo 96 da Lei 8666/93 sejam absorvidos pelo crime de estelionato; d) aplicação do concurso formal de delitos; e) reconhecimento da continuidade delitiva; f) afastamento do dever de indenização (fls. 2507/2581).

Em 03.08.2015, a *defesa técnica de GRACIENE, MARILENE e MARLENE*, apresentou seus *memoriais* escritos, alegando: a) atipicidade das condutas descritas na denúncia; b) inexigibilidade do procedimento licitatório (princípio da legalidade); c) atipicidade dos crimes previstos na Lei 8.666/93; d) da inexigibilidade da aplicação da Lei 8.666/93; e) da atipicidade do crime de estelionato pela inexistência de engano mediante fraude; f) da aplicação do princípio da consunção entre o crime de fraude à licitação pelo estelionato; g) ausência de fraude nos atos licitatórios; h) inexistência de vantagem mediante prejuízo; i) da inexistência de prejuízo à administração pública; j) ausência de prova do dolo e comprovação de que a ré agiu por evidente erro provocado por terceiro; k) ausência de prova suficiente para a condenação; l) da precariedade da auditoria nº 4360; m) no caso de condenação, aplicação da pena no mínimo legal e reconhecimento de continuidade delitiva (fls. 3357/2480).

É o relatório.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A presente fundamentação tem profunda relação com pontos de sentença anteriormente prolatada por este mesmo Juízo (Autos nº 0003729-52.2007.403.6181), sobre fato análogo, daí o aproveitamento de diversos pontos e questões ali suscitadas pelas partes e solvidas pelo Juízo.

1. *Rejeito as preliminares*, arguidas repetidamente pela defesa ao longo do curso do processo (as mesmas alegadas em processo anterior), pelas mesmas razões que fundamentaram decisões pretéritas deste Juízo nestes mesmos autos.

2. Alegação de *bis in idem* não prospera porquanto os fatos aqui tratados são diversos daqueles denunciados em outras Seções Judiciárias, ainda que com este guardem similaridade. Caberia à defesa comprovar a existência de outra ação penal pelo mesmo fato aqui descrito, ônus que lhe competia e do qual não se desincumbiu.

3. É bom que se destaque aqui também que a oitiva de testemunha de defesa por meio de carta precatória, antes da audiência de instrução e julgamento, no Juízo natural, não acarreta nenhum tipo de inversão na ordem processual, sendo, na verdade, imposição da novel lei processual penal, como se observa de expressa ressalva existente no *caput* do artigo 400 do Código de Processo Penal (com redação determinada pela Lei nº 11.719/2008). Nesse sentido:

Inquirição por precatória: havendo testemunhas a serem ouvidas em outras Comarcas, não há que se respeitar a ordem estabelecida no art. 400, *caput*, CPP. Pode o magistrado, assim que designar audiência de instrução e julgamento, determinar a expedição de precatória para ouvir todas as testemunhas de fora da Comarca, sejam elas de acusação ou de defesa. (*in* NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 773).

4. Entendo que a *peça acusatória preenche os requisitos do art. 41 do CPP*, conforme restou consignado em mais de uma decisão deste Juízo, havendo elementos de autoria e materialidade delitivas, nela estando descritos os fatos com todas suas circunstâncias, de modo a propiciar ampla defesa. Não é, pois, inepta a denúncia, nem atípicas as condutas.

5. De resto, as questões preliminares suscitadas pela defesa, em linhas gerais, confundem-se com o mérito e serão solvidas no momento próprio, quando as condutas merecerão confronto com as respectivas normas imputadas.

6. A questão alusiva à obrigatoriedade ou não de licitar não pode ser resolvida com base em julgamento de fato análogo, pelo qual se teria dispensado o certame. Além disso, a questão pertence à análise de mérito. Todavia, foi dito anteriormente que a existência de sentença em sentido diverso não passa de mero reforço argumentativo, não se enquadrando no conceito de prova.

7. A denúncia descreve satisfatoriamente fatos atinentes a *crimes de estelionato, fraudes à licitação, corrupção ativa e passiva*. De forma sintética, *em relação aos 06 convênios celebrados entre a SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO* (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS) e o Ministério da Saúde (nº 3970/2002 (SIAFI nº 472107), nº 3006/2004 (SIAFI nº 506965), nº 4802/2004 (SIAFI nº 519236), nº 3007/2004 (SIAFI nº 507820), nº 5041/2004 (SIAFI nº 520276) e nº 5042/2004 (SIAFI nº 5192237)), assim respondem criminalmente cada acusado:

7.1 - Artigo 171, § 3º, CP – DARCI (por 6 vezes), LUIZ ANTONIO (por 6 vezes) e RONILDO (por 6 vezes), GRACIENE (por 6 vezes), e MARILENE (uma vez);

7.2 - Artigo 96 da Lei 8.666/93 – DARCI (por 5 vezes), LUIZ ANTONIO (por 5 vezes), RONILDO (por 5 vezes), GRACIENE (por 5 vezes), MARLENE (por 5 vezes) e MARILENE (uma vez);

7.3 – Artigo 333, parágrafo único, CP – DARCI (por 4 vezes, LUIZ ANTONIO (por 4 vezes) e RONILDO (por 4 vezes).

8. A *dimensão espacial e temporal dos fatos* pode assim ser compreendida, resumidamente: 1) existência de recursos públicos disponíveis no Orçamento da União; 2) grupamento de pessoas imbuído do desejo de acessá-los mediante fraude; e, 3) no vértice destas duas coordenadas, a utilização de Emendas Parlamentares (EP) como instrumento de transposição do dinheiro de uma ponta à outra.

9. A *fraude empregada* vem descrita na denúncia em diversas passagens e tem como *pano de fundo*, em síntese:

9.1. Escolha de uma entidade civil, a SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS), sem fins lucrativos, Instituição Filantrópica, de utilidade pública Federal, Estadual e Municipal, que conta com mais de 60 anos de atuação e que atende mais de 700 crianças e jovens (de 0 a 22 anos) com deficiência intelectual e autismo, nas áreas de saúde, educação e emprego apoiado (inclusão profissional);

9.2 *Conjunto de empresas*, algumas fictícias outras conluiadas, pertencentes a alguns dos acusados, *ofertantes de produtos* (ambulâncias e equipamentos médico-hospitalares) por meio de *licitação viciada*;

9.3 *Parlamentares* mancomunados com o esquema proponentes de *Emendas ao Orçamento da União*, incumbidos de drenar o dinheiro público para a aquisição de produtos ofertados pelas empresas antecitadas, seguindo-se com a entrega deste à entidade civil, culminando-se com a distribuição de parte dos lucros entre os partícipes da fraude.

10. Depreende-se da leitura da denúncia e do quanto a instrução processual ofereceu em termos informativos, que a formulação dos denominados *Planos de Trabalho* da entidade civil PESTALOZZI, a atuação de *várias empresas em processos licitatórios fraudulentos*, a apresentação de *Emendas Parlamentares ao Orçamento da União*, nada mais representaram do que o *ardil empregado para enganar* o Poder Público e dele obter a indevida vantagem econômica almejada. *Esse era o fim visado*, e é exatamente isto o que a denúncia descreve.

13. Neste ponto, observo que os parlamentares autores de Emendas ao Orçamento da União, sobre tais fatos, assujeitaram-se, supostamente, a processo próprio. Os representantes da PESTALOZZI, de um lado, e a família VEDOIN, de outro (inclusive RONILDO), respondem aqui como coautores de crimes de estelionato e fraude à licitação, sendo que estes últimos, ainda, por corrupção ativa.

14. Assim, os acusados DARCI, LUIZ ANTONIO, RONILDO, GRACIENE e MARILENE figuram como coautores do crime de estelionato, pelo qual teriam realizado elementares do tipo penal (fraude) com o fim de obterem, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica.

15. Os acusados DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, ainda, em razão do oferecimento de *vantagem indevida* a parlamentares, em face de *ato de ofício*, qual seja a *apresentação de Emenda ao Orçamento da União*, incursos no delito de *corrupção ativa*, assim descrito:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

16. Observo que, em tese, para os acusados DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, pode-se *divisar* os fatos alusivos ao *estelionato* e à *corrupção ativa*, não ocorrendo o fenômeno da subsunção ou “*conflito aparente de normas penais*”. Porém, conforme alegado pela defesa e acolhido quase na íntegra pelo douto representante do MPF, há *bis in idem* acerca deste último delito (fl. 1715). Referidos increpados responderam a nada menos que *243 vezes a esse delito de corrupção ativa*, conforme informa o MPF, que não constatou similaridade em relação a apenas um único delito. *Este seria o relativo ao convênio SIAFI 519236, tratado nos apensos VI, VII e VIII*. Porém, entendo que a grande confusão já causada pelos inúmeros processos instaurados em face dos acusados, e infindáveis documentos juntados não só nestes autos, mas disseminados em todo o País, deve militar em favor dos acusados, de modo a reconhecer-se aqui a ocorrência do instituto tal como profligado pela defesa, em sua inteireza, afastando-se daqui, deste processo, o crime de corrupção ativa. Neste feito, portanto, considero a ocorrência do *bis in idem* em relação aos quatro delitos de corrupção ativa imputados aos acusados.

17. Tocante aos atos *fraudatórios à licitação*, estes constituíram um *iter do crime de estelionato*. Assim, para os acusados *DARCI VEDOIN, LUIZ ANTONIO e RONILDO*, incide apenas a figura do *estelionato*. Com efeito, a *licitação* era *parte do artil* utilizado pelos agentes, apenas para conferir *ares de legalidade à atividade delituosa*, cuja finalidade última era, na verdade, *enganar* a Administração Pública para a obtenção de indevida vantagem econômica.

18. Ressalte-se que antes da edição do Decreto 6.170/2007, não havia obrigação legal para que entidades privadas observassem a Lei 8.666/93 como condição para gerir recursos públicos oriundos de convênios.

19. Havia, é sabido, Instrução Normativa exigindo a licitação, contudo, pelo princípio da legalidade, especialmente em matéria penal, não se pode impô-la ao caso. Neste ponto, a acusada MARLENE, a quem o MPF imputa unicamente o delito do artigo 96 da Lei 8.666/93, por cinco vezes, estaria ela ao abrigo do princípio da reserva legal, do consagrado *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, que se extrai da Constituição da República, art. 5º, inciso XXXIX, que aduz “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (*princípio da legalidade e princípio da anterioridade*). O artigo 1º do Código Penal vem recepcionado com a mesma sentença de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

20. De qualquer sorte, conforme aduzimos em sentença anterior sobre caso análogo, envolvendo os corréus DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO (Autos nº 0003729-52.2007.403.6181) o fato é que o *procedimento licitatório empregado pelos acusados constituiu um meio para alcançar o fim realmente visado pelos agentes*. O expediente (fraudulento) fora utilizado apenas para conferir eficácia ao estelionato e à consequente percepção do dinheiro público.

21. Releve-se, como é cediço, que o fato punível pode ser obra de um ou de vários agentes, atuando em consórcio, repartindo entre si tarefas ou, simplesmente, um cooperando apenas na obra do outro, sem acordo prévio, *mas com a consciência dessa cooperação*. Nesse sentido, René Ariel Dotti: “Não se exige um *pactum sceleris* ou um simples acordo para a configuração do elemento subjetivo. Basta a consciência de cooperar (...) para a ação de outrem” (*in* “Curso de Direito Penal. Parte Geral”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 449);

22. Ao caso aplica-se o *princípio da consunção ou absorção*, pelo qual se preconiza que a consunção deve ser utilizada quando a *intenção criminosa* é alcançada pelo cometimento de mais de um tipo penal, devendo o agente, no entanto, por questões de justiça e proporcionalidade de pena (política criminal), ser punido por apenas um delito.

23. Os mesmos fatos são imputados às acusadas GRACIENE e MARILENE, devendo-se aplicar igualmente o *critério da consunção* para melhor adequação típica, cingindo-se a imputação, quanto a elas, apenas ao *crime de estelionato*.

24. Feitas tais considerações, pode-se afirmar com segurança que a *materialidade dos delitos de estelionato* restou plenamente comprovada pelos *documentos encartados nos apensos IV, V, VI e VII, IX, X, XI, XII, XIV. A auditoria de fl. 98/203 do IP integra o corpo delitivo, porém, sobre sua integralidade serão tecidas considerações adiante*.

25. Realizados diversos atos preparatórios e executórios à consumação dos *crimes de estelionato*, evoluiu-se para o desfecho de *etapa essencial ao propósito* dos acusados, consubstanciada na celebração de convênios com o Ministério da Saúde, conforme também demonstram os documentos citados, materializando-se assim a atividade criminosa nos precitados convênios:

25.1. CONVÊNIO SIAFI 472107, 20.12.2002, EP Bispo Wandervall; R\$ 300.000,00 para aquisição de 03 unidades móveis equipadas; empresa vencedora KCLASS (Anexo IV);

25.2. CONVÊNIO SIAFI 506965, 20.07.2004, EP Edna Macedo; R\$ 60.000,00 para aquisição de 01 unidade móvel equipada; empresa vencedora SUPREMA RIO (Anexo V);

25.3. CONVÊNIO SIAFI 519236, 30.12.05.2004, EP Marcos Abramo; R\$ 160.000,00 para aquisição de 02 unidades móveis equipadas; empresa vencedora SUPREMA RIO, (Anexo VIII);

25.4. CONVÊNIO SIAFI 507820, 20.07.2004, EP Edna Macedo, R\$ 120.000,00 para aquisição de 01 unidade móvel equipada; empresa vencedora IVECO (Anexo X);

25.5. CONVÊNIO SIAFI 520276, 31.12.2004, EP João Batista, R\$ 60.000,00 para aquisição de equipamentos; empresa vencedora SUPREMA RIO (Anexo XI);

25.6. CONVÊNIO SIAFI 5192237, 30.12.2004, EP João Batista, R\$ 60.000,00 para aquisição de equipamentos; empresa vencedora SUPREMA RIO (Anexo XII).

26. Com relação à *autoria delitiva, sem dúvida alguma DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, réus confessos, participaram do concerto criminoso. O esquema delituoso foi estruturado pela família VEDOIN e RONILDO a partir do ano de 2000*, conforme se aduz da cognominada “*delação*” apresentada pelos três acusados. E, ressalte-se, tudo não passou de um *jogo de cartas marcadas, uma encenação teatral* que tinha como cenário uma ilusória prestação de serviços sociais, de modo a ludibriar a vigilância normalmente empregada pelo Poder Público.

27. As Emendas apresentadas pelos ex-parlamentares mencionados no item 25 tinham por esteio *promessa de recompensa* após a liberação do dinheiro público, daí a intervenção deles no sentido de dar celeridade aos pedidos perante o Ministério da Saúde. O *ato de ofício*, portanto, realizado pelos *agentes políticos* tinha na origem a promessa de indevida vantagem, havendo, pois, *infringência a dever funcional*.

28. A *confissão* de DARCI VEDOIN, LUIZ ANTONIO e RONILDO produzida nestes autos em forma de “colaboração” foi acostada no apensado nº 0014878-98.2014.403.6181. Some-se a ela a longa narrativa apresentada ao Juízo de Mato Grosso, *igualmente juntada a estes autos. Destaco, desde logo, que*, tanto uma como outra, revelam a *completa ausência de liame direto entre eles e as corrés GRACIENE e MARILENE*. Não se conheciam!

29. Do ponto de vista objetivo da confissão, os fatos relatados pelos acusados, para além de extraordinários, revelam como determinados assuntos são tratados nos bastidores do Poder, quando não se busca o bem comum, o bem-estar social. A *arquitetura criminosa* fora toda ela engendrada por obra criativa dos acusados DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, tendo como ponta de lança os parlamentares da chamada bancada evangélica.

30. *As acusadas não tiveram acesso aos porões governamentais onde mentores da trapaça urdiram, e de onde fizeram escorrer verbas públicas até ulterior subdivisão do produto obtido.*

31. A confissão é o *retrato do retrocesso político, da fragilização de nossa República* diante de inculpação que descortina as proporções estratosféricas de um *esquema que facilmente invadiu as entranhas do Congresso Nacional*, o Poder Legislativo Federal, envolvendo centenas de Parlamentares que, *traindo o mandato popular*, contribuíram para a sangria do *dinheiro público destinado à saúde da população brasileira*. *Essas circunstâncias haverão de ser consideradas na dosimetria das penas.*

32. Perceba-se nesta toada que as acusadas GRACIENE e MARILENE (inclusive MARCIA) foram usadas pelo esquema criminoso, que precisava de entidades para justificar a apresentação de Emendas. Era através destas e do superfaturamento de produtos ofertados por empresas da família VEDOIN que as verbas alimentavam o esquema. Elas estão mais para

vítimas que para partícipes. Eram voluntárias, não geriam a entidade com fins mercantilistas, mas humanitário.

33. Esse fato não passou despercebido pelo d. Procurador da República, que asseverou em seus memoriais escritos, ao se reportar à confissão dos acusados, “... ficou evidente, também, pelos depoimentos prestados pelos réus colaboradores, que algumas entidades sérias, como a PESTALOZZI, infelizmente, por motivos ainda vagos, sofreram, na mesma época, a infiltração de agentes externos nocivos, máxime no que tange ao controle administrativo da entidade, na época da compra das ambulâncias, possuísem vínculos afetivos ou profissionais estreitos com integrantes daquela entidade religiosa, para que coordenassem, ou mesmo, permitissem a atuação nas aquisições espúrias.” (fl. 1719).

34. As acusadas, de fato, atuavam à frente de uma entidade séria, dispensando cuidados a crianças portadoras de necessidades especiais. Trata-se de organização sem fins lucrativos. Receberam visitas de parlamentares, propondo ajuda. A ajuda viria do Governo Federal, através de parlamentares. Qual o motivo de duvidarem da lisura do procedimento? Segundo tais parlamentares, assessores ajudariam na formulação de documentos para a obtenção dos recursos, ambulâncias e depois outros utensílios. Fora colocada uma sala à disposição de tais assessores, na sede da PESTALOZZI. Disso não se pode extrair qualquer envolvimento criminoso, senão uma prática regular advinda de orientações de agentes do próprio governo.

35. É certo que a auditoria carregou nas tintas no trabalho que realizou na sede da PESTALOZZI. E, basta ouvir o depoimento do responsável pelo respectivo relatório, sr. Eugênio Amar (fl. 1567), para haurir o exagero. Diante de tantas falcaturas e casos semelhantes, os auditores limitavam-se a repetir o trabalho de fiscalização. Eram auditores padrão. Perceba-se: pelo relato de Cecília ou Alice, integrantes da equipe de fiscalização, não se deram ao trabalho de ir além do pátio da entidade onde supostamente ficavam os veículos. Deram a entender que não havia sede administrativa ou salas de aula, etc. Os relatórios eram confeccionados *a posteriori*, sem averiguação ou diligências quanto à existência de funcionários e médicos da entidade. Havia médicos. Estes foram ouvidos perante este Juízo a pedido da defesa e demonstraram tal incoerência dos trabalhos da auditoria.

36. Ora, uma entidade civil que cuidava de cerca de 700 crianças, dirigida por voluntários, recebendo promessa de ajuda de representantes do Governo brasileiro, não podem ser simplesmente subjugadas a um processo criminal de tamanha envergadura por que seguiram orientações de parlamentares, estes sim, mal intencionados. Ao longo de todo o processado não foi produzida uma linha sequer de que as acusadas teriam recebido alguma vantagem pessoal, mínima que fosse. Não conheciam os corréus. Esperavam, conforme consignaram, ajuda para a entidade. *A ausência de dolo é patente e devem ser absolvidas.*

37. Conforme enfatizamos no relatório, os autos foram desmembrados com relação à corré *MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA*, por questão formal do processo, tendo em vista não ter sido citada. Sua situação fática é exatamente idêntica àquela atribuída à corré *GRACIENE CONCEIÇÃO PEREIRA*, incurso no artigo 171, § 3º, do Código Penal, por 6 vezes, e artigo 96 da Lei 8.666/93, por 5 vezes. O *efeito extensivo* é inoponível, inescapável por força do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, II, CF), não se podendo dispor de forma diferente para casos exatamente tão iguais.

38. Referido efeito advém da necessidade de se dar tratamento igualitário a acusados de mesmo crime, que se encontrem em situação jurídica idêntica. Assim, dispõe o artigo 580 do Código de Processo Penal sobre a possibilidade de se estender a corréu o resultado favorável obtido pelo outro, desde que se atendam dois requisitos: a ocorrência de concurso de pessoas, e, razões do *decisum* não sejam de caráter exclusivamente pessoais. É exatamente o caso dos

autos, *devendo os mesmos motivos que absolveram GRACIENE ser aplicados, estendidos para absolver MARCIA.*

39. Assim, *decreto a absolvição das três acusadas deste processo pelo crime de estelionato*, GRACIENE (cinco vezes) e MARILENE (uma vez), bem como MARLENE (cinco vezes) pelo delito de fraude à licitação, e ainda de MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA pelo crime de estelionato (cinco vezes), *devendo esta sentença ser trasladada para os autos desmembrados nº 0009405-97.2015.403.403.6181.*

40. A mesma sorte não merecem os réus DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, os quais protagonizaram a chamada “*colaboração premiada*”. *A prova contra eles é inquestionável.* Praticaram os *delitos de estelionato*, cinco vezes (consumado), tendo atingido esse mister a partir de oferecimento e promessas de vantagens indevidas aos parlamentares citados na denúncia, cuja função primordial assentava-se na apresentação de Emendas ao Orçamento da União. *A prova oral* produzida, bem como os *documentos encartados* nos diversos apensos, corroboram a confissão por eles apresentada.

41. E, *somente quem detinha o domínio dos fatos* poderia fornecer essa fabulosa gama de detalhes da atividade criminosa desenvolvida pelo grupo. Os corréus DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO obtiveram indevida vantagem econômica mediante fraude, promovendo vendas de produtos superfaturados ao Governo, através de empresas da família.

42. *Assinale-se que estes corréus* não tiveram um único contato com as corrés ao longo do *iter* criminoso. A relação deles era de outro nível hierárquico. O relacionamento se dava com agentes do governo, com parlamentares, com os detentores das emendas, que eram comissionados com a liberação das verbas. Por isso, tinham os parlamentares que conseguir donatários. Era crucial, para eles, parlamentares, encontrar entidades, “fictícias” ou “sérias”, para atingir o verdadeiro escopo do grupo, que nada tinha que ver com benemerência.

43. Para os arquitetos do projeto criminoso, a família VEDOIN e RONILDO, o ganho residia na venda de seus produtos (ambulâncias e equipamentos), sempre superfaturados. Às vezes tal venda era simplesmente fictícia. Porém, para representantes de entidades sérias, como a PESTALOZZI, não havia ganho ilícito. Estas esperavam, simplesmente, receber o donativo prometido pelo Governo Federal.

44. Cumpre, portanto, avaliar quais os efeitos jurídicos do ato praticado pelos acusados, a teor da Lei 12.850/2013, que instituiu a figura da “colaboração premiada”. Pretende-se o perdão judicial.

45. *A delação premiada pressupõe confissão.* O coautor ou partícipe do crime confessa sua conduta e revela, entre outros dados, a identidade dos demais agentes. Assim estabelece a Lei:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada (omissis)

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas

pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

46. Cumpre assinalar que as *confissões dos acusados propiciaram*, de fato, o pleno conhecimento do *iter* criminoso, modo como os recursos públicos eram drenados do Ministério da Saúde para a aquisição superfaturada de ambulâncias e equipamentos. A profundidade das informações fornecidas, a riqueza de detalhes dos fatos e a *correspondência das informações prestadas pelos acusados com o mundo fenomênico* conferem segurança e credibilidade à prova obtida.

47. Segundo o conceito formulado em julgado da Sexta Turma do STJ, “O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime” (HC 90.962).

48. Neste ponto, faço a primeira observação contrária ao pretendido perdão judicial: destaco que a confissão aqui produzida não alterou em nada o vasto acervo probatório que compõe o processo.

49. A chamada “delação premiada” nada mais é que *uma técnica de investigação utilizada pelo Estado para atalhar o desvendamento do fato delituoso mediante a oferta de benefícios ao colaborador*.

50. A Lei nº 12.850/2013 trata corretamente o instituto pela denominação jurídica de “colaboração premiada”, pois *nem sempre da colaboração decorre a delação*, como demonstra o inciso V do artigo 4º da Lei, em que da espontânea atitude do agente colaborador resulta a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Neste caso, há colaboração, sem delação. Diferentemente, haveria delação quando a colaboração implicasse a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (hipótese do inciso I). *A delação tem relação com a “deduração”*. Assim, a *colaboração* é mais abrangente, seria o continente, ao passo que a *delação* uma espécie daquela, cinge-se à entrega de comparsas.

51. Porém, sem mensuração, critérios, não se pode aplicar para quaisquer casos a possibilidade do prêmio (sanção premial). A vulgarização da “delação” pode custar-lhe a credibilidade. Aqui a segunda objeção: inservíveis delações de fortes contra fracos.

52. O instituto não se presta a estabelecer uma espécie de alforria para todos, do mais baixo ao mais alto escalão do crime. Todos livres! Isso seria o mesmo que conferir aos membros de uma organização um *bill de impunidade*, verdadeira imunidade absoluta, coisa jamais vista no direito internacional. Teríamos, no Brasil, uma casta intocável, intangível, colocada acima do bem e do mal para fazer o que bem entender, pois, se e quando, alcançada, um dia talvez, pela lei penal, bastaria ensaiar ares vestais de arrependimento, entregar “mulas”, o mordomo ou quiçá o gerente, para livremente sair o “tubarão”, o chefe do tráfico, em seguro revoejo.

53. Ressalto que os acusados, conforme relato do réu LUIZ ANTONIO, respondem a cerca de 130 processos, sendo que, graças à “delação”, não sofreram nenhuma condenação, saíram ilesos, obtiveram perdão judicial em todos, sendo eles, a despeito disso, os mentores intelectuais da trama criminosa!

54. Os elementos constantes dos autos demonstram que os “colaboradores” foram os

arquitetos do esquema criminoso e, sendo assim, não há que se falar em *prêmio*, senão em *atenuante pela confissão*. Caso contrário, a se aceitar essa inversão de valores, em breve teremos *traficantes delatando “mulas” e mentores intelectuais entregando motoboys*, transformando o instituto em instrumento de salvaguarda dos detentores do poder de mando, com impunidade no ápice da pirâmide de organizações criminosas que o instituto visa a atingir.

55. As provas produzidas nos autos indicam, extreme de dúvidas, que os acusados DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTONIO ANTÔNIO TREVISAN VEDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, realizaram, objetiva e subjetivamente, as elementares descritas nos *artigos 171, caput e § 3º, do Código Penal (cinco vezes)*, incorrendo em *conduta típica*; não lhes socorrendo nenhuma causa justificante, é também *antijurídica* a conduta; imputáveis e possuindo potencial conhecimento da ilicitude dos fatos, era exigível dos acusados, nas circunstâncias, conduta diversa, sendo, pois, *culpáveis*, passíveis de imposição de pena.

56. A *consumação dos cinco crimes de estelionato* ocorreu com a *efetiva transferência do dinheiro público*, momento em que a vítima perdeu a disponibilidade dos recursos, passando estes à disposição do agente (STF HC 114552 RJ 12/12/2012). Assim, para o convênio SIAFI 472107, a *consumação* ocorreu em 26.05.2003; o convênio SIAFI 506965, em 09.11.2005; o convênio SIAFI 519236, em 14.12.2005; o convênio SIAFI 520276, em 28.06.2005. o convênio SIAFI 5192237, em 24.06.2005 O prejuízo total, em valor histórico, somente destes cinco convênios, atingiu a soma de R\$ 640.000,00, conforme demonstrou a acusação (O Convênio 3007/2004 - SIAFI nº 507820 – concretizado após deflagração da operação, ficou nos atos preparatórios).

Passo à dosimetria das penas.

57. Para cada delito de estelionato – art. 171, caput e § 3º, do CP, fixo para os acusados DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTÔNIO TREVISAN VENDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, a pena-base de 03 (três) anos de reclusão, acima do mínimo legal, a teor do artigo 59 do CP, posto ser o *quantum* necessário e suficiente à reprovação do crime. Os diversos inquéritos e processos a que respondem os acusados, por fatos assemelhados, e as circunstâncias e consequências dos crimes, com a *exploração vil de mandato popular do Parlamento Nacional*, justificam a inicial exasperação, conforme descrito anteriormente nos itens precedentes, incidentes como circunstâncias e consequências do crime.

58. Observo que os acusados DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO são *confessos*, merecedores da atenuante genérica do artigo 65, III, “d”, CP, pelo que reduzo suas penas, de cada delito de estelionato, para 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

59. Sem outras variantes, *incide a causa de aumento de pena constante do § 3º do artigo 171 do CP*, pois os delitos foram perpetrados em detrimento da União, razão por que será de 1/3 a *majoração*. Assim, *elevo* a reprimenda de cada delito e para cada acusado para 03 (três) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

60. Na última fase de aplicação das penas privativas de liberdade, anoto que incide a regra do *crime continuado* (art. 71 do CP), de modo que aumento de 1/2 para DARCI VEDOIN, LUIZ ANTONIO e RONILDO (cinco crimes), *tornando-as definitivas em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão para cada um deles*.

61. Condeno-os, ainda, na mesma proporção acima assinalada, à *pena pecuniária*, de 198 (cento e noventa e oito) dias-multa, *valor unitário de dois salários mínimos*, porquanto suas atividades, formação intelectual, condições de vida, demonstram capacidade econômica semelhante, devendo o valor apurado ser corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença.

62. *Relativamente à pena pecuniária* aplicada a cada um dos acusados, procurou-se

fixar a quantidade de dias-multa tendo como parâmetro abstrato o mínimo e o máximo de dias-multa, 10 a 360, estabelecidos pelo *artigo 49, caput, do CP*, considerando o paradigma atinente ao mínimo e máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada, de tal forma a manter a mesma proporção entre as penas corporal e pecuniária.

63. A *proporcionalidade* entre as penas é obtida por meio de uma *regra de três*. O patamar de aumento da pena de multa é igual ao da pena privativa de liberdade, respeitando a diferença entre os limites mínimo e máximo desta. Por exemplo, pena privativa abstratamente cominada de quatro a oito anos, sendo concretizada em 06 anos, conclui-se ter o aumento atingido a metade. Portanto, a pena de multa deve ser aumentada na metade entre o mínimo (10 dias-multa) e o máximo (360 dias-multa), que resulta em 175 dias multa.

66. Os fatores são compostos da diferença entre as penas privativa, máxima e mínima. Assim, no exemplo acima, $08 - 04 = 04$; a diferença entre os patamares máximo e mínimo da pena de multa, $360 - 10 = 350$; e a diferença entre a pena privativa de liberdade efetivamente aplicada e a pena mínima abstratamente cominada, no exemplo, $06 - 04 = 02$. Nessa medida, 02 está para 04, assim como X (pecuniária a ser aplicada) está para 350, de forma que $X = 2 \times 350/4$, ou seja, 175 dias-multa (caso hipotético).

65. Anoto, ainda, que a pena privativa de liberdade abstratamente prevista para o crime do art. 171, *caput* e § 3º, do CP, combinado com o artigo 71, do CP, varia de 01 ano, 06 meses e 20 dias a 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão; para o delito do art. 333, *caput* (redação atual) e par. único, do CP, combinado com o artigo 71, ambos do CP, de 03 anos, 01 mês e 10 dias a 26 anos e 08 meses de reclusão;

66. O *regime inicial de cumprimento da privativa de liberdade* será o *semiaberto*, a teor do disposto nos artigos 33, § 1º, “b”, c.c. 35, ambos do Código Penal. Incabível o *sursis* ou a substituição por penas alternativas, por ausência de requisitos subjetivos e objetivos.

67. Os delitos perpetrados têm como *bem jurídico tutelado* o patrimônio da União, cujo titular é o Estado (coletividade). O *dano material* causado corresponde aos valores dos *prejuízos* apontados na denúncia, algo em torno de R\$ 2.200.000,00 (*dois milhões e duzentos mil reais*) atualizados até esta data pela taxa SELIC (<https://www3.bcb.gov.br/CALC/DAADO/publico/corrigirPelaSelic.do?method=corrigirPelaSelic>), devendo-se somar a isso o evidente *dano moral* gerado à coletividade, de modo a se duplicar referido valor para R\$ 4.400.000,00 (*quatro milhões e quatrocentos mil reais*).

68. Os acusados *desviaram dinheiro destinado à saúde*. O Poder Público tem o gasto médio anual, *per capita*, com a saúde do brasileiro de R\$ 1.100,00 (fontes diversas, inclusive *Organização Mundial da Saúde – OMS* - http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24847:governo-gasta-em-media-r-305-ao-dia-na-saude-de-cada-habitante&catid=3 - <http://www.brasil.gov.br/@@busca?SearchableText=oms&Subject%3Alist=OMS>).

69. Lícito concluir que o montante de *quatro milhões e quatrocentos mil reais* representa o custo *per capita* anual que deixou de ser gasto com *quatro milhões brasileiros*, aproximadamente.

70. Assim, em face do que dispõe o *inciso IV do artigo 387 do CPP*, fixo *para cada acusado*, dividido o precitado valor entre eles (total de três), o valor mínimo, *a título de reparação dos danos*, de R\$ 1.130.000,00 (*um milhão, cento e trinta mil reais*), devendo incidir correção monetária a partir do trânsito em julgado desta sentença.

III – DISPOSITIVO

Destarte, com base nos fundamentos expendidos e o mais que dos autos consta, *julgo parcialmente procedente* a pretensão deduzida na ação penal para:

a) *condenar* DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTONIO ANTÔNIO TREVISAN VEDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, qualificados nos autos, por incursos no *artigo 171, caput e § 3º, do CP* (cinco vezes) c.c. 71 do CP, cada um à *pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, regime inicial semiaberto*, a teor do disposto nos artigos 33, § 1º, “b”, c.c. 35, ambos do Código Penal, e pena pecuniária de 198 (cento e noventa e oito) dias-multa, valor unitário de dois salários mínimos, corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença; e

b) *absolver* GRACIENE CONCEIÇÃO PEREIRA e MARILENE DA SILVA E SILVA, qualificadas nos autos, do crime do *artigo 171, caput e § 3º, do CP* (cinco vezes para a primeira e uma vez para a segunda acusada), *com fulcro no artigo 386, inciso V, do CPP*;

c) *absolver* MARLENE DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA, qualificada nos autos, do crime previsto no artigo 96 da Lei 8.666/93 (5 vezes), com base no artigo 386, inciso III, do CPP;

d) *DECLARAR EXTINTO O PROCESSO*, com fundamento nos artigos 3º e 95, III, do Código de Processo Penal, c.c. o artigo 267, V, segunda parte, do Código de Processo Civil, com relação ao crime de corrupção ativa (333, *parágrafo único, CP* – 4 vezes – quanto aos acusados DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTONIO ANTÔNIO TREVISAN VEDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, qualificados nos autos;

e) *absolver* MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA, qualificada nos autos desmembrados nº 0009405-97.2015.403.403.6181, *para o qual deverá esta sentença ser trasladada*, do crime do *artigo 171, caput e § 3º, do CP* (cinco vezes para a primeira), *com fulcro no artigo 386, inciso V, do CPP*;

71. Incabível o *sursis* ou a substituição da pena privativa, tendo em vista ausência dos requisitos objetivos e subjetivos do benefício, tudo conforme anteriormente motivado.

72. Em face do disposto no *inciso IV do artigo 387 do CPP*, fixo aos acusados, a título de *reparação dos danos causados à coletividade*, especialmente à saúde pública, para cada um, o *valor mínimo de R\$ 1.130.000,00* (um milhão, cento e trinta mil reais), tendo em vista os motivos supramencionados, com correção a partir do trânsito em julgado.

73. Os acusados poderão *apelar em liberdade*, pois ausentes motivos ensejadores da prisão preventiva, devendo-se *lançar o nome deles no rol dos culpados* após o trânsito em julgado desta sentença, e oficiar à *Justiça Eleitoral* em cumprimento ao artigo 15, III, da Constituição Federal (*suspensão dos direitos políticos – proibição de votar e ser votado enquanto perdurarem os efeitos da condenação*).

74. Tocante a GRACIENE, MARILENE e MARLENE, nestes autos, e MARCIA nos autos desmembrados nº 0009405-97.2015.403.403.6181, após o trânsito em julgado da sentença, arquivem-se.

Custas *ex lege*.

P.R.I.C.

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

Juiz Federal ALI MAZLOUM

AÇÃO PENAL

0005871-78.2012.4.03.6108

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: HEGLER DOS SANTOS VENTURA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP

Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2015

Vistos etc.

Trata-se de ação penal pública incondicionada, desmembrada do feito nº ..., fls. 02, na qual o Ministério Público Federal, a fls. 138/139-verso, denunciou (...),(...),(...)e (...), qualificados a fls. 138/138-verso, como incurso nas penas do artigo 65¹, Lei 9.605/1998 e do artigo 163, parágrafo único, inciso III², CPB, ambos c.c artigo 29³, também do Digesto Repressor, com base nos seguintes fatos : no dia 17 de maio de 2010, na Rua Azarias Leite, 1-75, Centro, em Bauru/SP, (...),(...),(...)e (...), agindo em unidade de desígnios e propósitos, deterioraram uma porta e picharam a fachada do Instituto Nacional do Seguro Social em Bauru/SP.

Ainda de acordo com a vestibular, apurou-se que, no dia 17 de maio de 2010, uma segunda-feira, as funcionárias da Autarquia Federal, Regina Maria Alves Gonzales e Suely Aparecida Eloy, constataram que a porta de acesso ao 7º andar estava quebrada, sendo que na laje desse piso havia várias frases e símbolos pichados em vermelho, além do chão de várias salas do 2º andar estarem manchados de tinta vermelha.

Prossegue a exordial acusatória narrando que, com o início da apuração policial, foram realizadas investigações, restando descoberta, a partir da análise e comparações das frases e símbolos pichados com o banco de dados da Polícia Civil, em Bauru/SP, a autoria delitiva, bem como esclarece o Relatório de fls. 31/38, chegando-se aos acusados.

Apurou-se que os indiciados, mediante escalada externa, adentraram, por uma sacada, no interior do prédio da Autarquia Federal Previdenciária e, passando internamente pelos andares restantes, deteriorando a porta de acesso ao pavimento acima do 7º andar, galgaram a fachada superior onde, com o uso de instrumento para pintura, conhecido como “rolinho”, picharam com tinta toda a extensão da fachada que circunda o edifício, grafando, no local, siglas e símbolos diversos (fls. 31/35 e 72/76).

Consoante o *Parquet*, o Boletim de Ocorrências (nº ...) de fls. 08/09, o Laudo Pericial de fls. 71/76, o Ofício de fls. 24 e as informações policiais acostadas a fls. 30 e 31/35, comprovam

1 Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

2 Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

...

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

3 Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a materialidade das infrações penais narradas.

A exordial acusatória teve por base o Inquérito Policial nº ..., da Delegacia de Polícia Federal em Bauru/SP.

Arrolou o *Parquet* Federal seis testigos, fls. 139-verso.

Recebida foi a vestibular acusatória em 21/03/2012, fls. 156.

Por se tratar de feito desmembrado, este relatório prosseguirá tão-somente no que diz respeito ao aqui investigado (...).

Citado, na Penitenciária II, em Pirajuí/SP, onde, então, encontrava-se recolhido por outro processo, fls. 225, solicitou o réu a nomeação de Dativo Defensor.

Determinado o desmembramento do feito, em relação ao aqui acusado, (...), fls. 226.

Intimada foi a Defensora Dativa, Dra. (...), OAB/SP (...), fls. 273, por este Juízo nomeada a fls. 156.

Apresentada defesa preliminar, fls. 275/279, pleiteou o réu sua sumária absolvição. Não arrolou testemunhas.

Inocorridas as hipóteses do art. 397, CPP, determinou este Juízo a oitiva das testemunhas, fls. 280.

Oitiva dos seis arrolados pelo MPF, a fls. 313/318 e 336/338.

Interrogatório do réu, a fls. 404/406.

Na fase do art. 402, CPP, nada requereram Acusação e Defesa, tendo apresentado, de pronto, suas Alegações Finais, o MPF, a fls. 408/411, pleiteando a condenação, e a Defesa, a fls. 417/420, afirmando inexistência de prova quanto à autoria, pugnando pela absolvição.

Certidões de antecedentes, a fls. 186, 198/203, 216, 222/223, 365, 368/372, 374, 377/378-verso e 435/441.

Certidões de objeto e pé, a fls. 432/433.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

De proêmio, o julgamento da presente está embasado em entendimento exarado pela Suprema Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. FLEXIBILIZAÇÃO. FÉRIAS DO MAGISTRADO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC AUTORIZADA PELO ART. 3º DO CPP. DECISUM COMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja congruente com as provas produzidas sob o crivo do juiz substituído. Precedentes: HC 104.075, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 1º.07.11; HC 107.769, Primeira Turma Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.11.11.

2. O artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente ao Processo Penal, conforme autorização prevista no art. 3º, do CPP, veicula exceção à regra prevista no artigo 399 do mencionado Estatuto Processual Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/08, consistente na possibilidade de o feito ser sentenciado por juiz substituto nas hipóteses de convocação,

licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria do magistrado que presidiu a instrução criminal.

3. *O afastamento do juiz titular por motivo de férias autoriza a prolação da sentença por seu substituto, nos termos do artigo 132 do CPC. Precedentes: HC 112.362, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 18.04.13; e RHC 116.205, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 30.04.13.*

4. “O princípio *pas des nullités sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo (art. 563 do CPP: ‘Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.’) – impede a declaração da nulidade se não demonstrado o prejuízo concreto à parte que suscita o vício” (HC 107.822, Primeira Turma, que de fui Relator, DJ de 08.013.12). No mesmo sentido: HC 103.532, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.10.10; HC 104.648, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 26.11.13; HC 114.512, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 08.11.13).

5. *In casu*, o recorrente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (mês) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo certo que a sentença foi proferida pelo juiz substituto, em razão do gozo de férias do magistrado que presidiu a instrução criminal, e há congruência entre a condenação e as provas colhidas no curso instrução criminal presidida pelo magistrado titular. De resto, não é crível que o Magistrado substituto tenha sentenciado sem conhecimento dos autos.

6. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido, mas desprovido. (RHC 123572, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Em prosseguimento, inarguidas preliminares, adentra-se, de pronto, ao meritório exame.

A materialidade delitiva resta patente no Boletim de Ocorrência (nº 4719/2010), fls. 09/10, no Ofício de fls. 25, nas informações policiais acostadas a fls. 31 e 32/36, bem como no Laudo Pericial de fls. 72/77.

O denunciado confirmou, perante a Autoridade Policial, “ter realizado pichações em prédios na cidade de Bauru, sendo que as pichações que contém a sigla ‘HGR’ são detentoras de sinal de identificação de autoria do declarante”, que em meados de 2010 estava trabalhando e “que pichava muito pouco”, pois “estava mais tranquilo na busca desse status social, praticando muito pouco essa atividade” (fls. 96).

O Relatório de Investigação feito pela Delegacia da Infância e Juventude afirma que todas as características, empregadas nos delitos objeto dos presentes autos, indicam claramente os denunciados como autores, pois as siglas e grafismos ali impregnados os identificam, já que dentre os objetivos dos pichadores está ao de registrar a sua marca e a sua identificação pessoal (fls. 32/39).

Em Juízo, ao ser interrogado, negou o réu os fatos, mas admitiu na adolescência pertenciam ao grupo que costumava pichar diversos prédios pela cidade (fls. 406, 3:37 a 3:50).

Ainda em seu interrogatório, reconheceu a sigla “HGR” (...) referia-se à sua pessoa e a sigla “PRDS” (Pirados) ao grupo ao qual pertencia na época de sua adolescência, tendo alegado, desde 2008, após a divulgação de um vídeo no You Tube, não teria mais pichado, além de confirmar faziam parte do grupo os codenunciados (...) e (...) (6:36 a 11:13 de gravação).

Quanto à pichação do prédio do INSS, (...) afirmou em seu depoimento que não estava presente, mas que sua sigla foi utilizada pelo grupo (não podendo divulgar os nomes dos integrantes), em sinal de respeito e admiração à sua pessoa, deixando claro era conhecido dos

pichadores, tendo, inclusive, cometido pichações por diversas vezes, sempre em bando (12:00 a 16:12 da gravação)

As alegações apresentadas pela Defesa, por sua vez, foram no sentido de afastar a autoria delitiva, afirmando (...) não é o autor dos crimes de dano e pichação, com pedido de absolvição, fls. 275/279.

Ao afirmar que o denunciado encontrava-se, no momento do crime, trabalhando no supermercado Tauste, deixou a Defesa, data vênia, de apresentar provas documentais e/ou testemunhas a tanto. Nenhuma declaração do supermercado, ou cópia da CTPS, nenhum colega de trabalho a depor em seu favor...

Na mesma senda de raciocínio, incabível a tese defensiva de que o r. Laudo de fls. 73/74 fora realizado em local não preservado.

Ora, mais uma vez data vênia, basta à Defensora dirigir-se ao Centro de Bauru e, por si só, visualizar o prédio do INSS, para constatar a existência das pichações neste feito retratadas, por todo o seu entorno.

Em prosseguimento, as testemunhas ouvidas a fls. 318 e 338 corroboram para o deslinde do feito, com a confirmação da materialidade e a revelação de sua autoria.

O Investigador de Polícia Civil Eliseo Correa de Godoy foi enfático em seu depoimento, descrevendo pormenorizadamente a atuação dos grupos de pichadores na cidade de Bauru/SP, pois há anos acompanhava/investigava esse tipo de delito, cometido na maioria das vezes por adolescentes e sempre em grupos (fls. 318)

Relata Eliseo Correa de Godoy que (...) é conhecido na Delegacia da Infância e Juventude (responsável pela investigação desse tipo de delito), porque, por diversas vezes, o denunciado foi identificado como pichador, inclusive foi “pego em flagrante” mais de uma vez, além de ter a peculiaridade de deixar suas marcas em lugares altos.

O Investigador deixou claro não haver dúvidas da participação efetiva do denunciado nos delitos praticados no dia 17/05/2010 no prédio do INSS, pois é característica própria da pichação a autopromoção pessoal do delinquente. A testemunha afirma (fls. 318, 06:40 a 06:55 de gravação):

Um não usa a marca do outro... porque ninguém faz propaganda do outro, pois isso é uma auto propaganda. Cada um tem realmente a sua marca.

Nada crível, portanto, a afirmação do réu, em seu interrogatório, de que suas iniciais HGR foram ali colocadas sem a sua “permissão”, por conta da amizade de que desfruta entre os pichadores de Bauru/SP, fls. 406, a partir dos 11:22 de gravação.

A última foto de fls. 34 e a de fls. 75 deixam patente HGR pertencia ao grupo responsável pela pichação, pois ali sua “assinatura”.

Consolidados os elementos materialidade e autoria, desce-se à dosimetria, nos termos das circunstâncias do art. 59, CPB.

A culpabilidade resplandece ao feito, por todo o cenário de prova nele construído.

Os antecedentes coligidos, fls. 186, 198/203, 216, 222/223, 365, 368/372, 374, 377/378-verso, 432/433 e 435/441 não demonstram condenação específica ao tema em pauta.

A conduta social não vem informada, nada sendo ao feito em robustez conduzido.

Não revelados detalhes de personalidade do agente, nem atinentes a seu comportamento - de fora às inescandíveis condenações por tráfico de drogas, fls. 432, e furto duplamente

qualificado, fls. 433 - os motivos repousam na causa, no sentido do afã por se fazer notar no meio dos pichadores, fazendo inserir sua “assinatura” nos mais altos edifícios desta urbe, conspurcando o visual citadino.

As circunstâncias dos crimes revelam a despreocupação do agente para com o patrimônio público, ante o fato de ter invadido edifício do INSS e, lá no alto, deixado suas marcas com tinta indelével, até hoje visíveis. Tal atitude revela “pouco caso” com o aparato público (INSS), bem assim com o patrimônio público imaterial (visual urbano).

Por igual, as consequências dos crimes, de seu lado, apontam a ocorrência de figuras delituosas mediante as quais têm se dado, dia-a-dia, o crescente enfeio das cidades, tanto quanto a degradação de prédios, sejam eles públicos ou particulares, fruto da audácia de grupos de adolescentes/jovens que deveriam ocupar-se de afazeres profícuos como os escolares e os de trabalho, ainda que como aprendiz.

Por fim, as retratadas consequências dos crimes refletem o caos no qual a urbe naufraga, toda vez que seu patrimônio vem a ser conspurcado, como no caso vertente, deixando mais feia e triste a paisagem urbana.

Dessa forma, em consideração às circunstâncias retro abordadas, bem como devido à gravidade objetiva dos fatos e ao vilipêndio ao patrimônio público, tanto material (inteira fachada do prédio do INSS) quanto imaterial (paisagem urbana), há de se fixar, como pena-base, face aos crimes objetivamente descritos com riqueza de detalhes, em suficiência, artigo 65⁴, Lei 9.605/1998, a sanção, aqui individualizada / específica de um ano de detenção e de trinta dias-multa, cada qual equivalente a um trigésimo do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos (17/05/2010), atualizados monetariamente, tanto quanto de dois anos de detenção e de outros trinta dias-multa, cada qual equivalente a um trigésimo do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos (17/05/2010), atualizados monetariamente, para o crime tipificado no artigo 163, parágrafo único, inciso III⁵ do Digesto Repressor.

Prosseguindo-se com o cálculo das penas, nos termos do art. 68⁶, CP, incorrentes outras hipóteses de atenuantes ou agravantes, tanto quanto ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, a resultar a somatória, consoante o artigo 69⁷, CPB, em três anos de detenção, tanto quanto em 60 (sessenta) dias-multa.

4 Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

5 *Dano*

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

...

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

...

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

6 Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

7 *Concurso material*

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, o regime inicial aberto, para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Entrementes, ante a autorização substituidora, introduzida pela Lei nº 9.714/98, no artigo 44, I, CP, cabível a conversão da reprimenda pessoal, antes imposta, de nove meses de detenção, para o denunciado, por pena restritiva de direitos e multa, esta podendo se exprimir por pena pecuniária (parágrafo primeiro do artigo 45, CP), *constata-se, sim, coerente se imponha ao réu o pagamento da importância* de dois salários mínimos, por meio de depósito em Juízo, em quatro parcelas, iguais, mensais e sucessivas, cada qual equivalente a meio salário-mínimo, com destinação a entidade pública ou privada, com finalidade social, a ser identificada pelo E. Juízo da execução (segunda linha do § 1º, do artigo 45, CP), bem assim à prestação de serviços à comunidade aos finais-de-semana (sábado e domingo) a entidade pública a ser identificada pelo E. Juízo da penal execução, por quatro horas, a cada dia de jornada, a ser cumprida dita imposição (que fruto, recorde-se, de dupla sanção substituidora, firmada consoante última parte do parágrafo 2º do art. 44 CPB), em tempo equivalente à metade da pena privativa de liberdade aqui originariamente fixada, nos termos da última parte do parágrafo 4º do art. 46, do mesmo Estatuto Repressivo, consoante seu parágrafo 3º.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, *JULGO PROCEDENTE* a pretensão punitiva estatal inicialmente deduzida, em função do quê *CONDENO* o réu (...), qualificação a fls. 138-verso, como incurso nos artigos 65, Lei 9.605/1998, e 163, parágrafo único, inciso III, CPB, ambos c.c artigo 29, também do Digesto Repressor, *às penas*, fruto da substituição antes descrita, *pecuniária* de dois salários mínimos, para pagamento mediante depósito, em Juízo, em quatro parcelas, iguais, mensais e sucessivas, cada qual equivalente a meio salário-mínimo, as quais com destinação a entidade pública ou privada, com finalidade social, a ser identificada pelo E. Juízo da execução (segunda linha do § 1º, do artigo 45, CP), e ao pagamento de sessenta dias-multa, cada qual equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente naquele maio/2010, atualizado monetariamente até seu efetivo desembolso, bem assim à *prestação de serviços à comunidade aos finais de semana* (sábado e domingo) a entidade pública a ser identificada pelo E. Juízo da penal execução, por quatro horas, a cada dia de jornada, a ser cumprida dita imposição (que fruto, recorde-se, de dupla sanção substituidora, firmada consoante última parte do parágrafo 2º do art. 44 CPB) em tempo equivalente à metade da pena privativa de liberdade aqui originariamente fixada, nos termos da última parte do parágrafo 4º do art. 46, do mesmo Estatuto Repressivo, consoante seu parágrafo 3º, sem sujeição a custas processuais, fls. 156 (§1º, parte final, do art. 806, CPP).

Arbitrados honorários à Dativa Defensora, Dra. (...), OAB/SP (...), fls. 156, no grau máximo, nos termos do Anexo Único, Tabela I, da Resolução nº 205, de 07 de outubro de 2014, do Conselho da Justiça Federal, para oportuna expedição pagadora.

Traslade-se cópia da presente para o feito do qual houve o desmembramento: nº (...).

Transitado em julgado o presente “decisum”, lance-se o nome do réu no livro de rol dos Culpados (art. 5º, LVII, CF).

Comuniquem-se os órgãos de estatística forense (art. 809, CPP).

Ao SEDI, para anotações.

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO ORDINÁRIA

0006735-83.2012.4.03.6119

Autora: CAMILA MARIA DA SILVA COSTA
Ré: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

1) RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por CAMILA MARIA DA SILVA COSTA em face da ANVISA por meio da qual busca o ressarcimento a título de danos materiais e morais.

A autora narra que, em setembro de 2009, implantou próteses de silicone da marca PIP GEL SILIC TEXT e, após, tomou conhecimento de notícias de inúmeros problemas gerados pela marca em questão. Que ao procurar o médico, foi orientada a realizar troca da prótese mamária.

Em fevereiro de 2012 foi submetida à cirurgia para substituição das próteses mamárias. Que arcou com os custos de ambas as cirurgias, além do dano relativo à decepção e frustração por culpa exclusiva da ré, pois a ANVISA tinha o dever legal de fiscalizar todos os produtos relacionados à saúde que entram no país.

Com a petição inicial, vieram a procuração (fls. 10) e os documentos de fls. 13/32.

Foi deferido o pedido de Justiça Gratuita (fls. 37).

Citada, a ANVISA contestou (fls. 43/63) e juntou os documentos de fls. 64/106. Preliminarmente, defendeu sua ilegitimidade passiva. No mérito pugnou pela improcedência da demanda, aduziu que nunca houve autorização da ANVISA para a comercialização de produto inadequado aos padrões de consumo. Discorreu acerca da competência legal para registro de produtos e dos limites do poder-dever de polícia após o registro do produto. Explicitou quais os meios de vigilância e controle utilizados. Sustentou que não houve omissão da agência reguladora.

Réplica às fls. 109/114.

Despacho saneador às fls. 117/118, reconhecendo a legitimidade passiva da ANVISA com fulcro na Teoria da Asserção.

Agravo retido nos autos (fls. 121/128) interposto pela ANVISA.

Documentos juntados pela autora às fls. 129/143.

Despacho que recebeu o agravo retido às fls. 144.

Contraminuta ao agravo retido apresentado pela autora às fls. 146/148.

É o relatório do necessário. *DECIDO*.

2) FUNDAMENTAÇÃO.

2.1. Preliminar de ilegitimidade passiva

Apesar de entendimento pessoal desta Magistrada em sentido contrário ao decidido às fls. 117/118, a legitimidade passiva da ANVISA já foi analisada e reconhecida por este Juízo, estando tal tema precluso.

Passo ao exame do mérito.

2.2 Mérito

A parte autora direciona contra a ANVISA pedido de indenização por danos ocorridos em razão de conduta ilícita imputável à autarquia que permitiu a comercialização no país das próteses mamárias *Poly Implant Prothese* – PIP GEL SILIC TEXT. Sustenta que a ré autorizou a comercialização antes de efetuar todos os testes necessários do produto.

A responsabilidade civil é fonte de obrigações e significa o dever de ressarcimento por danos causados à determinada pessoa ou ao seu patrimônio.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §6º consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, *in verbis*:

Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva caracteriza-se pela desnecessidade que o lesado tem de comprovar a culpa do agente público causador do dano, bastando a demonstração da conduta comissiva atribuída ao Poder Público, a ocorrência do dano (material e/ou imaterial) e, por fim, a existência de nexo causal (relação de causalidade) entre a conduta estatal (fato administrativo) e o dano suportado pela vítima.

Nos termos da doutrina e jurisprudência majoritárias, a responsabilidade por ato omissivo do Estado é subjetiva, devendo se investigar a culpa (*faute du service*), nas modalidades negligência, imperícia e imprudência, as quais devem se originar no descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.

Entretanto, a responsabilidade por conduta omissiva será objetiva quando oriunda de uma omissão específica. Conforme leciona Cavalieri Filho:

Haverá *omissão específica* quando o Estado estiver na condição de garante (ou guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a *omissão específica* pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. SP: Atlas, 2012., p. 268)

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

2. Quando a inércia administrativa concorrer para a ocorrência do evento danoso, a sua omissão específica gera a responsabilidade civil do Estado. 3. Comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal - requisitos cumulativos geradores da responsabilidade civil do Estado -, rever tal entendimento, firmado no acórdão recorrido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. (AgRg no REsp 1247453/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

Sobre a ANVISA, o art. 2º da Lei 9.782/99 prevê que:

Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária:
[...]

III - normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde.

Conforme previsão do art. 6º da Lei 9.782/99, os deveres atribuídos à ANVISA visam à proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Segundo a Lei nº 6.306/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, o mencionado controle sanitário se dá por meio do registro do produto, momento em que se faz a verificação do atendimento de todas as exigências relacionadas à finalidade dos produtos. *In verbis*:

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

(...)

§ 2º - Excetua-se do disposto no parágrafo anterior a validade do registro e da revalidação do registro dos produtos dietéticos, cujo prazo é de 2 (dois) anos.

§ 3º - O registro será concedido no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data de entrega do requerimento, salvo nos casos de inobservância desta Lei ou de seus regulamentos.

§ 4º - Os atos referentes ao registro e à revalidação do registro somente produzirão efeitos a partir da data da publicação no “Diário Oficial” da União.

§ 5º - A concessão do registro e de sua revalidade, e as análises prévia e de controle, quando for o caso, ficam sujeitas ao pagamento de preços públicos, referido no Art. 82.

§ 6º - A revalidação do registro deverá ser requerida no primeiro semestre do último ano do quinquênio de validade, considerando-se automaticamente revalidado, independentemente de decisão, se não houver sido esta proferida até a data do término daquela.

§ 7º - Será declarada a caducidade do registro do produto cuja revalidação não tenha sido solicitada no prazo referido no § 6º deste artigo.

§ 8º - Não será revalidado o registro do produto que não for industrializado no primeiro período de validade.

§ 9º - Constará obrigatoriamente do registro de que trata este artigo a fórmula da composição do produto, com a indicação dos ingredientes utilizados e respectiva dosagem.

Art. 13 - Qualquer modificação de fórmula, alteração de elementos de composição ou de seus quantitativos, adição, subtração ou inovação introduzida na elaboração do produto, dependerá de autorização prévia e expressa do Ministério da Saúde e será desde logo averbada no registro.

(...)

Art. 15 - O registro dos produtos de que trata esta Lei será negado sempre que não atendidas as condições, as exigências e os procedimentos para tal fim previstos em Lei, regulamento ou instrução do órgão competente.

Como esclarecem os dispositivos acima, após a realização do controle primário da qualidade do produto e com o atendimento de todas as exigências, é concedido o registro, podendo este, a partir daí, ser comercializado em território pátrio.

No caso em tela, as próteses mamárias de silicone da marca *Poly Implant Prothese – PIP*, à época do registro, atendiam todas as exigências legais para sua devida importação e comercialização em território brasileiro.

A AFSSAPS (*Agence Francaise de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé*) apurou que o fabricante das próteses mamárias alterou, de forma clandestina, irregular e ilegal a fórmula do produto adicionando silicone de uso industrial impróprio para uso humano e que não

constava da formulação original do produto.

Com efeito, a ANVISA não foi a responsável pelo fornecimento ou implantação das próteses mamárias adulteradas, *não se pode atribuir à agência reguladora, ora ré, qualquer conduta, comissiva ou omissiva, em relação à importação ou comercialização do produto defeituoso*, pois as investigações realizadas não só no Brasil, mas no país do fabricante (França) demonstraram que as próteses mamárias foram adulteradas por conduta única, clandestina e exclusiva imputável ao fabricante.

Vale notar, conforme documento de fls. 86/106 (Relatório de Implantes Mamários de Silicone – Ações da ANVISA), que em 30/03/2010 a AFSSAPS (*Agence Francaise de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé*) determinou a suspensão da comercialização, distribuição e uso do produto prótese mamária de silicone da fabricante PIP (*Poly Implants Prothese*) em razão do aumento da taxa de ruptura envolvendo os implantes e a utilização de gel de silicone diverso do homologado pela própria agência sanitária francesa.

Em 01/04/2010, após as informações da AFSSAPS, a ANVISA tomou uma série de providências, antes mesmo da ocorrência de reclamações de pacientes que receberam as próteses. As primeiras medidas adotadas pela ré foram: a) a suspensão em todo território brasileiro da comercialização, distribuição, importação e utilização de implantes mamários da marca francesa PIP via Resolução nº 1558/2010, b) publicação do Alerta Sanitário nº 1015 sobre o risco sanitário envolvendo as próteses mamárias da marca PIP, c) publicação no portal da ANVISA noticiando a suspensão das próteses mamárias PIP, d) solicitação à AFSSAPS de informações adicionais à ANVISA, e) contato com a empresa EMI buscando informações relacionadas ao número de próteses importadas, comercializadas, em estoque, etc.

Observa-se que é dever da empresa importadora zelar para que os produtos importados correspondam, rigorosamente, àqueles então registrados no Ministério da Saúde. Assim prevê o art. 148 do Decreto nº 79.094/79, que regulamenta a Lei nº 6.360/76:

Art. 148. A ação de vigilância sanitária implicará também na fiscalização de todo e qualquer produto de que trata este Regulamento, inclusive os dispensados de registro, os estabelecimentos de fabricação, distribuição, armazenamento e venda, e os veículos destinados ao transporte dos produtos, para garantir o cumprimento das respectivas boas práticas e demais exigências da legislação vigente.

§ 1º. As empresas titulares de registro, fabricantes ou importadores, têm a responsabilidade de garantir e zelar pela manutenção da qualidade, segurança e eficácia dos produtos até o consumidor final, a fim de evitar riscos e efeitos adversos à saúde.

§ 2º. A responsabilidade solidária de zelar pela qualidade, segurança e eficácia dos produtos, bem como pelo consumo racional, inclui os demais agentes que atuam desde a produção até o consumo. (Negrito nosso.)

Até a divulgação da informação pela própria AFSSAPS (*Agence Francaise de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé*) não havia nenhum motivo para se suspeitar de possível adulteração das próteses mamárias da marca PIP, as próteses eram comercializadas em diversos países sem que houvesse, à época, qualquer notícia de problemas relacionados ao seu uso.

A partir dos fatos descritos na inicial e do conjunto probatório carreado aos autos, averigua-se que o dano narrado tem origem na comercialização de produto diverso daquele que fora autorizado pela ANVISA, não se podendo imputar à agência reguladora falha no exercício de suas funções ou qualquer outra conduta relacionada à adulteração do produto. A pretensão deveria ter sido direcionada ao fabricante ou importador, ou seja, ao responsável

pela comercialização de produto diverso do registrado na ANVISA.

Nesse sentido têm se inclinado as Cortes Regionais Federais, como se visualiza dos precedentes abaixo colacionados:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRÓTESES MAMÁRIAS. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANVISA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA ANVISA. COMPOSIÇÃO FRAUDADA, DE FORMA EXCLUSIVA E IRREGULAR, PELO FABRICANTE. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. EXCLUSÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS DO FEITO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. 1. A parte autora, ora apelante, ajuizou ação ordinária em face da UNIÃO FEDERAL, da AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA, da EMI IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA e da TÜV RHEINLAND DO BRASIL LTDA, objetivando o pagamento de indenizações, a título de danos materiais e morais, em razão de a prótese mamária da marca francesa “Poly Implants Prothese - PIP” ter sido reconhecida como imprópria para o uso humano. (...) 14. *Após concedido o registro da prótese mamária - que, neste momento, cumpria com os requisitos legais para sua importação e comercialização- o fabricante, de forma exclusiva, irregular e clandestina, alterou a fórmula do produto, incluindo silicone industrial, componente não previsto originalmente e impróprio para o uso humano.* 15. *Não se pode atribuir à ANVISA qualquer conduta em relação ao produto defeituoso, uma vez que as próteses foram adulteradas por conduta exclusivamente imputável ao fabricante e à revelia das autoridades sanitárias.* 16. Agravos retidos não conhecidos. Exclusão das empresas EMI IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA e TÜV RHEINLAND DO BRASIL LTDA. Recurso de apelação desprovido. (TRF2 0003158-49.2013.4.02.5001 (TRF2 2013.50.01.003158-5) 5ª TURMA ESPECIALIZADA Data de disponibilização 13/05/2015 Relator ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES) Negrito nosso.

ADMINISTRATIVO. PRÓTESE MAMÁRIA PIP COM DEFEITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS. ANVISA - ILEGITIMIDADE PASSIVA. A ANVISA *controla o registro do produto quanto ao cumprimento dos requisitos legais para sua importação e comercialização e após este processo, não responde por eventuais alterações ou defeitos decorrentes da conduta exclusiva do fabricante.* Por tal razão não é parte legítima para responder por eventuais danos causados pelas próteses mamárias adquiridas da empresa EMI. (TRF4, AC 5002127-52.2012.404.7113, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 12/08/2015) Negrito nosso.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. PRÓTESE MAMÁRIA DA MARCA PIP. ALTERAÇÃO NA FÓRMULA APÓS A CONCESSÃO DO REGISTRO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA ANVISA. Apelação desprovida. (TRF4, AC 5003720-12.2013.404.7104, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 11/12/2014)

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANVISA. PRÓTESE MAMÁRIA. Analisada detidamente a situação jurídico-fática dos autos, proferi decisão cujos fundamentos não são afastados pelas razões da agravante. A parte não traz qualquer dado novo para modificar a posição adotada. A ANVISA *não responde por eventuais danos causados pelo uso da prótese mamária, decorrentes da conduta exclusiva do fabricante, que unilateralmente alterou a composição do produto, a revelia da autarquia ré.* (TRF4 5020030-02.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 01/02/2013) Negrito nosso.

Diante dessas considerações, não havendo qualquer conduta ilícita comissiva ou omissiva imputável à ANVISA, os pedidos merecem julgamento de improcedência.

3) *DISPOSITIVO*

Ante o exposto, *julgo IMPROCEDENTES os pedidos*, e resolvo o mérito do processo, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno a autora no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, considerando a natureza da demanda, o valor atribuído à causa e a ausência de produção das provas pericial e testemunhal, na forma do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Suspensa a exigibilidade em razão do benefício da Gratuidade da Justiça, o que isenta a parte-autora do pagamento de custas.

Após o trânsito em julgado desta sentença, arquivem-se os autos, com as cautelas de estilo.

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

Guarulhos/SP, 31 de agosto de 2015.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

AÇÃO ORDINÁRIA

0001229-28.2013.4.03.6108

Autor: DIEGO ANTONIO AMARAL

Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS-DIRETORIA REG SP INTERIOR

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

Juiz Federal: JOAQUIM E. ALVES PINTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2015

DIEGO ANTÔNIO DO AMARAL propõe esta ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, objetivando determinar que a empresa estatal, proceda à contratação do Autor, bem como o pagamento de toda a remuneração desde o período em que poderia estar investido no emprego e indenização por danos morais.

Alega que foi aprovado em todas as fases do concurso público para provimento do cargo de Agente de Correios (Edital nº 11/2011), mas injustamente desclassificado no exame médico pré-admissional, pela presença dos seguintes problemas: acentuação da lordose lombar, acômio retos (tipo I), halux valgus, incipiente alterações degenerativas, redução dos espaços articulares metatarsos-falangeanos dos halux (f. 04). Juntou procuração e documentos.

A decisão de f. 68/70 concedeu os benefícios da justiça gratuita, deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que a ECT reservasse vaga (constante do edital nº 11/2011) à parte autora, até o julgamento desta demanda. Ordenou ainda a realização de perícia médica, indicando, para tanto, os quesitos específicos do juízo.

Citada (f. 73/74), a ECT ofereceu contestação, na qual alegou a legalidade do ato que eliminou a parte autora do certame, visto que em consonância com o edital do concurso e para atender aos termos do Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO 2012 da ECT (f. 93/96) e do Manual de Pessoal - MAMPES da ECT (f. 96/101). Enfatizou que “o Autor foi considerado inapto devido às referidas alterações patológicas apresentadas no exame radiológico de acordo com critérios utilizados para evitar o agravamento de alterações e/ou doenças pré existentes (sic) face aos riscos ergonômicos decorrentes do exercício das funções inerentes ao cargo”. Na mesma oportunidade, noticiou ter impetrado Agravo de Instrumento. Juntou procuração e documentos.

Laudo pericial acostado às f. 237/242 com complementação às f. 254. Manifestação da parte autora às f. 243/246 e 265/266 e da ECT à f. 249/251 e 262/264.

Foi então deferida nova perícia, cujo laudo veio aos autos às f. 276/282, com manifestação das partes às f. 284/289 e 290/292.

É o relatório. DECIDO.

Antes, porém de adentrarmos ao mérito propriamente dito, cabe uma palavra sobre a avaliação clínica elaborada pela médica do trabalho que examinou o Autor por ocasião do certame.

Na cópia do Atestado de Saúde Ocupacional (f. 30) e no telegrama comunicando ao Autor sua eliminação do certame (f. 32) não há nenhuma justificativa da inaptidão do candidato-Autor para o exercício da função de Carteiro. Constou de referido formulário, tão-só, a marcação de um “X” no item em que indicava o candidato como “Inapto” e no item “Riscos Ocupacionais – Ergonômico”.

Não há no formulário em questão quaisquer observações e fundamentação para a conclusão médica e, só por essa falta de motivação já seria possível anular a desclassificação do Autor, pois ninguém pode ser privado de um direito – sobretudo em concurso público – sem uma decisão minimamente fundamentada.

Poderia e deveria a comissão de concurso ter esclarecido o porquê da desclassificação no momento de sua comunicação (telegrama de f. 32), mas também não o fez. Logo, a decisão de exclusão do candidato é nula por falta de fundamentação.

Não desconheço o documento de f. 118, mas, como se observa de seu direcionamento (GJUR 03 SPI/DEJUR, Ref.: Processo 0001229-28.2013.403.6108 da 1ª VF de Bauru/SP, Reclamante: Diego Antônio do Amaral), até para a defesa processual da Empresa, foi necessária uma complementação das informações que deveriam constar dos documentos referidos no parágrafo anterior.

Vamos ao cerne da questão deduzida.

Quanto ao mérito, destaco, inicialmente, que a matéria central deste feito não diz respeito à legalidade do edital ou à legalidade da regra que previu a realização de exame médico admissional, nem se discute o teor do resultado clínico do exame médico perfeito.

A lide versa sobre a legalidade do ato administrativo de exclusão do Autor, que foi considerado inapto para o exercício das atribuições do cargo diante da constatação de afecções ortopédicas no Autor (“Pés planos, geno valgus/varo, hállux valgus/varo” – f. 118).

Antes de adentrar o exame da causa, relembro acerca da pacífica jurisprudência de nossos Tribunais Superiores no sentido de que o edital, por ser a “lei do concurso”, vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos, que devem observar as regras estabelecidas para o certame. Nesse sentido, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça: RMS 21.467/RS, Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 12/6/06; e AgRg no REsp 1.201.478/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 22/2/11.

O Edital nº 11/2011, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, na parte que interessa ao caso em julgamento, prevê a seguinte regra:

19. DA CONVOCAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO DOS(AS) CANDIDATOS(AS) APROVADOS(AS)
(...)

19.5. O(A) candidato(a) aprovado(a) e convocado(a) para contratação será encaminhado(a) para realização de exame médico pré-admissional, de acordo com norma específica da Empresa, composto por exame clínico e exames complementares, de caráter obrigatório e eliminatório.

Já no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO da empresa, aprovado no ano de 2012, está consignado que:

CRITÉRIOS DE INAPTIDÃO

Deverão ser observados com a finalidade de evitar o agravamento de alterações e/ou doenças pré-existentes, conforme orientações constantes no MANPES.

Serão considerados inaptos dos candidatos que estiverem, dentre outras, em uma das situações elencadas a seguir. Estas situações estão contidas no Edital do Concurso Público, portanto, de conhecimento dos candidatos.

CARGOS: AGENTE DE CORREIOS – ATIVIDADES

CARTEIRO

OPERADOR DE TRIAGEM E TRANSBORDO

ATENDENTE COMERCIAL

1 ORTOPEDIA E REUMATOLOGIA

- 1.1 Sequela de fratura de membro superior e/ou de membro inferior;
- 1.2 Sequela de fratura da coluna vertebral em qualquer nível;
- 1.3 Luxação recorrente de ombro;
- 1.4 Deformidade congênita ou adquirida, em membros superiores, que comprometam a função a amplitude articular e/ou a função de pinça, de uma ou ambas as mãos;
- 1.4.1 Deformidade congênita ou adquirida, em membros inferiores, que impeçam a deambulação normal e/ou comprometam a amplitude articular e/ou ocasionam assimetria entre os membros, com conseqüente báscula de bacia;
- 1.4.2 Deformidade congênita ou adquirida, em coluna vertebral que comprometa a amplitude articular e/ou a deambulação e/ou ocasione assimetria entre os membros, com conseqüente báscula de bacia;
- 1.5 Ausência parciais ou totais de membros, congênita ou adquirida, que prejudiquem a função;
- 1.6 Patologia da coluna vertebral que comprometa a manutenção da postura correta:
 - a) Cifose e escoliose com desvio acima de 15 graus,
 - b) Aumento acentuado da lordose lombar,
 - c) Spina bífida,
 - d) Costela cervical,
 - e) Hérnia de disco,
 - f) Mega apófises transversas,
 - g) Patologias degenerativas,
 - h) Espondilolises,
 - i) Espondililistesses,
 - j) Redução de espaços discais,
 - k) Nódulos de Schmorl;
- 1.7 Esporão do calcâneo/escafoide acessório;
- 1.8 Pés planos, geno valgus/varo, hállex valgus/varo;
- 1.9 Calosidade e hiperqueratose plantar moderada ou grave;
- 1.10 Tendinite ou tenossinovite;
- 1.11 Doenças reumáticas crônicas (artrite reumatóide, espondilite anquilosante, lúpus eritematoso sistêmico e gota);
- 1.12 Outras patologias ortopédicas ou reumatológicas, consideradas incapacitantes para a função.

De acordo com a regra do PCMSO de 2012 “o exame admissional será realizado com ênfase às exigências do cargo, objetivando a conclusão sobre a aptidão ou não do candidato” (f. 140), do que, se pode concluir que referida situação ou patologia deverá ser incompatível com as atribuições do cargo ao qual estiver concorrendo ou ser considerada incapacitante para a função.

Em sua contestação, a ECT consignou que o autor foi considerado inapto para o exercício das atribuições do cargo de Agente de Correios diante da constatação de pés planos, geno valgus/varo, hállex valgus/varo (f. 118). Sustentou, ainda, que as patologias das quais o Autor é portador estão previstas no PCMSO 2012, o que motiva sua inabilitação e que a razão pela qual foi ele considerado inapto pelo exame médico de admissibilidade decorre do fato de as atividades inerentes ao cargo de Agente de Correios ☐ Carteiro contribuírem diretamente para o agravamento dessas enfermidades.

Vê-se, portanto, que o ato administrativo praticado pela ECT, que considerou o autor inapto para o exercício do cargo de Carteiro, foi além da regra prevista no Edital e no PCMSO 2012, que não apenas exigiam a presença de determinada situação ou patologia, mas também que esta fosse incompatível com exercício das atribuições do cargo ao qual estivesse concor-

rendo ou que tornasse o Autor incapaz para a função.

O ato administrativo que considerou o Autor inapto, de acordo com a própria defesa da ECT, fundamentou-se no fato de as atividades inerentes ao cargo concorrido contribuírem diretamente para o agravamento das suas enfermidades e não em razão de as patologias apresentadas pelo Autor serem incompatíveis com o exercício das atribuições do referido cargo, ou, ainda, que as patologias tenham incapacitado o Autor para a função.

Cito as palavras da Ré, às f. 104: “visou-se [com o exame pré-admissional] à preservação da integridade física do autor, ou seja, evitar o agravamento com as atividades inerentes ao Cargo de Carteiro, muito embora a patologia detectada nos exames não esteja apresentando sintomas no momento”. (grifamos)

E baseado nisto, não há como se impedir a contratação do Autor por mera possibilidade incerta de agravamento e incapacidade futura para o exercício da função. Neste sentido, destaco o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). CARTEIRO. EXAME PRÉ-ADMISSIONAL. CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO. LAUDO PERICIAL. CONCLUSÃO PELA APTIDÃO PARA O CARGO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O edital do concurso público para o cargo de Agente de Correios Distribuição e Coleta (Carteiro) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT não veda a admissão de candidatos portadores de determinadas patologias, mas tão-somente daqueles em que seja constatado “que o comprometimento seja incompatível com as atribuições do cargo o qual estiver concorrendo” e que sejam consideradas incapacitantes para a função. 2. O fato de o edital do concurso fazer lei entre as partes e de ser editado de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa não o torna imune à apreciação do Judiciário, sob pena de a discricionariedade administrativa transmutar-se em arbitrariedade da Administração. 3. Tendo presente que o escopo essencial do concurso é a seleção de candidatos mais bem qualificados para o cargo, a perícia médica judicial constatou que alteração ortopédica que o autor apresenta (geno varo em grau leve) não o impede de exercer a função de Carteiro. 4. Ilegal a pretensão da Administração de impedir a posse de candidato no cargo para o qual logrou aprovação em concurso público com base em mera possibilidade de evolução da doença. 5. O evento futuro e incerto não pode ser invocado como obstáculo ao legítimo exercício do cargo público almejado pelo demandante. O que deve ser considerado no exame pré-admissional é a aptidão atual, a qual restou comprovada pela prova pericial médica produzida nos autos. 6. O arbitramento da verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (R\$ 50.000,00) revela-se excessivo e contraria a regra prevista no § 4º do art. 20 do CPC, razão pela qual deve ser reduzida para a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), considerando o baixo grau de complexidade da matéria. 7. Remessa oficial e apelação da ECT parcialmente providas. (TRF1 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 00043170720094013801 - Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES - QUINTA TURMA - e-DJF1 DATA:14/10/2014 PAGINA:410)

A primeira perícia médica realizada neste processo - laudo de f. 237/242 e de f. 254/255 atestou o estado de capacidade do autor para o exercício do cargo de Agente de Correios carteiro (f. 240, quesito 2 e f. 254). O Perito expressamente afirma que não foi constatada, durante o exame clínico, a existência de halux valgus (f. 239 último parágrafo e f. 240).

A segunda perícia (f. 276/282), já de início, firmou que o “autor de 30 anos tem halux valgo e osteoartrose incipiente. Não incapacitantes”. E enfatizou, em sequência, que “acredita este perito que não existe doença incapacitante para a função habitual e todas as outras já

desempenhadas pelo autor”. Classificou ainda o halux valgo bilateral que o autor possui como “leve” (f. 277 e 280).

Resta, portanto, caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela ECT, tendo em vista que violou as regras do Edital 11/2011 e das normas do PCMSO 2012 ao considerar o autor inapto para o exercício das funções do cargo de Agente de Correios - Carteiro com base apenas na presença de determinadas patologias que, de acordo com o laudo pericial, não são consideradas incapacitantes.

Quanto ao pleito de recebimento das remunerações que teria direito se houvesse sua posse em momento anterior, evoco o entendimento declinado pelo E. STF no RE 724.347, cuja recentíssima decisão com repercussão geral colaciono abaixo:

O Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, apreciando a tese 671 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando-se a tese de que, na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante. Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando do Congresso Internacional “Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos”, realizado em Barcelona, Espanha. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 26.02.2015.

Com base nestas premissas, não vislumbro no caso em mesa qualquer “situação de arbitrariedade flagrante”, visto que, em que pese discordar da decisão médica administrativa proferida em face do Autor, observo que a Perita signatária do ASO de f. 30, ateve-se às determinações do PCMSO de 2012 (f. 134 e ss), que, a princípio não pode ser declarado arbitrário, pois, consonante com as políticas de contratação de mercado.

O que ocorre, porém, neste específico evento, é a falta de proporcionalidade e razoabilidade da aplicação das normas da ECT, o que por si só não caracteriza o PCMSO como arbitrário.

Não bastasse este argumento, na mesma decisão, o Supremo Tribunal Federal, pontua ainda que “o pagamento de remuneração a servidor público e o reconhecimento de efeitos funcionais pressuporia efetivo exercício do cargo, o que não ocorreria, sob pena de enriquecimento sem causa” (Informativo nº 775).

Nesta esteira, tenho por bem julgar improcedente o pedido de recebimento da “remuneração do autor desde o período em que poderia estar investido no emprego público no cargo de Agente de Correios” (f. 23).

Quanto ao dano moral pleiteado, impõe reconhecer que, ao eliminar o Autor do certame, a Autoridade Administrativa se louvou no parecer do servidor médico, o qual, como visto, constatou que o Autor possuía patologia ortopédica, e que, conforme orientação interna (PCMSO 2012), ela o tornaria INAPTO para o cargo a que se candidatara (Carteiro).

A presença da enfermidade do Autor, foi, inclusive, atestada também pelo perito judicial, tal qual se vê no laudo de f. 276/282.

Não se olvide de que a circunstância de o médico da ECT errar o diagnóstico não leva, necessariamente, ao dever de indenizar, visto que o diagnóstico está inserido num campo vasto do conhecimento e é, portanto, valorativo e carregado de um elevado nível de aprecia-

ção subjetiva, só existindo a responsabilidade, à minha ótica, se provada a culpa grave (por negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo do profissional médico.

Isso porque um equívoco de diagnóstico não se constitui em uma ação, mas, sim, em uma omissão ou deficiência na prestação de serviço público. O médico não pratica uma ação indevida, mas, em realidade, deixa de realizar uma apreciação acertada: ele omite-se de prestar serviço com uma determinada qualidade, isto é, de diagnosticar corretamente uma determinada doença.

Não ignoro que a responsabilidade estatal é objetiva (CF, art. 37, § 6º). De fato, a responsabilidade civil do Estado – aí se incluindo, obviamente, suas autarquias e empresas públicas – prevista na Constituição Federal de 1988, é objetiva, dê-se que se trate de ações de seus agentes, quando tais ações causem danos a terceiros, conforme estatui o § 6º, do art. 37, *verbis*:

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

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

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

Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é quantum satis para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em favor dos administrados. Em verdade, cumpre reiterar, *a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quanto o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou de modo insuficiente.* (...) Quer parecer, contudo, que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º da Constituição Federal (se a atividade da qual decorreu o gravame for lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude da *faute du service*).

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

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

que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

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

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

Em síntese, quanto à responsabilidade do Estado prevalecem no direito pátrio tanto a responsabilidade objetiva (nos casos de ações danosas) quanto a subjetiva (na hipótese de omissão ao dever legal de evitar o dano ou na *faute de service*). E como considero que a avaliação médica equivocada é uma espécie de omissão administrativa na prestação de serviço (em termos qualitativos), haveria a parte ativa, então, de provar a culpa grave ou o dolo do agente (médico) da Administração, e, como isso não foi realizado, o pedido de indenização por danos morais é improcedente.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para anular o ato administrativo emitido pela ECT que considerou o autor inapto para o exercício do cargo Agente de Correios - Carteiro, devendo a ECT nomear e dar posse ao autor, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos pelo Edital.

Presentes os seus pressupostos - assim a verossimilhança das alegações, consoante os fundamentos exarados nesta sentença, e também o risco de dano irreparável, na medida em que a parte autora está privada do exercício de um cargo público e, por consequência, também privada da correspondente remuneração - , *defiro a antecipação dos efeitos da tutela* para determinar a contratação do Autor, no prazo de dez dias a contar da intimação desta sentença, sob pena de multa no valor de R\$1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso, em favor do Demandante.

Condeno a ré em honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa. Custas “ex legis”.

Comunique-se ao I. Relator do Agravo de Instrumento noticiado à f. 194.

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

Bauru, 16 de novembro de 2015.

Juiz Federal JOAQUIM E. ALVES PINTO

AÇÃO ORDINÁRIA

0009058-88.2013.4.03.6131

Autores: ANA CAROLINA FREITAS PALOMBARINI E OUTROS

Rés: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e SUL AMÉRICA - CIA. NACIONAL DE SEGUROS

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/09/2015

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de indenização, em que se pretende a reparação civil por danos materiais e morais, decorrente da existência de vícios construtivos no imóvel adquirido pelos autores mediante mútuo financeiro concedido pela primeira ré. Sustentam os requerentes que tiveram de contratar seguro, com a segunda, como condição para efetivar a contratação. Descrevem a ocorrência de inúmeros vícios nos imóveis objetos da pactuação, e pedem a condenação das rés em quantia mínima necessária à reparação de todos os danos suportados para a reforma ou reconstrução do imóvel, bem assim danos morais correspondentes. Juntam documentos às fls. 30/628.

Inicialmente distribuída a ação perante a Justiça Estadual – Comarca de Botucatu, o feito foi remetido a esta 31ª Subseção Judiciária Federal por meio da decisão de 704/706. O feito foi aqui recebido por meio da decisão de fls. 715.

Contestações às fls. 719/743 e 815/880 (com documentos às fls. 744/802, por parte da CEF e fls. 919, por parte da SUL AMÉRICA), em que se articulam, em preliminares, as ilegitimidades ativas dos autores, as suas respectivas ilegitimidades passivas e ausência de interesse processual. Deduzem requerimento de litisconsórcio passivo com a União Federal, denúncia da lide à EMGEA/ Caixa-Bauru, Cohab/ Bauru e empresa construtora do imóvel, e, quanto ao mérito, objeção preliminar de prescrição, e quanto ao mais, batem-se pela inexistência de provas dos danos materiais e/ ou morais.

Feito saneado por meio da decisão de fls. 935/943. Esta decisão foi arrostada por recurso de agravo, manejado sob a forma retida, conforme fls. 949/959. O recurso foi regularmente processado, com apresentação de contra-minuta pelos agravados às fls. 973/976.

Realizada prova de natureza técnica de engenharia para avaliação dos imóveis objeto da lide, sobreveio laudo técnico, subscrito por profissional da área, acostado às fls. 984/1062. Manifestações das partes sobre o laudo às fls. 1068/1073 (autores) e fls. 1074/1156 e 1157/1164 (rés).

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Naquilo que diz com as matérias preliminares e objeções processuais suscitadas pelas rés, insta observar que o feito se encontra devidamente saneado, havendo as matérias relativas sido devidamente abordadas por ocasião da prolação daquela decisão, a cuja leitura se remetem os

interessados (fls. 935/943). Insta observar, outrossim, que a decisão aí em causa foi arrostada por recurso de agravo, sob a modalidade retido, movimentado pela co-ré SULAMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS (fls. 945/ 959), recurso esse que foi devidamente processado com a oferta de contra-minuta pelos agravados às fls. 973/976.

Com tais considerações, cumpre, a partir de agora, passar ao julgamento do tema de fundo da demanda aqui em apreço.

A ação se mostra, de fato, *procedente*.

Análise das conclusões do minudente e substancioso laudo pericial colacionado aos autos dá conta de que o imóvel aqui em testilha apresenta danos físicos decorrentes de vícios de construção. Verbis (fls. 1058-vº):

(...) ressalta-se que os imóveis de propriedade dos referidos autores, encontram-se em visual processo de deterioração, provenientes de uma série de anomalias, que promovem uma profusão de danos generalizados à edificação.

A celeridade do processo degenerativo pode ser o produto de uma combinação de anomalias congênitas, principalmente, provenientes da fundação, da alvenaria e da cobertura das unidades isoladas. (g.n.).

Mais especificamente no que diz respeito à etiologia dos vícios apresentados pelas construções vistoriadas pelo expert judicial, conclui o laudo que, *verbis*:

As falhas verificadas e analisadas não são oriundas da omissão de manutenção e/ ou conservação; reformas e/ ou ampliações e pequenas intervenções, e sim, provenientes de vícios e defeitos construtivos, inobservância de memorial descritivo, falha e ausência de projetos, a margem das Normas Técnicas, materiais inadequados e má execução dos serviços, adicionados à negligência da fiscalização de responsabilidade do empreendedor.

Ressalva-se que, se mantido este cenário, dos imóveis em tela, há riscos iminentes à integridade física e de vida aos moradores e usuários a qualquer tempo, mesmo com a intervenção por “Auto Gestão” por parte dos mutuários. (g.n.).

Mais do que isso, foi capaz o laudo pericial de especificar, com a acuidade necessária a subsidiar um decreto condenatório, a precisa extensão dos danos experimentados pelos mutuários específicos, conforme se colhe da tabela de individualização dos valores totais para reparos nos imóveis aqui em apreço (fls. 1058vº). Com efeito, colhe-se que os valores individualizados, por autor, dos danos experimentados pelas respectivas edificações, neles já incluídos os custos relativos aos benefícios de despesas indiretas (BDI) são os seguintes:

TABELA A – VALORES TOTAIS/ MUTUÁRIO

	Mutuário	Valores Totais (em R\$)
	ANA CAROLINA DE FREITAS PALOMBARINI	14.094,51
	CARLOS ROBERTO SERAFIM GEA	16.282,15
	CLARO ZAMBONI	14.049,09
	CALUDINEI PEREIRA DA CONCEIÇÃO	16.645,82
	FLÁVIO JOSÉ LUCIANO	17.536,11
	GENIVAL MARQUES	13.162,62
	IDVALDO VICENTE SARTORELLI	13.162,62
	IVONE APARECIDA RAFAEL	15.371,09
	JOÃO CARLOS DE JESUS FREITAS	16.464,30
	JOÃO SÉRGIO SBRUNHERA	17.536,11
	JOSÉ CARLOS MARTINS	12.071,50
	JOSÉ MANOEL RODRIGUES	17.373,61
	JOSÉ MARIA JANA	14.125,47
	JOSÉ RAIMUNDO VIEIRA	14.032,58
	JOSUÉ RODRIGUES	16.047,48
	LUIZ HENRIQUE SBRUGNARA	17.952,93
	MARIA DE JESUS FELIX	14.282,50
	NILSON APARECIDO DOS SANTOS	16.340,19
	OSWALDO MENDES	17.315,73
	RENATO DANIEL DA COSTA	17.357,48

Neste particular, observe-se que a realização do laudo pericial aqui sub exame deu-se em ambiente de contraditório pleno, franqueando-se às partes não somente o direito ao acompanhamento da perícia técnica aqui realizada, bem como a ampla análise da prova, tanto que as rés juntaram aos autos pareceres de assistentes técnicos. Nada obstante, as críticas constantes dos laudos parciais não foram capazes de infirmar as conclusões do exame pericial aqui realizado, ou apontar qualquer inconsistência ou contradição que indicasse a necessidade de repetição da prova. Veja-se, nesse particular, que a imprecisão dirigida ao laudo oficial pela peça que está acostada às fls. 1075/1156, procura, v.g., denunciar a existência, nalguns dos imóveis vistoriados, de expansões, melhorias ou alterações em relação ao projeto original da unidade habitacional, mas não faz qualquer correlação entre os danos apontados no laudo oficial e as supostas obras de adequação/ alteração levadas a cabo pelos titulares das unidades autônomas. Aliás, a acurada análise das conclusões do laudo técnico dá conta de que eventuais obras ou as alterações de pequeno porte efetivadas por alguns dos co-autores aqui em questão não tem absolutamente nenhuma relação com a natureza dos danos constatados nos imóveis vistoriados em causa.

O mesmo se diga, com relação às críticas que foram tecidas à atribuição, pelo Sr. Perito Judicial, dos valores necessários à reparação ou recuperação dos imóveis objeto da lide em que, a despeito de instilar dúvidas acerca do orçamento apresentado pelo expert judicial, não indica porque ou em quê se verificaria o excesso praticado na operação atributiva de valor, e qual seria – então – o valor mais consentâneo com a realidade do mercado (confrontar, nesse sentido, impugnação aos valores apresentados em relação ao imóvel nº 4 – CLAUDINEI PEREIRA DA CONCEIÇÃO, fls. 1099/1101).

Daí porque, de se concluir que as divergências apresentadas pelas rés ao laudo aqui em destaque não se baseiam em nenhum elemento objetivo, e suas conclusões refletem muito mais o inconformismo pessoal dos respectivos profissionais que as subscrevem com o resultado contrário às suas expectativas, do que convencem de qualquer inconsistência ou incoerência das conclusões apresentadas pelo MD vistor judicial.

Daí, presentes tais considerações, advém a irrefutável conclusão de que está, a partir das conclusões do expert judicial, peremptoriamente *afirmado o nexo de causalidade entre os danos experimentados pelos imóveis objeto de estudo e a edificação original* (incluído o projeto) de responsabilidade das rés, a disparar o dever de indenizar.

É *procedente*, portanto, a pretensão reparatória deduzida na inicial.

DA MULTA DECENDIAL. PRECEDENTES.

A multa decendial, é devida, não resta dúvida, uma vez que plenamente caracterizada a mora no pagamento da indenização correspondente. No caso, mais do que mora, houve a negativa total de cobertura da obrigação segurada, razão pela qual não se questiona da incidência da estereotipada cláusula contratual securitária. Observe-se, quanto ao ponto, que a cláusula decendial é típica dos contratos de seguro de dano, nada havendo que a possa caracterizar por excessivamente onerosa ou leonina em desfavor do segurador, até porque prevista em contrato securitário pactuado, como se sabe, na forma de adesão, de forma que a sua interpretação deve, em qualquer caso, ser mais benéfica à parte aderente. Observe-se, outrossim, que esta multa, estipulada ao patamar de 2% por vencimento do decêndio (Cláusula 17.3 do contrato-padrão), fica limitada ao máximo do valor da indenização concedida em favor de cada um dos segurados favorecidos com a indenização, conforme dispõe o *art. 412 do CC*. O cômputo desta multa terá fluência a contar do 30º (trigésimo) dia a partir da data da citação da empresa seguradora para os termos da presente ação (*art. 219, caput, do CPC*), nos termos de iterativa e indissolvente jurisprudência. Nesse sentido, posição do C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO E SEGURO HABITACIONAL. DANOS CAUSADOS POR VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. LITISCONSÓRCIO COM A CEF. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REVISÃO DAS PROVAS E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS Nº 5 E 7 DO STJ. MULTA DECENDIAL. CABIMENTO. LIMITAÇÃO. SÚMULA Nº 83/STJ. INOVAÇÃO. NÃO CABIMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. CESSÃO DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO.

(...)

3. É devida a multa decendial prevista em contrato quando houver atraso no pagamento da indenização securitária, ficando limitada ao valor da obrigação principal. Incidência da Súmula nº 83 do STJ

(...) (g.n.).

(AGARESP 201103130521, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 25/02/2014)

No mesmo sentido, precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÚTUO HABITACIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. PRÉDIO COM RISCO DE DESMORONAMENTO. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO EVIDENCIADOS EM LAUDO JUDICIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. AGENTE FINANCEIRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

COM A CAIXA SEGURADORA S/A, PELA SOLIDEZ DO IMÓVEL. COBERTURA SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECUPERAÇÃO DO PRÉDIO SINISTRADO. MULTA DECENDIAL. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.

(...)

24. Para o cumprimento da obrigação de fazer, em havendo solidariedade entre as Rés, decidida nestes autos pelo STJ (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.061.396-PE), não há que se distinguir as responsabilidades pelo ramo das apólices, em virtude da multiplicitude das situações jurídicas dos Autores no tocante à forma de aquisição das unidades habitacionais, merecendo reforma a sentença neste aspecto.

25. Quanto à multa decendial, é devida ao mutuário, em função do atraso no pagamento da indenização objeto do seguro obrigatório, nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, dado o caráter acessório que ostenta em relação à indenização securitária e deve estar limitada ao valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil de 1916) (AgRg no AREsp nº 377.520/SC, STJ, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, DJe 4/11/13).

26. A referida multa, expressamente prevista na Cláusula 17.3 das Condições Especiais da apólice securitária (RD nº 18/77), tem caráter coercitivo, de sorte a compelir as seguradoras a cumprirem, em tempo razoável, as suas obrigações contratuais, do contrário sujeitam-se ao pagamento da multa decendial de 2% - para cada dez dias de atraso no cumprimento da obrigação - não podendo, contudo, seu valor ultrapassar o da indenização propriamente dita, atualizada monetariamente e acrescida dos juros legais, nos termos do art. 412 do CC, e desde que inadimplente a partir do 60º dia, contados do recebimento do aviso de sinistro.

27. No tocante ao argumento de que a multa decendial deixou de ser prevista nas apólices do SH/SFH sucessivamente aprovadas a partir de 1995, razão pela qual ela deveria ser afastada no caso concreto, não merece prosperar, tendo em vista que a apólice habitacional que rege os contratos dos Autores é a RD nº 18/77, acostada à inicial, que vigia nas datas dos financiamentos dos imóveis (que remontam a 1988); portanto, é a aplicável ao caso, e que prevê a multa decendial, não podendo as apólices posteriores retroagirem para prejudicar os Autores. Multa decendial devida a todos os Autores, e não apenas aos que comunicaram efetivamente a existência do sinistro e solicitado o pagamento do seguro. Reforma da sentença neste ponto.

(...)

32. Apelação dos Autores provida, em parte, para declarar a responsabilidade solidária das Rés para o cumprimento da obrigação de fazer, sem distinção pelo ramo das apólices, para reconhecer ser a multa decendial devida a todos os Autores, e para majorar a verba honorária para 10% sobre o valor da reforma/obra aprovada na liquidação de sentença; Apelação da Caixa Seguradora S/A provida, em parte, para determinar que o montante apurado a título de multa decendial não ultrapasse o valor da obrigação principal; Apelação da CEF improvida. Manutenção da sentença nos demais pontos. (g.n.).

(AC 00022819320114058300, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 14/05/2014 - Página: 105.)

Idem:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SFH. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. RISCO DE DESABAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF E DA SEGURADORA. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. SÚMULA 194 DO STJ. QUITAÇÃO. MULTA DECENDIAL.

(...)

“Quanto à multa decendial, é devida ao mutuário, em função do atraso no pagamento da indenização objeto do seguro obrigatório, nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, dado o caráter acessório que ostenta em relação à indenização securitária e deve estar limitada ao valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil de 1916)” (AgRg no

AREsp nº 377.520/SC, STJ, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, DJe 4/11/13) (g.n.).
(AC 00108764720124058300, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 31/07/2014 - Página: 299.)

Com tais considerações, reputa-se devido o pagamento da multa decendial, prevista em apólice contratual, limitada ao máximo do valor da indenização concedida em favor de cada um dos segurados. O cômputo desta multa terá fluência a contar do 30º (trigésimo) dia a partir da data da citação da empresa seguradora para os termos da presente ação (art. 219, *caput*, do CPC).

Incidirão juros de mora sobre os montantes totais das indenizações aqui deferidas em favor dos autores, ao patamar de 1% ao mês (arts. 405 e 406, ambos do CC), a contar da data da citação da segunda ré (SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS S/A.) para os termos da presente demanda. A solidariedade na condenação desses juros moratórios decorre do ilícito civil que se reconhece perpetrado em face da ora autora (art. 927 e § único do CC). A penalidade pela mora anterior ao ingresso da CEF em lide, se o caso, deverá ser objeto de liquidação, em ação própria de regresso, em face da outra contestante morosa. Atualização monetária, na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal da 3ª Região, desde 10/2014 (data de referência de valor do laudo pericial, cf. *fls. 1003/1022-vº*) até a data da efetiva liquidação do débito.

Por fim, insta salientar, nessa oportunidade, ser necessário majorar os honorários fixados em favor do expert que se desincumbiu da complexa avaliação técnica aqui determinada. De efeito, trata-se de uma ação com multiplicidade de partes assistidas pela Assistência Judiciária, e com diversos imóveis (em número de 20) que foram vistoriados para fins de atendimento do pleito deduzido na demanda, cada um deles requerendo apuração individualizada de problemas construtivos e montantes indenizatórios envolvidos, de sorte que o valor concedido inicialmente por força do despacho saneador (*fls. 942-vº/943*) mostrou-se, *in casu*, expressivamente subestimado. Daí porque, de forma a não banalizar o primoroso trabalho técnico prestado pelo auxiliar do Juízo, delibero no sentido de acrescentar, aos honorários inicialmente fixados em favor do perito aqui em causa, a importância de R\$ 6.337,60¹, a serem custeados diretamente pelas rés, partes vencidas na demanda, sem prejuízo da responsabilidade, que a elas já se carrega em razão da sucumbência, de reembolso ao erário (AJG) daquilo que já foi adiantado ao profissional técnico em engenharia.

É procedente, na íntegra, o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 269, I do CPC. Condene as rés (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF e SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS) a pagar, a título de danos emergentes, aos autores, os *valores indenizatórios relativos aos imóveis de suas respectivas titularidades*, aqui descritos na TABELA A, disposta no corpo da fundamentação desta sentença, e mais, para cada um dos imóveis em questão, multa decendial, ao patamar de 2%, sobre o montante integral da indenização devida, a fluir do 30º (trigésimo) dia a partir da data da citação da seguradora (SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE

1 De molde a estabelecer um patamar remuneratório ao perito de R\$ 372,80/ imóvel, valor máximo para perícias nesta área de especialidade aprovada pela Resolução do CJF, quantia a que, de qualquer forma, o expert teria direito, acaso as ações fossem intentadas separadamente. Considerando, assim, que o técnico já recebeu, em adiantamento, 3 vezes o máximo da tabela de honorários (R\$ 1.118,40), o valor ora consignado (R\$ 6.337,60) perfaz a complementação dos honorários considerado o número total de imóveis periciados (20).

SEGUROS), limitada ao valor máximo da indenização, *por imóvel*, aqui deferida em favor dos autores/ segurados. Incidirão juros de mora sobre o montante total da indenização, ao patamar de 1% ao mês, a contar da data da citação da segunda ré (: seguradora SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS) para os termos da presente demanda. Atualização monetária, na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal da 3ª Região, desde 10/2014 até a data da efetiva liquidação do débito.

Arcarão as rés, vencidas, com o pagamento/ reembolso das custas e despesas processuais – nestas incluídas a majoração dos honorários do perito judicial – e mais honorários de advogado que, com espeque no que dispõe o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da condenação, à data da efetiva liquidação do débito.

P.R.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0000149-68.2014.4.03.6116

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA. LTDA. - EPP; GABRIEL VIEIRA ROSA E MARIA CECÍLIA VIEIRA

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

Juiz Federal: LUCIANO TERTULIANO DA SILVA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/06/2015

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor de GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA - EPP, GABRIEL VIEIRA ROSA e MÁRCIA CECÍLIA VIEIRA, por meio da qual aponta uma série de irregularidades promovidas pelos requeridos junto ao Programa Federal “Farmácia Popular”, política pública instituída pela Lei nº 10.858/2003 e regulamentada pelo Decreto 5.090/2003 e voltada a promover o acesso a medicamentos essenciais para tratamento de doenças de maior incidência na população, mediante a subvenção de até 90% (noventa por cento) de seu valor pela União.

Ao atingimento dos objetivos, aludido programa prevê a instalação de “farmácias populares” próprias em parcerias com Estados e Municípios, como também junção de esforços com a rede privada de farmácias e drogarias.

A concretização das operações vinculadas ao programa em tablado era feita mediante acesso personalizado ao sistema informatizado do Ministério da Saúde, após a obtenção da respectiva autorização de adesão.

Já o controle quanto à veracidade e legalidade das vendas registradas no sistema eletrônico de autorização era feito, inicialmente, apenas mediante arquivo em ordem cronológica do respectivo cupom assinado pelo paciente. O sistema de controle, no entanto, foi melhorado pela Portaria nº 749/2009, que passou a exigir dos estabelecimentos credenciados o armazenamento dos cupons fiscais e de cópias das respectivas receitas médicas pelo prazo de 5 (cinco) anos, consoante previsão nos respectivos artigos 16 e 17.

Aludida Portaria exemplifica, como práticas consideradas ilegais no âmbito do programa, a comercialização e dispensação de medicamentos fora da estrita observância das regras de execução ou deixar de exigir a prescrição médica, a apresentação do CPF e a assinatura do titular do CPF no cupom vinculado (artigo 29, I e II).

A despeito do esquema de prevenção à fraude, totalmente debilitado em virtude da escassez de recursos humanos e ausência absoluta de controles sobre os repasses efetuados, investigação deflagrada em Inquérito Civil detectou inúmeras fraudes nos receituários médicos para burlar o programa.

Com relação à requerida GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA – EPP, tira-se que recebeu, no período compreendido entre dezembro de 2009 a novembro de 2010, R\$ 80.812,18 (oitenta mil, oitocentos e doze reais e dezoito centavos) em repasses do programa “Farmácia Popular”.

Somados os recebimentos da empresa GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA com os recebidos pela sociedade empresária MARICA CECÍLIA VIEIRA ROSA, integrante do mesmo grupo econômico “Farmácias Brasil”, a soma de repasses, no ano de 2010, remonta R\$ 249.955,76 (duzentos e quarenta e nove mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e

seis centavos), valor que representou quase a metade do total repassado às 8 (oito) empresas credenciadas no Município de Paraguaçu Paulista/SP.

Inquérito civil apurou ausência de estoque suficiente na empresa requerida para as dispensações realizadas no Programa Federal “Farmácia Popular” no período de janeiro a julho de 2012, no total de R\$ 77.935,55 (setenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) de venda a descoberto.

A par disso, constatou-se dispensação de medicamentos incluídos no Programa a pessoas falecidas; fraude em receituários médicos através de adulteração ideológica (alteração na posologia ou datas) e material (receitas emitidas por médicos que não estariam de plantão nas respectivas datas de emissão); vendas lastreadas em receitas médicas com prazo de validade vencido, sem data, emitidas posteriormente ou, ainda, emitidas em nome de terceiros)

Descobriram-se irregularidades, portanto, em 231 (duzentos e trinta e uma) das 576 (quinhentos e setenta e seis) vendas analisadas nos meses 07 e 08 de 2010.

Alusivo aos danos causados e valores a serem restituídos, a inicial narra que os réus tiveram repassados pela União, indevidamente, o montante de R\$ 35.459,81 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos) do Programa Federal “Farmácia Popular”, sendo R\$ 1.106,79 (um mil, cento e seis reais e setenta e nove centavos) alusivos às vendas não comprovadas e R\$ 34.353,02 (trinta e quatro mil, trezentos e cinquenta e três reais e dois centavos) referentes às vendas irregulares, os quais devem ser ressarcidos.

Buscou, ainda, a indenização pelos danos morais coletivos causados com os atos ilícitos.

Também almejou, mediante antecipação dos efeitos da tutela: a) a imediata suspensão do credenciamento junto ao Programa “Farmácia Popular”; b) o imediato bloqueio das contas utilizadas para recebimento de verbas referentes ao Programa e suspensão de qualquer pagamento eventualmente devido ao estabelecimento; c) a imediata indisponibilidade dos bens da empresa individual, em montante suficiente para a reparação dos danos aqui pleiteada, por aplicação analógica do art. 7º da Lei nº 8.429/92.

Ao final, requereu a condenação dos requeridos a reparar os danos ocasionados aos cofres públicos, com a devolução de todos os valores recebidos indevidamente nos meses de dezembro de 2009, agosto e novembro de 2010, estimados em R\$ 35.459,81 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos), mais juros e correção monetária. Buscou, ainda, a condenação dos demandados à indenização por danos morais coletivos, em valor sugerível não inferior ao montante do dano ocasionado ao erário.

À inicial juntou os documentos de fls. 29/156.

A decisão de fls. 160/163 antecipou os efeitos da tutela na forma postulada, no que foi desafiada por agravo de instrumento (fls. 219 e seguintes), ao qual se negou efeito suspensivo ativo (f. 314) e, posteriormente, seguimento (fl. 370).

Em contestação (f. 254 e seguintes), os réus sustentaram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva pela impossibilidade de imediata responsabilização dos sócios da pessoa jurídica, notadamente por inexistir prova do desvio de finalidade ou confusão patrimonial. No mérito, esgrimiram a tese de que somente 7 (sete) documentos, do rol solicitado, não fora apresentado por extravio decorrente da mudança de prédio. Disseram que as vendas supostamente irregulares não foram comprovadas nos autos, tendo a alegação de fraude se amparada em apenas 19 (dezenove) casos irregulares, quantidade ínfima a ensejar comportamento fraudulento. Aduziram não ter alterado qualquer receituário médico e que todos os medicamentos vendidos foram entregues. Refutaram a acusação de estoque a descoberto alegando tratar-se de uma

rede de farmácia na qual havia socorro mútuo em caso de falta de medicamento e, mesmo que houvesse estoque a descoberto, seria mero ilícito fiscal que não pode ser aproveitado como fraude ao Programa em referência. Alegaram que eventuais alterações dos receituários médicos tiveram por gênese comportamento dos pacientes, não tendo os contestantes condições técnicas de aferi-las por se cingirem a extrair mera fotocópia da original, inexistindo provas de os réus ou algum funcionário tenha adulterado. Contestam a credibilidade das alegações de não reconhecimentos dos receituários pelos respectivos médicos subscreventes pelo fato de que a documentação a eles enviada estava ilegível. Notaram não terem auferido qualquer lucro ou causado dano ao erário. Sustentaram ter o Ministério Público Federal tentado induzir o juiz em erro quanto ao montante do dano a ser reparado, pois, a própria DENASUS (Departamento Nacional de Auditoria do SUS) reduziu de R\$ 77.935,35 para R\$ 3.493,80 o montante a ser ressarcido à União.

Manifestação do Ministério Público Federal (f. 320/327) refutando as alegações apresentadas na contestação e postulando pelo julgamento antecipado da lide.

A União manifestou não ter interesse de atuar no feito.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O processo tramitou regularmente, sendo garantido às partes a observância irrestrita dos postulados da ampla defesa e do contraditório, de modo a inexistir nulidade a maculá-lo.

2.1 DO JULGAMENTO DO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA

A despeito de os réus terem manifestado interesse probatório genérico, é de se ver que não o fizeram objetivamente e nem mesmo demonstraram o objeto probatório.

Ainda que assim não fosse, o caso é de direito e de fato, no entanto, os fatos já estão suficientemente comprovados.

Cumpre ressaltar, ademais, que houve irregularidades especificamente esmiuçadas (dispensação de medicamentos com receituários médicos sem data ou à pessoa falecida) que não foram objeto específico de contestação.

A inobservância do ônus da impugnação específica submete os fatos ao manto da incontrovérsia, conforme estabelecido pela interpretação sistemática do contido nos artigos 300 e 334, III, do Código de Processo Civil.

Quanto aos demais documentos, as aventadas irregularidades não foram negadas pelos réus diante da respectiva carga persuasiva, que se limitaram a negar a autoria.

Mostrando-se, portanto, incontroversos os fatos, eventual prova pericial vem acompanhada da pecha de inútil ou meramente protelatória, sendo aplicável ao caso a regra prevista no artigo 130 do mesmo Diploma Instrumental.

Assim, o feito reúne todas as condições ao julgamento no estado em que se encontra, como permite o artigo 330 do Código de Processo Civil.

2.2 DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Ao revés do alegado na peça contestatória, a inicial narra a possível simulação de vendas de medicamentos listados no Programa Federal “Farmácia Popular”, cujos valores foram, em grande parte, ressarcidos aos réus pela União.

Portanto, há fortes evidências de dano ao erário na medida em que referido ente político teria repassado dinheiro público aos réus para ressarcir despesas de vendas inexistentes, estando presente, por si só, a causa prevista no artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, ou seja, a

defesa de direitos difusos, motivo pelo qual rechaço a preliminar aventada.

A constatação da autoria imprescinde do revolvimento de matéria probatória, motivo pelo qual a preliminar perde-se na questão fática e, portanto, com ela será examinada.

2.3 Do mérito

2.3.1 Da existência de direito difuso a ser protegido

O Programa Federal “Farmácia Popular”, instituído pela Lei 10.858/2004 e regulamentado pelo Decreto 5.090/2004, tem por finalidade promover o acesso aos medicamentos essenciais para tratamento de doenças de maior incidência na população, mediante a disponibilização de medicamentos a ser efetivada por intermédio de convênio com órgãos públicos ou com a rede privada de farmácias e drogarias.

No caso de materialização com a participação da rede privada de farmácia e drogarias, o preço do remédio é subsidiado pelo Programa Federal, sendo que a adesão ao Programa deve ser feita com base nas disposições da Portaria 749/2009 do Ministério da Saúde, editada com estribo no artigo 5º do Decreto 5.090/2004.

Assim, a farmácia ou drogaria adere por livre e espontânea vontade ao Programa “Farmácia Popular”, sujeitando-se, então, as respectivas regras de controle, inclusive porque se torna operadora da destinação final de subsídios públicos.

Como a adesão torna a pessoa jurídica interessada e, conseqüentemente, operadora de destinação final de recursos públicos, é evidente, aqui, o interesse difuso a justificar o ajuizamento da presente ação porquanto patente a natureza indivisível da saúde e erário, bens esses aviltados pela fraude em apreço, conforme oportuna e especificamente esmiuçado.

É evidente que toda a sociedade, sendo impossível determiná-la em grupos ou segmentos, está ligada ao ato ilícito apreciado por circunstância fática consubstanciada na fraude ao programa de governo “Farmácia Popular”.

As provas produzidas no Inquérito Civil, oportunamente apontadas, demonstram indene de dúvida ofensa aos interesses gerais da coletividade como um todo por atentar, também, contra o patrimônio público e social na medida em que implicou prejuízo à saúde público e lesão ao erário.

Como o patrimônio público e social foi expressamente reconhecido em lei e na Constituição como direito transindividual e de titularidade de pessoas indeterminadas, aplicável ao caso a hipótese prevista no artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85.

2.2 Do ato ofensivo ao patrimônio público e social

A constatação de prejuízo ao erário e ao sistema de saúde requer, necessariamente, breve digressão acerca das normas regulamentadoras do Programa Federal “Farmácia Popular”.

São condições para participar do Programa, previstas na Portaria 749/2009, entre outras: requerimento e termo de adesão assinados pelo representante legal da empresa (art. 5, I); *farmacêutico responsável*, inscrito no Conselho Regional de Farmácia - CRF, com o encargo de, além de suas atribuições legais, *administrar, ali, as transações do Programa* e estabelecer a interlocução com o Ministério da Saúde (art. 5, VI).

Por conseguinte, não pode a empresa ignorar as regras previstas na citada Portaria 749/2009 para controle do Programa, especialmente as de que: a) “o usuário, obrigatoriamente, deve assinar o cupom vinculado, o qual deve conter o seu nome completo, por extenso, e o número do CPF, sendo que uma via deve ser mantida pelo estabelecimento e a outra entregue ao usuário. (art. 15)”; b) “o estabelecimento deve manter por 5 (cinco) anos as vias assinadas dos cupons vinculados e cupons fiscais arquivadas em ordem cronológica de emissão, que

deverão ser disponibilizados sempre que necessário (art. 16)”.

Igualmente especial, por isso não deslembado, o disposto no artigo 17:

Para a comercialização e a dispensação dos medicamentos no âmbito do Programa, os estabelecimentos devem obrigatoriamente observar as seguintes condições:

I - apresentação pelo usuário de Cadastro de Pessoas Físicas – CPF;

a) compete ao estabelecimento atestar a titularidade do CPF por meio da apresentação de documento com a foto do usuário;

II - apresentação de prescrição médica com as seguintes informações:

a) número de inscrição do médico no Conselho Regional de Medicina – CRM, assinatura e endereço do consultório;

b) data da expedição da prescrição médica; e

c) nome e endereço residencial do usuário.

§ 1º O estabelecimento deverá providenciar uma cópia da prescrição médica apresentada pelo usuário no ato da compra e mantê-la por 5 (cinco) anos e apresentá-la sempre que for solicitada.

§ 2º Caberá ao estabelecimento manter por um prazo de 5 (cinco) anos e apresentar, sempre que necessário, as notas fiscais de aquisição dos medicamentos do Programa junto aos fornecedores.

Resta claro que a farmácia ou drogaria aderente ao Programa “Farmácia Popular” deve bem identificar o usuário, colher sua assinatura, conferir a prescrição médica retendo respectiva cópia e guardar os comprovantes das operações por cinco anos, para prestação de contas ou fiscalização.

O artigo 18 da citada Portaria também é importante à solução da crise de direito em apreço, pois, deixa expresso que “as prescrições terão validade de 120 (cento e vinte) dias a partir de sua emissão, exceto para os contraceptivos, cuja validade é de 12 (doze) meses” e que “as vendas posteriores aos períodos fixados no *caput* deste artigo, devem, *necessariamente, ser realizadas mediante a apresentação de nova prescrição*” (parágrafo único).

Ademais, “o quantitativo do medicamento solicitado deve corresponder à posologia mensal compatível com os consensos de tratamento da doença para a qual é indicado e a dispensação deve obedecer aos limites definidos pelo Programa” (art.19).

Nessa linha normativa, a farmácia deve observar estrito cumprimento dos regulamentos sem desatentar para o fato de que as receitas médicas possuem validade de 120 dias, exceto os contraceptivos, razão pela qual a data nela aposta é elemento importante para evitar a reutilização do receituário médico ou a utilização depois de decorrido aquele prazo de emissão.

No caso em apreço, a sociedade empresarial GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA - EPP, de titularidade de GABRIEL VIEIRA ROSA e MARIA CECÍLIA VIEIRA, praticou diversas irregularidades na qualidade de participante adesiva do Programa Federal em comento.

No que alude à *dispensação de medicamento listado no Programa Federal “Farmácia Popular” à pessoa falecida*, é de se ver a ausência de impugnação específica por parte dos réus, atraindo a aplicação do contido no artigo 334, III, porque incontroversos.

Mais, ainda que incontroverso não fosse o comportamento ilícito referido, a auditoria realizada pelo SINASUS (Sistema Nacional de Auditoria do SUS) comprovou que, nos meses de janeiro a julho de 2012, a sociedade empresária ré efetivamente “vendeu” medicamentos listados no Programa em referência a pessoas falecidas, consoante documentos de fls. 278 e 279 do Volume I do Anexo XIV.

Ademais, os acusados não alegaram qualquer vício na documentação referente à audito-

ria, o que só reforça a presunção de legitimidade e de veracidade caracterizadoras do aludido ato administrativo.

A propósito, as mesmas provas documentais mencionadas também estribam a alegação de que os réus *deixaram de comprovar a regularidade na dispensação de medicamentos da aludida política pública* no mesmo período (janeiro a julho de 2012), tanto que a sociedade empresária requerida foi imposta a sanção de descredenciamento definitivo do Programa “Farmácia Popular”, como faz prova o documento de fl. 339.

De igual modo, aludida auditoria revelou que a empresa requerida *efetivamente registrou relações de vendas de medicamentos listados no Programa Federal “Farmácia Popular” sem, contudo, possuir estoque suficiente a lastreá-las*, conforme as constatações números 243473, 243474, 243475, 243476 e 243477, totalizando o montante de R\$ 77.935,55 (setenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) de vendas a descoberto.

Essas provas levantam, contra os réus, veementes indícios de irregularidade comportamental institucionalizada, porquanto revelaram não se tratar de atos isolados, mas sim opção definitiva de comercialização irregular mediante a utilização de política pública voltada a anteder a saúde dos menos favorecidos.

No que atine à *fraude e adulteração de receituários médicos*, bem se vê que o documento de fls. 196 do II volume do Anexo XIV revela, por afirmações da própria médica alegadamente subscrevente, Dra. Katiucha Pioch Carlos, um rol de receitas médicas específicas e nominadas, expedidas no ano de 20010, inquinadas por grafia não pertencente à médica referida, falsificação integral, alteração de posologia com caligrafia não pertencente à mencionada profissional, sendo que apenas a minoria dos receituários teve sua autenticidade reconhecida.

O médico Paulo Kato igualmente arrola um expressivo número de receituários médicos, também datados de 2010, com diversas adulterações ou falsificações, indo de cópia fiel de matriz original, porém, com datas diferentes, caligrafia divergente, ausência da posologia, alteração de datas como se denota a partir do documento de fls. 139 do II volume do Anexo XIV, assim como em relação ao médico Adriana Henrique Henschel, conforme documento de fls. 06/10 do III volume do Anexo XIV, acrescendo, com relação a esse último, receituários médicos sem datas.

Trilhando a mesma linha probatória, o médico Djalma Farias de Novaes Neto também identificou irregularidades em receituários médicos mediante a falsificação da data de emissão, conforme se denota do documento de fls. 263 do II volume do Anexo XIV.

Com relação à médica Naemi Toda Hojo, conforme documento de fls. 30 do III volume do Anexo XIV, foram constatadas, por ela mesma, receituários médicos emitidos em datas nas quais não prestou atendimento na unidade de saúde mencionada (fl. 31), grafia discursiva e numérica divergentes da dela e emissão de receitas sem lastro em prontuário médico.

Já concernente ao médico Cássio Renato Valério Gouveia foram encontradas irregularidades consubstanciadas em não reconhecimento de caligrafia discursiva e numérica, cópia fiel de matriz com alteração da data, inserção de palavras nos receituários, CRM não reconhecido, carimbo e assinatura divergentes dos utilizados pelo profissional, utilização de caracteres estranhos à sua escrita, expedição de receitas com datas apostas posteriormente e assinaturas de outros médicos em receituários em tese por ele emitidos, tudo conforme declaração do próprio profissional em documento de fls. 53 e seguintes do III volume do Anexo XIV.

O médico Anderson Ishiki Benicasa também não identificou como seus receituários em tese por ele expedidos nos anos de 2009 e 2010, conforme declaração de fls. 66 e seguintes do III volume do Anexo XIV.

Todas essas constatações subjetivas estão expressas de modo específico e individualizado no documento de fls. 74/114 do III volume do Anexo XIV, além das seguintes irregularidades de índole objetiva: a) emissão de receitas em datas nas quais o respectivo médico apontado como subscrevente não prestou atendimento; b) oposição de datas nas receitas posteriormente às vendas; c) alteração de data para estender o prazo de vigência do receituário; d) aumento da posologia; e) situações em que houve efetivamente adulteração sem, contudo, motivo aparente, já que as receitas mantinham o prazo de vigência; e f) nome do paciente divergente do nome do cliente.

Descobriram-se irregularidades, portanto, em 231 (duzentos e trinta e uma) das 576 (quinhentos e setenta e seis) vendas analisadas.

Diante desse imenso mar de irregularidades, inquinando a validade de receitas médicas emitidas nos anos de 2009 e 2010, soa até displicente a forma com a qual os réus se defendem, pois, todas as irregularidades, em exceção, foram especificamente esmiuçadas, o que permitiu a mais ampla defesa. No entanto, preferiram apresentar alegações vãs e genéricas, deixando de enfrentar objetivamente cada uma das acusações.

Atinente ao argumento de que os requeridos não tinham interesse em adulterar ou falsificar qualquer receituário, vê-se que a alegação fica vazia porque natureza das adulterações visavam precipuamente o aumento no número de vendas dos medicamentos listados no mencionado Programa Federal, tudo fitando aumentar, também e conseqüentemente, o montante a ser ressarcido pela União, prática essa da qual os pacientes não teriam qualquer interesse em realizar porque era mais benéfico a ele manter a receita médica sem qualquer data.

A conclusão de que a colocação de datas diferentes viria em benefício da própria sociedade empresária ré, que, assim agindo, reutilizaria o mesmo receituário médico para lastrear outras vendas, é evidente que recai sobre ela a autoria das adulterações.

Todas essas irregularidades tinham como único propósito, reiterar-se, aproveitar a fiscalização ineficiente da União para inflar ficticiamente as vendas e, dessa forma, obter maior valor quando do respectivo repasse.

Para entender o engenho ilícito é necessário, inicialmente, ter em mente que a União, de acordo com as normas do Programa Federal “Farmácia Popular”, custeava até 90% (noventa por cento) do valor dos medicamentos vendidos integrantes na política pública comentada.

Na forma aventada, se a drogaria ré pagasse R\$ 2,00 (dois reais) pelo medicamento listado no programa e revendesse ao consumidor por R\$ 10,00 (dez reais), desse montante até R\$ 9,00 (nove reais) seriam reembolsados pela União.

Numa lógica matemática simples, a drogaria pagava R\$ 2,00 (dois reais) num medicamento listado no programa e o revendia por R\$ 10,00 (dez reais) para o paciente. No entanto, como pelo menos 10% (dez por cento) do valor da venda deveria ser custeado pelo paciente (R\$ 1,00), a União reembolsava à sociedade empresária o valor de R\$ 9,00 (nove reais – 90%). Assim, o lucro líquido da drogaria envolvidas seria R\$ 7,00 (sete reais) por medicamento vendido (R\$ 9,00 repassados pela União – R\$ 2,00 do valor de custo), sendo até mesmo desnecessária, porque ínfima, a participação financeira do paciente, estando aí o motivo pelo qual tais medicamentos eram fornecidos “de graça”.

Desnecessário frisar que o lucro seria proporcionalmente maior ao número de vendas dos medicamentos arrolados no programa federal analisado, daí porque se aumentavam as vendas mediante simulação, através da obtenção de diversos receituários médicos falsificados, adulterados ou vencidos para lastrear vendas simuladas para pessoas inexistentes ou que nem mesmo sabiam figurar como compradoras de tais medicamentos.

Em casos similares ao ora analisado, medicamentos foram abandonados em terreno baldio, o que foi denunciado por pessoas de boa índole, algumas das quais, inclusive, passaram a noticiar às autoridades policiais a entrega, em suas casas, de medicamentos de graça que não tinham solicitado ou que não utilizavam.

Como a drogaria precisavam registrar as vendas mediante cupons fiscais para poderem obter o reembolso pela União, era preciso dar entrada e saída de mercadorias em quantidade proporcional às vendas fictícias, daí porque os medicamentos eram regularmente comprados e, conseqüentemente, tinham que ter a respectiva vazão, ou seja, saída, estando aí a causa do referido abandono de imensa quantidade de medicamentos em terreno baldio em processo por fatos similares.

No específico caso dos réus, essa prática de desfazer-se dos medicamentos ficticiamente vendidos nem mesmo foi necessária, pois, conforme a já mencionada auditoria, não se preocuparam em lastrear as vendas em estoque, fazendo-as a descoberto.

Ressalte-se, ademais, que a alta carga persuasiva das provas torna desnecessária a inversão do ônus da prova requerida na inicial.

Inexiste margem à dúvida de que os comportamentos praticados pelos réus implicaram na dilapidação do patrimônio público em função da multiplicação de vendas simuladas e dano considerável ao sistema de saúde pública.

Esse cabedal de irregularidades nas vendas de medicamentos pelo Programa Federal “Farmácia Popular” demonstra que, ao contrário do quanto alegado pelos réus na peça contestatória, o destaque estatístico no repasse de valores pela União não se deu por competência comercial, mas sim por fraude ao programa de saúde pública, estando aí o motivo de a primeira requerida figurar como um dos estabelecimentos comerciais que mais receberam verba pública.

A saúde pública é direito fundamental da pessoa humana e “pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, par além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, *fornecimento de medicamentos*, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde”.¹

A fundamentalidade do direito à saúde é a razão pela qual a Constituição Federal o preconiza em seu artigo 198, direito esse concretizado pela Lei nº 8.080/90 (que instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS), especialmente em seus artigos 2º, 4º e 7º.

Qualquer prática desonesta e imoral fitada ao desvio de recursos públicos é, por si só, violadora do dever de lisura encartado no artigo 37 da Constituição Federal. No entanto, se tais dilapidações ocorrem com recursos destinados ao sistema de saúde pública, a reprovabilidade do comportamento é demasiado maior por vilipendiar a estrutura financeira voltada a assegurar direito fundamental já disponibilizado de modo bastante ínfimo à população.

Comprovado eficazmente o dano ao direito difuso à saúde pública e à proteção do erário, a procedência do pedido é medida imperiosa nesta ação civil pública.

2.3 Do caráter subjetivo da responsabilidade pelos danos causados

Demonstrada a existência de uma estrutura ilícita voltada a vilipendiar o sistema público

1 Ingo Sarlet. *Temas Aprofundados do Ministério Público Federal*. Jus Podium, 2011.

de saúde mediante desvio de recursos destinados ao Programa Federal “Farmácia Popular”, cumpre delimitar os responsáveis pela reparação dos danos causados.

Prova documental produzida nos autos revela que GABRIEL VIEIRA ROSA e MARIA CECÍLIA VIEIRA são proprietários da sociedade empresária de pequeno porte denominada GABRIEL VIEIRA ROSA E CIA LTDA - EPP, cuja administração era por aqueles exercida.

Dessa forma, todos os réus têm legitimidade passiva para responder pelos danos causados, mormente a pessoa física porque também detém nexos causal com a sociedade empresarial utilizada como instrumento para cometer as fraudes aqui esmiuçadas, quer praticando os atos apontados, quer desfrutando dos lucros e benefícios obtidos com tais práticas, estando aí razões mais do que justificadas à desconsideração da personalidade jurídica.

2.4 Da responsabilidade civil

Invocável à espécie a máxima do *neminem laeder* das *Institutatas*, o princípio cujos preceitos são: viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu.

É a consagração do respeito aos direitos alheios como condição essencial para o equilíbrio e o desenvolvimento da vida social, visando, precipuamente, evitar dano injusto a terceiros ou à coletividade com implicação em instabilidade social.

No princípio em comento é que se pauta o dever de reparação integral dos danos gerados à esfera de bens e interesses alheios, ante a violação do dever jurídico originário de agir em conformidade com as regras e princípios do ordenamento.

Consagrou-se na doutrina o tripé da responsabilidade civil: a) conduta dolosa ou culposa; b) dano consubstanciado em lesão a bem jurídico; e c) nexos de causalidade.

Fazendo o acoplamento estrutural da teoria da responsabilidade civil ao caso em apreço, sem perder de vista o viés da reparação integral contido no artigo 944 do Código Civil, tem-se que a conduta dolosa foi amplamente demonstrada, a qual consubstanciou-se na simulação de venda de medicamentos integrantes do Programa Federal “Farmácia Popular” mediante falsificação ou adulteração de receituários médicos, cujos compradores eram pessoas inexistentes ou desconhecedoras dessa situação, tudo para aumentar o valor dos repasses feitos pela União.

Os danos são evidentes, quer de ordem material quer moral.

Por fim, o nexos causal, o liame, entre o comportamento doloso e os prejuízos causados é manifesto, pois, em função das fraudes constatadas houve desvio de recursos públicos e prejuízo ao sistema de saúde pública.

2.5 Da reparação pelos danos materiais causados

Conforme apontado na peça inicial, as práticas ilícitas realizadas pelos acusados culminaram no recebimento indevido de R\$ 35.459,81 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos) no período compreendido entre dezembro de 2009 a novembro de 2010.

Essa importância representa o total dos valores de medicamentos cuja comercialização fora praticada com alguma das várias irregularidades apontadas.

Reputo, ao caso, que os réus não observaram o ônus da impugnação específica, pois, lastrearam o eventual excesso no montante pretendido pelo Ministério Público Federal no argumento de que o próprio SINASUS – Sistema Nacional de Auditoria do SUS reduziu o valor da multa pelas irregularidades constatadas para R\$ 3.590,35 (três mil, quinhentos e noventa reais e trinta e cinco centavos).

Tal argumento não merece prosperar por inúmeros fundamentos.

Primeiro porque a junta dos documentos de fls. 278/280, pelos réus, foi feita de modo incompleto, não sendo possível aferir se aludido documento diz respeito à integralidade das autuações e nem mesmo motivo plausível à redução do valor original da multa: R\$ 77.935,15 (setenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e quinze centavos). Logo, referido documento não traz qualquer fundamentação a amparar o argumento apresentado pelos réus.

A par disso, é de se perceber que referida auditoria, conforme se infere pelos documentos de fls. 278 e 279 do Volume I do Anexo XIV, levou em consideração somente irregularidades praticadas entre janeiro e julho de 2012, não atentando, em momento algum, às irregularidades ocorridas entre os anos de 2009 e 2010, de modo que não pode servir de parâmetro quantitativo.

Como os réus não observaram o ônus da impugnação específica, deixando de contestar o valor dos danos materiais apurados, aplicável ao caso o disposto no artigo 334, III, do Código de Processo Civil, cobertos que foram pelo manto da incontrovérsia.

2.6 Do dano moral coletivo

Inegável a vida numa sociedade na qual a condição humana do indivíduo teve sua dimensão dilatada para merecer proteção, também, em seu viés comunitário, de modo que a dignidade da pessoa humana passou a fazer sentido apenas no âmbito da intersubjetividade e pluralidade.

O desenvolvimento em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana permite vinculá-la a um compartilhamento de uma humanidade comum.

Espraiou-se a proteção individual para a coletiva ou social, passando a pessoa humana a ser considerada, também, em toda a extensão dos seus interesses fundamentais, dos seus legítimos valores e das suas variadas maneiras de ser em sociedade.

O fenômeno da coletivização do direito – do qual a própria ação civil pública é fruto –, com reconhecimento e tutela de direitos coletivos e difusos, consequências de uma sociedade de massas, é exemplo emblemático da proteção coletiva da dignidade humana.

De se ver, pois, que a teoria da responsabilidade civil, inicialmente voltada para a composição de danos no âmbito individual e privado, direcionou-se para a tutela dos bens e direitos próprios da coletividade com natureza caracteristicamente extrapatrimonial, aí incluindo o dano moral coletivo.

Por dano moral coletivo entende-se “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerada, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico”.²

O desvio de recursos públicos mediante as fraudes analisadas gerou, na coletividade daqueles que precisam do custeio do medicamento para assegurar o real acesso à saúde pública, a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, efeitos típicos da violação de direitos da personalidade humana vista em dimensão comunitária, logo, passível de indenização por danos morais coletivos.

Resta, portanto, definir o *quantum* indenizatório e, para tanto, imperioso considerar o grau de culpa do agente, a extensão dos danos, a capacidade financeira dos envolvidos e o comportamento dos culpados depois da descoberta das irregularidades.

2 *Idem.*

O grau de culpa é elevadíssimo porque se estruturou uma organização ramificada na região para fraudar sistema de política pública voltado a assegurar aos mais necessitados o acesso a medicamentos com valores subsidiados pela União e fitados a combater os problemas de saúde mais comuns e reiterados.

A justificar o grau da culpa está a forma orquestrada e harmoniosa com a qual agiam os réus, engenharia irregular essa que não seria descoberta se não fosse a sanha arrecadatória demonstrada na obtenção de importâncias cada vez maiores de lucro, destoando estatisticamente de outras drogarias de igual ou maior estrutura.

Densificando o nível comentado, tem-se que a prática irregular revela o vilipêndio de um direito fundamental já assegurado infimamente aos cidadãos brasileiros: saúde pública.

A extensão dos danos é tamanha que não foi possível delimitá-la com precisão, cingindo-se o Ministério Público Federal a eleger como paradigma o ano de 2010 por ser o de maior volume de repasses recebidos pelos réus.

A capacidade financeira dos agentes requeridos refoge do medianamente social, a julgar pelos inúmeros bens materiais objetos de decretação de indisponibilidade.

O comportamento dos culpados, igualmente, é digno de deploro, porquanto se limitaram a alegar genericamente que desconheciam as fraudes, não demonstrando, em momento algum, intenção de reparar os danos causados ou mesmo de admitir as irregularidades.

Afinado com o propósito pedagógico aos demais empresários que se aventuram ou pretendem aventurar-se em práticas similares, sem olvidar que o montante dos danos materiais aqui constatados está aquém da real dimensão dos prejuízos causados, estabeleço o valor da indenização pelos danos morais coletivos causados em R\$ 106.379,43 (cento e seis mil, trezentos e setenta e nove reais e quarenta e três centavos), correspondente a 3 (três) vezes o montante apurado no inquérito civil alusivo aos danos materiais perpetrados.

3. DISPOSITIVO

À luz do exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos iniciais para CONDENAR GABRIEL VIEIRA ROSA, MARIA CECÍLIA VIEIRA e GABRIEL VIEIRA ROSA E CIA LTDA - EPP, *solidariamente*, a:

a) ressarcir a UNIÃO a importância de R\$ 35.459,54 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos) a título de reparação por danos materiais causados com fraudes ao Programa Federal “Farmácia Popular”, acrescidos de juros e correção monetária desde 01/11/2009;

b) pagar o montante de R\$ 106.379,43 (cento e seis mil, trezentos e setenta e nove reais e quarenta e três centavos) a título de reparação pelos danos morais coletivos causados com o comportamento irregular, o qual será acrescido de juros e correção monetária a partir desta data;

c) à proibição de vincularem-se novamente, seja por intermédio de empresa individual ou qualquer outro tipo de sociedade empresária, ao Programa Federal “Farmácia Popular”, pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir do momento em que, eventualmente, a sanção de banimento administrativa imposta seja, de qualquer modo, revogada ou perdoada.

Por ser a sociedade a vítima do dano moral coletivo, a indenização pelos danos extrapatrimoniais deverá ser depositada em conta judicial à disposição do Juízo da 1ª Vara Federal de Assis para, posteriormente e nos termos da Resolução nº 295 do Conselho da Justiça Federal e do artigo 5º da Resolução nº 154 do Conselho da Justiça Federal, aplicadas analogicamente ao caso, ser destinado a projetos subscritos por entidade pública, de utilidade pública ou

privada com finalidade social e sem fins lucrativos atuantes na Subseção Judiciária de Assis, exclusivamente na área de saúde pública.

Os acréscimos de juros e correção monetária nos valores das indenizações observarão os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, ou por outra que vier a sucedê-la.

Oficie-se ao Ministério da Saúde, com cópia integral desta sentença, comunicando acerca da imposição de sanção aos réus proibindo-os de vincularem-se ao Programa Federal “Farmácia Popular”.

Restam referendadas as medidas aplicadas na decisão antecipatória dos efeitos da tutela.

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

Assis/SP, 15 de junho de 2015.

Juiz Federal Substituto LUCIANO TERTULIANO DA SILVA

AÇÃO PENAL

0000350-03.2014.403.6135

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: HENRIQUE SANTANA ROCHA E OUTROS

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

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/06/2015

Vistos etc.

HENRIQUE SANTANA ROCHA, SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR, PHELIPE SANTOS RIBEIRO, ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS e LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR, qualificados nos autos, foram denunciados pelo Ministério Público Federal como incurso nas penas do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013 e artigo 157, § 2º, I, II e V do Código Penal.

Nos termos da denúncia (fls. 995/997), em 15 de março de 2014, vários indivíduos integrantes de organização criminosa armada procederam ao roubo no estabelecimento comercial denominado “Serramar Parque Shopping”, empreendimento localizado às margens da rodovia que liga os municípios de Caraguatatuba e São Sebastião.

O grupo foi formado por meio de reunião prévia entre pessoas de diversas regiões do Estado de São Paulo em momento anterior ao delito, quando receberam armas pesadas, grande quantidade de munição e veículos furtados, o “que demonstra que a quadrilha realizava diversas ações criminosas em contextos diferentes”. O grupo foi liderado por pessoa de nome “COE” que procedeu a divisão de tarefas para a prática delitiva e aliciou o corréu Silvio, que “conhecia o interior da Fazenda Serramar”.

Nos termos da denúncia, na data dos fatos, o grupo, com cerca de quinze ou mais elementos, fortemente armados, encapuzados e utilizando explosivos, rendeu funcionários e seguranças em atividade no shopping, roubando armas e coletes. Em seguida, danificaram seis caixas eletrônicos instalados no local a fim de retirar o numerário existente e, ainda, roubaram lojas do centro de compras.

O grupo ingressou no Shopping pelos fundos, através da propriedade da Fazenda Pecuária Serramar, local onde também renderam funcionários e seguranças, subtraindo arma de fogo e colete balístico.

No interior do centro de compras, foram danificados com ajuda de explosivos dois caixas eletrônicos do Banco Santander, um da Caixa Econômica Federal, um do Banco do Brasil, um do Bradesco e um 24 horas, com subtração total de R\$ 283.634,00. Também foram roubados outros cinco estabelecimentos comerciais do local (TIM, Relojoaria Gold Finger, Ótica e Relojoaria São Sebastião, Relojoaria Suíça e Lojas Americanas).

Em seguida, empreenderam fuga pelos fundos do estabelecimento no sentido Estrada do Rio Claro e Poço das Antas, buscando acesso à Rodovia dos Tamoios, utilizando três veículos com placas adulteradas (Corolla, Honda Civic e Space Fox), que haviam sido furtados cerca de um mês antes da data dos fatos em locais diversos.

Durante a fuga, após avistarem três viaturas da Polícia Militar, abandonaram os veículos e empreenderam fuga à pé pela mata em meio à perseguição policial.

O acusado Silvio foi detido por policiais militares e conduzido, na manhã do dia 16 de março de 2014, à Delegacia de Polícia de Caraguatatuba. Na tarde do mesmo dia, o acusado

Henrique foi detido com parte do dinheiro produto do roubo.

Em 18 de março de 2014, os acusados Phelipe, Anilson e Laércio, juntamente com outros três indivíduos, foram localizados pelas forças policiais com veículo roubado e, após, perseguição, troca de tiros, e utilização de reféns, restaram presos os referidos denunciados e mortos os demais.

Concluiu o Ministério Público Federal que “organização criminosa armada, com poder suficiente para apoderar-se de armamento de grosso calibre pertencente a polícia militar, roubou diversos veículos, adulterou as placas de identificação desses veículos, rendeu seguranças e funcionários, mantendo-os como reféns, subtraiu dinheiro mediante a explosão de caixas eletrônicos, bem como bens móveis de lojas do centro comercial, após disparar contra as vitrines e resistir à prisão em confronto armado com a polícia mediante a utilização do referido armamento”.

Por fim requereu a condenação dos denunciados nos delitos indicados. Apresentou rol com 08 testemunhas.

Para a apuração do delito foi instaurado procedimento investigatório pela Delegacia de Polícia de Caraguatatuba (fls. 02/07) registrado sob nº 117/14, que teve início com o boletim de ocorrência nº 1481/2014 de 15/03/2014 (fls. 08/14).

No boletim de ocorrência, foram relatadas as primeiras informações sobre o ocorrido no shopping, a saída dos autores do local do delito, as diligências policiais realizadas (operação de cerco), a apreensão de três veículos utilizados na ação e abandonados por seus ocupantes (fls. 16/17), que empreenderam fuga “adentrando na mata”.

Em continuação às operações policiais desencadeadas para localizar e prender o agentes do delito, foram sendo lavrados boletins em cada ocorrência.

Às fls. 22/27 (boletim 1487/2014 – DP Caraguatatuba - de 15/03/14), foi relatado óbito de indivíduo em confronto com forças policiais e a apreensão de armas, coletes balísticos, objetos diversos e numerário (R\$ 96.344,00), tendo sido tomado o depoimento de policiais militares (fls. 40/44). No mesmo ato, foi relatado que os veículos apreendidos tinham placas adulteradas, sendo um produto de furto em 16/02/2014 (VW/Space Fox – BO nº 5629/14), outro produto de roubo em 17/02/2014 (Honda/Civic – RDO nº 656/14 – DP de Bertioga), e o último com queixa de estelionato em 10/02/2014 (Toyota/Corolla – RDO nº 15/14 – 2º DP DIG/DEIC).

No dia seguinte ao delito (16/03/2014), novo boletim lavrado noticiando a localização e prisão de Henrique Santana Rocha (BO nº 1490/14 – DP Caraguatatuba), que, segundo consta, foi detido após perseguição a pé com a quantia de R\$ 5.025,00, que foi apreendida (fls.45/48). Foram tomados depoimentos de policiais militares (fls. 49/50) e procedido ao interrogatório do detido (fls. 51/53), que reconheceu sua participação no delito e forneceu alguns detalhes da empreitada criminosa (fls. 51/53), sendo indiciado.

Na mesma ocorrência, houve identificação do indivíduo morto indicado no Boletim nº 1487/2014 (fls. 25/27) como sendo José Wellington Rodrigues Rocha (Boletim nº 1493/2014 – fls. 60/65 e 94).

No mesmo dia (16/03/2014), outra ocorrência lavrada para fins de formalizar a prisão de Silvio Silvério de Souza Júnior, também em decorrência da perseguição levada a efeito pela polícia. Os policiais responsáveis pela diligência foram ouvidos (fls. 101/102), dentre eles Airton do Carmo arrolado como testemunha nos autos, e o preso interrogado e indiciado (fls. 103/110). Em interrogatório, Sílvio reconheceu participação no crime investigado, relatando aspectos de sua conduta e dos demais participantes.

Com base nos elementos coligidos e prisões efetuadas, a autoridade policial apresentou relatório do apurado e representou pela prisão temporária de Sílvio e Henrique (fls. 114/117).

O inquérito foi distribuído perante o d. Juízo de Direito desta Comarca, que, em plantão judiciário, decretou a prisão temporária dos indiciados (fls. 118 e verso).

Nova ocorrência foi lavrada no dia 16/03/2014, relatando a morte de dois indivíduos decorrente de intervenção policial (BO 1496/2014 – DP Caraguatatuba) e a apreensão de armas de fogo, coletes balísticos, pequena quantidade de dinheiro (R\$ 482,00) e objetos diversos (fls. 119/137). No mesmo ato, foram tomados os depoimentos dos policiais militares presentes (fls. 138/143).

A busca e a perseguição dos demais autores do delito prosseguiram. Em 17/07/2014, outra ocorrência lavrada (BO nº 1499/2014 – DP Caraguatatuba) noticiando outra morte decorrente de intervenção policial, após troca de tiros e resistência. Foram localizados junto ao morto uma arma de fogo, dois carregadores de pistola, quatro relógios de pulso, seis suportes de relógio, numerário (R\$ 26.219,00) e objetos comuns diversos (fls. 153/167). Os policiais militares envolvidos na ocorrência foram ouvidos às fls. 168/175.

Lavrado BO nº 1500/2014 (DP Caraguatatuba) para registrar reconhecimento do indivíduo morto referente ao BO nº 1481/2014 como sendo Roberto Urias Fernandes (fls. 176/186).

Lavrado BO 1504/2014 (DP Caraguatatuba) para registrar reconhecimento dos indivíduos mortos referente ao BO nº 1496/2014 como sendo Tompson Silva de Oliveira e Júlio Souza da Silva (fls. 187/195), que foi realizado por Ewerton Silva de Oliveira e Juliana Souza da Silva, arrolados como testemunhas.

Pela autoridade policial foram ouvidas algumas vítimas/testemunhas do delito, representante de pessoas jurídicas e pessoas físicas, sendo criado para registro o RDO nº 1507/2014 (DP Caraguatatuba). Foram inquiridos o representante da Ótica e Relojoaria São Sebastião (fl. 214) e funcionários do Shopping (fls. 215/225), dentre eles Washington Gonçalves da Silva (fl. 222) arrolado como testemunha nos autos.

Ouvida, também, a representante das Lojas Americanas (fls. 226/229 – RDO nº 1509/2014).

Novos objetos relacionados ao delito (colete balístico e munições) apreendidos às fls. 230/235.

Foram tomados os depoimentos de Marcelo Dias Vicente (fls. 250/251), funcionário da Fazenda Serramar e arrolado como testemunha em juízo, e de Cícero Luis Risa de Carvalho (fl. 252), gerente geral do shopping.

Laudos periciais das armas pertencentes à Polícia Militar (fls. 253/263), sendo devolvidas à Corporação (fl. 264/269).

Em 18/03/2014, foi lavrado o Boletim nº 1516/2014 (DP Caraguatatuba) para registro de três mortes decorrente de intervenção policial, apreensão de armamento, munições, coletes balísticos, onze relógios de pulso e quantia em dinheiro (R\$ 1.500,00). Foram ouvidos os policiais militares envolvidos na diligência (fls. 272/295). Houve identificação de dois indivíduos mortos como Eduardo Rodrigues Rebouças e Gustavo do Rio Vilarrubia Belem, restando uma pessoa sem identificação (fls. 285/287).

No mesmo dia, foi lavrada nova ocorrência referente a roubo de veículo Fiat Palio Economy EL na estrada do Rio Pardo, em Caraguatatuba (BO nº 1525/2014 – DP Caraguatatuba), que estava sendo usado por funcionários da empresa “Ideal Terraplanagem Ltda.”, sendo indicado que no veículo havia marcas de tiro e que os referidos funcionários foram amarrados,

havendo suspeita, pela descrição das vítimas, de se tratar dos autores do delito tratado nos autos (fls. 310/317).

Reconhecimento do indivíduo morto referido no BO nº 1516/2014 como sendo Leandro Rodrigues Costa (fls. 318/323).

Pela Delegacia Seccional de Mogi das Cruzes, foi lavrado boletim de ocorrência nº 161/2014, em 18/03/2014, no qual é relatado que, em continuidade da perseguição policial, parte do grupo criminoso foi localizado na cidade de Biritiba Mirim. Após confronto com intensa troca de tiros e utilização de pessoa como refém, três indivíduos sem identificação foram mortos e outros três, Phelipe Santos Ribeiro, Anilson de Oliveira Santos e Laércio Antonio Siqueira Júnior foram presos (fls. 324/339).

Na referida ocorrência foram apreendidos veículo roubado, armas, carregadores, munições, coletes balísticos, numerário (R\$ 43.439,00), dezenove relógios de pulso e diversos documentos e objetos.

Em prosseguimento do inquérito policial, foram ouvidos os representantes do Banco do Brasil (fls. 344/345), Bradesco (fls. 347/348), Santander (fls. 351/353) e CEF (fls. 354/357). Todos relataram os danos e a subtração de numerário de seus terminais de autoatendimento instalados no shopping.

Reconhecimento de um indivíduo morto referido no BO nº 161/2014 (Mogi das Cruzes), com identificação de Bruce dos Santos (fls. 358/360).

As vítimas descritas no BO nº 1525/2014 – DP Caraguatatuba, funcionários da empresa Ideal, foram ouvidas às fls. 364/369.

Também no dia 18/03/2014, foi lavrado novo BO (nº 215/2014 – 1º DP Caraguatatuba), pela qual foi noticiado roubo de veículo Kombi a serviço da empresa SEEL, sendo que seus ocupantes foram abordados, rendidos e deixados na estrada a pé por seis pessoas possivelmente envolvidas no roubo (fls. 370/373).

Após as novas diligências, depoimentos e prisões realizadas pelas equipes policiais, foi apresentado relatório parcial das investigações e foi requerida a decretação da prisão preventiva (fls. 374/383) de Henrique, Silvio, Phelipe, Anilson e Laércio, que foi deferida pelo Juízo estadual (fls. 389/392).

Boletim de ocorrência da Polícia Militar referente ao delito tratado nos autos às fls. 395/398.

Reconhecimento de um indivíduo morto referido no RDO nº 1516/2014, com identificação de Wellington de Almeida Santos dos Ramos, e não “Eduardo Rodrigues Rebouças”, como havia sido anteriormente identificado, possivelmente por portar documento falso (fls. 403/411).

Apreensão e apresentação de materiais (cinturão com coldre e porta munição, telha de fuzil, duas chaves de veículos, cartuchos e celular) recolhidos na localidade Poço das Antas, Caraguatatuba, pela Polícia Militar Ambiental (fls. 417/421).

Comparecimento da representante da empresa Goldfinger, que indicou os itens subtraídos da loja no evento delituoso, indicando prejuízo de R\$ 28.053,59 (fls. 422/423).

Reconhecimento dos demais indivíduos mortos referidos no BO nº 161/2014 (Mogi das Cruzes), com identificação de Flávio dos Santos e Rodolfo Suffredini de Moraes (fls. 428/430).

Depoimento de funcionário do shopping às fls. 467/468.

Às fls. 470/477, foram juntadas cópias de dois boletins de ocorrência lavrados em 07/02/2014 (2º DP São Sebastião) e 15/12/2013 (DP de Mongaguá), pelos quais são relatados

furtos de interior de veículo e de residência, respectivamente, em que foram subtraídas armas de fogo que restaram apreendidas no inquérito policial do presente delito.

Foi realizada a oitiva da representante da empresa Gold Finger, apresentação de notas fiscais, reconhecimento de relógios e auto de entrega de treze relógios (fls. 525/537).

Auto de entrega de armamento e projéteis à Polícia Militar do Estado de São Paulo (fls. 538/539).

Boletim de ocorrência da Polícia Militar referente ao delito tratado nos autos às fls. 541/544-verso.

Comprovante de depósito em conta judicial vinculada à 1ª Vara da Comarca de Caraguatatuba no valor de R\$ 130.489,00 (fls. 545/546).

Novo auto de entrega de 01 relógio em favor da empresa Gold Finger, mediante apresentação de nota fiscal (fls. 554/557).

Laudos periciais apresentados às fls. 563/568, 570/601 e 606/652.

Auto de entrega de armamento de propriedade da empresa Serramar Parque Shopping Ltda. a seu representante (fls. 655/659).

Às fls. 660/793 foi juntada cópia dos cadernos apuratórios instaurados pela Delegacia Seccional de Mogi das Cruzes, referente as ações delituosas praticadas por indivíduos supostamente envolvidos no delito tratado nos presentes autos. Nas referidas peças constam depoimentos de Ivanir Carlos de Almeida (fl. 672) e de Dirceu de Oliveira (fl. 676), arrolados como testemunha.

No relatório final daquele inquérito (fls. 789/792), consta a localização de R\$ 43.439,00 com os supostos envolvidos, bem como que os presos e indiciados Phelipe, Anilson e Laércio permaneceram calados durante seus interrogatórios policiais.

Foram juntadas imagens fotográficas reproduzidas do circuito de gravação do shopping na data dos fatos (fls. 794/814).

Relatório final de inquérito policial apresentado às fls. 816/828.

Decisão declinatoria de competência proferida às fls. 832/833 em razão de constar entre as vítimas a CEF, empresa pública federal, sendo recebido neste Juízo em redistribuição em 07 de maio de 2014.

Neste Juízo, foram ratificados os atos praticados perante a Justiça Estadual, inclusive em relação às prisões preventivas decretadas, e deferidos requerimentos apresentados pelo Ministério Público Federal (fls. 848/851).

Foi juntada cópia da denúncia e decisões proferidas pelo d. Juízo da 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes (fls. 869/876) pelos supostos delitos praticados pelos acusados Phelipe, Anilson e Laércio no município de Biritiba Mirim/SP. A referida denúncia foi recebida pelo juiz estadual competente.

Laudos de exames necroscópicos juntados (fls. 880/895) e exame de corpo de delito de Henrique e Sílvia (fls. 896/897).

Laudos periciais do local dos fatos (fls. 898/917 e 978/980), dos veículos utilizados no momento do delito (fls. 918/928), dos indivíduos falecidos (fls. 929/947) e demais peças, objetos e veículo (fls. 949/977).

Termo de recebimento de objetos apreendidos neste Juízo (fls. 984/986).

Cumpridas grande parte das diligências requeridas, foi proferida decisão de fls. 987/988 pelo Juízo, com determinação de destruição das armas de fogo e munições já periciadas.

O Ministério Público Federal, que apresentou manifestação e ofereceu denúncia (fls. 992 e verso e 995/997)

Em 05 de junho de 2014, foi recebida a denúncia (fls. 998/1001), mantidas as prisões preventivas decretadas e determinada a citação e intimação dos réus. No mesmo ato, foi determinado o encaminhamento dos armamentos e munições apreendidos já periciadas para acautelamento e destruição.

Citados pessoalmente (fls. 1029/1032, 1071/1074, 1075/1077 e 1144/1146), os acusados Laércio, Phelipe, Henrique e Sílvia apresentaram respostas à acusação (fls. 1078/1080, 1081/1096, 1097/1112). A defesa do acusado Sílvia requereu a concessão de liberdade provisória. Nas defesas apresentadas foram arroladas 08 testemunhas (réu Laércio – 04, réu Phelipe – 03 e réu Henrique -01), e o acusado Sílvia não arrolou testemunhas.

Folhas de antecedentes fornecidas pelo IIRGD e INI/DPF juntadas às fls. 1035/1037 e 1060 (Henrique), fls. 1040/1040-verso e 1062 (Sílvia), fls. 1042/1045 e 1064 (Phelipe), fls. 1047/1050 e 1066 (Laércio), e fls. 1052/1057 e 1068/1069 (Anilson).

Foi nomeado advogado dativo em favor do réu Anilson (fl. 1113), que declarou não ter condições de constituir um defensor de sua confiança.

Antes da intimação do defensor dativo da nomeação, o réu Anilson constituiu defensora de sua confiança (fls. 1119/1120), que retirou os autos em carga (fl. 1121).

Foi indeferido o pedido de liberdade provisória do réu Sílvia e analisadas as defesas preliminares apresentadas, sendo determinado o prosseguimento do processo penal em relação aos réus Laércio, Phelipe, Henrique e Sílvia (fls. 1122/1126). Em relação ao réu Anilson foi considerada prejudicada a nomeação de advogado dativo.

Sobreveio decisão em Habeas Corpus impetrado em favor do réu Henrique perante o E. TRF da 3ª Região, na qual foi indeferido o pedido liminar (fls. 1148/1150). Informações prestadas pelo Juízo (fls. 1151/1157).

Apesar de devidamente constituída e intimada, a defesa do réu Anilson não apresentou defesa preliminar no prazo legal, sendo novamente nomeado defensor dativo para fazê-lo, nos termos do § 2º do artigo 396-A do CPP (fls. 1158/1159). Foi apresentada peça defensiva (fls. 1162), onde foram arroladas as mesmas testemunhas indicadas na denúncia.

Não sendo verificada hipótese de absolvição sumária, foi determinado o prosseguimento do feito (fls. 1163/1166), com a expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas residentes na cidade do Guarujá e designação de data para a realização de audiência neste Juízo, nos termos do artigo 400 do CPP, para a oitiva de testemunhas e interrogatório dos acusados.

Na referida decisão também foi considerada prejudicada a oitiva das testemunhas Marcos de Oliveira Almeida (arrolada pela acusação e pela defesa do réu Anilson) e Caio Vinícius Romão da Silva (arrolada pela defesa do réu Laércio), visto que, no momento processual próprio (artigos 41 e 396-A do CPP), não foram fornecidos dados e informações mínimas para realizar suas intimações pelo Juízo.

Expedida carta precatória para a Comarca do Guarujá (fls. 1173).

Por meio de petição de fls. 1237/1239 (original às fls. 1240/1242), a advogada constituída pelo réu Anilson apresentou justificativa pela não apresentação da defesa preliminar e requereu o retorno aos autos. Pelo Juízo (fls. 1244 e verso) foi deferido o retorno aos autos, ainda sem destituição do advogado dativo, porém foi indeferida abertura de prazo para a apresentação de defesa preliminar, visto que o período constante da justificativa médica apresentada (atestado médico) é anterior à sua constituição nos autos e abertura de prazo para defesa preliminar.

O d. Juízo da Comarca do Guarujá informou a designação do dia 07 de novembro de 2014, às 14:15 horas, para a realização do ato deprecado (fl. 1275).

Termo de entrega e recebimento das armas e munições no depósito da Justiça Federal em São Paulo/SP, e termo de recebimento e destruição lavrado pelo 22º Depósito de Suprimento do Exército (fls. 1277/1282).

Em atendimento às solicitações do Juízo foram apresentadas certidões dos feitos indicados nas folhas de antecedentes dos acusados (fls. 1324, 1325, 1327, 1331, 1333 e verso, 1334, 1336, 1338, 1339, 1340, 1341/1342, 1343, 1344/1347, 1350, 1358 e verso, 1362/1365).

Em audiência realizada no dia 28 de outubro de 2014, neste Juízo, foram ouvidas as testemunhas Airton do Carmo (fls. 1375/1377), Washington Gonçalves da Silva (fls. 1378/1380), Marcelo Dias Vicente (fls. 1381/1383), Ivanir Carlos de Almeida (fls. 1384/1386) e Dirceu de Oliveira (fls. 1387/1389), arroladas pela acusação e pela defesa do réu Anilson, e procedido os interrogatórios de Silvio Silvério de Souza Junior (fls. 1390/1392), Henrique Santana Rocha (fls. 1393/1395), Phelipe Santos Ribeiro (fls. 1396/1398), Anilson de Oliveira Santos (fls. 1399/1400) e Laércio Antonio Siqueira Junior (fls. 1401/1403).

A audiência ocorreu sem percalços, com a presença de todos os réus e de seus advogados constituídos, permanecendo os réus algemados, visto que presente a exceção prevista nos termos da súmula vinculante nº 11 do STF, em razão dos atos de violência descritos na denúncia, o número de acusados presentes, as limitações espaciais da sala de audiência e a reduzida guarda presente.

A testemunha Airton do Carmo, 2º sargento da Polícia Militar, declarou (fls. 1375/1377):

... no dia seguinte dos fatos narrados na denúncia, logo pela manhã, foi convocado à participar de operação conjunta de perseguição na mata dos autores do estouro dos caixas eletrônicos do Shopping Serramar. Que na mesma tarde, deparou com o ora acusado Silvio Silverio andando pela mata com várias escoriações. Que indagado das causas dos ferimentos, Silvio alegou que tinha se machucado na Cachoeira. Que o local do encontro é difícil acesso, no meio da mata. Que desconfiados da versão apresentada, os policiais conduziram Silvio até a autoridade policial, Delegado Marcelo. Que na delegacia Silvio acabou por confessar sua participação. Que o depoente não presenciou a confissão, pois feita perante a autoridade policial e tomada a termo. Que Silvio, quando encontrado, não portava arma nem estava com dinheiro. ... que na rotina policial Silvio não circulava informação de que Silvio tinha envolvimento com crime, mas apenas que era frequentador de casa noturna e eventual usuário de drogas. Que Silvio quando da prisão não esboçou qualquer reação.

A testemunha Washington Gonçalves da Silva, vigilante do Shopping e presente no dia dos fatos, declarou (fls. 1378/1380):

... no dia dos fatos, quando acompanhava um colega de trabalho até a saída do shopping, foram rendidos por um grupo armado com todos os membros encapuçados. Que o grupo era de cerca de 10 a 15 pessoas, tendo membros armados de fuzil. Que o depoente foi rendido sem qualquer ato de violência física, tendo de ficar deitado juntamente com outros rendidos. Que foi desarmado e retirado seu colete de proteção. Que um dos membros do grupo indagou onde era a loja Gold Finger. Que o vigilante João, também rendido, foi obrigado a acompanhar dois membros do grupo até a referida loja. Que o grupo era organizado e sabia o que queria, comunicando-se principalmente com gestos. Que ficou rendido no chão por cerca de 15 minutos ouvindo apenas a explosões no interior do shopping. Que o grupo foi se retirando um a um, cada um dando apoio para o outro membro. Que como todos estavam encapuçados,

impossível reconhecer qualquer um dos membros do grupo. Que havia um líder no grupo que dava ordem aos demais.

Marcelo Dias Vicente, vigilante da Fazenda Serramar no dia dos fatos, assim declarou (fls. 1381/1383):

...Que no dia dos fatos, quando fazia sua ronda no final da madrugada foi rendido pelo grupo de cerca de 15 indivíduos, todos encapuçados e armado de pistola e fuzil. Que não houve qualquer violência física contra o depoente, que, inclusive, deixaram claro que vieram ali para pegar o dinheiro e não para machucar alguém. Que retiraram a arma e o colete do depoente, mas um membro do grupo na saída lhe devolveu o celular. Que o depoente permaneceu na parte traseira de uma pick-up por cerca de 40 minutos. Que dois membros do grupo ficaram vigiando os rendidos. Que o grupo parecia calmo. Que o grupo parecia organizado, mas não percebeu se havia alguém no comando da ação. Que rendido no interior da pick-up, ouviu os disparos e as explosões no interior do shopping. Que como estavam encapuçados, é impossível o reconhecimento de qualquer um. Que o grupo fugiu de forma organizada para os fundos da fazenda.

Em seguida, foi ouvido o cabo da Polícia Militar Ivanir Carlos de Almeida, lotado no batalhão de Mogi das Cruzes, que declarou (fls. 1384/1386):

... Que no dia 18 de março participou do final da operação conjunta de perseguição dos autores do estouro dos caixas eletrônicos no Shopping Serramar. Que o comandante do batalhão foi informado que havia uma Kombi em fuga na região de Biritiba-Mirim. Que o depoente chegou ao local após o tiroteio entre os policiais militares e os fugitivos. Que dois dos fugitivos armados de fuzil mantinham uma mulher de refém e estavam cercados pelo polícia. Que havia informações de outros fugitivos escondidos nas residências próximas. Que o cerco durou cerca de duas horas. Que a mulher feita de refém não sofreu qualquer violência física, mas ficou bastante apavorada. Que os dois foragidos acabaram se entregando após serem convencidos por um policial civil. Que, depois, o depoente e seu grupo foram alertados por uma senhora de que um terceiro fugitivo mantinha pessoas como reféns em uma residência próxima. Que o depoente, juntamente com um policial civil, adentrou a residência e encontrou o fugitivo Phelipe, mantendo um casal como refém no interior de um quarto. Que Phelipe, ao ver os policiais, não esboçou qualquer resistência, sendo algemado e conduzido à viatura. Que o casal não sofreu qualquer violência física. Que Phelipe estava nervoso, machucado e perguntava sobre o que tinha acontecido com seus companheiros. Que Phelipe não estava armado.

...

... que junto com os três foragidos presos não foi encontrado qualquer produto do roubo do shopping, mas foi encontrado dinheiro no interior da Kombi utilizada na fase final da fuga.

...

... que Phelipe quando foi encontrado estava ferido á bala na perna. Que quando o depoente chegou ao cerco policial aos fugitivos em Biritiba-Mirim, um quarto fugitivo já estava em óbito.

A última testemunha ouvida neste Juízo, Dirceu de Oliveira, tenente da Polícia Militar, comandante da 3ª Companhia da Polícia Militar, com área de atuação nas cidades de Guararema, Salesópolis e Bitiba-Mirim, declarou (fls. 1387/1389):

... Que no dia 18 de março, logo pela manhã, foi informando de que um veículo com elementos em fuga do roubo do shopping Serramar estava na região. Que foi feito o cerco tendo havido

um primeiro confronto em Salesópolis onde dois policiais militares foram feridos. Que os fugitivos conseguiram passar por um segundo bloqueio policial na divisa nos municípios da Salesópolis e Biritiba-Mirim. Que foi armado um terceiro bloqueio na cidade de Biritiba-Mirim em frente à base da Polícia Militar. Que nesse bloqueio houve a mais intensa troca de tiros, sendo mortos três dos seis fugitivos que estavam na Kombi. Que dos outros três fugitivos, o acusado Phelipe, ora reconhecido pelo depoente, foi preso por outros policiais quando mantinha um casal refém em uma residência. Que dois outros fugitivos, ora reconhecidos nesta audiência, como acusados Henrique e Laércio, mantiveram uma mulher como refém no SAMU ao lado da base da Polícia Militar. Que houve vários disparos até a dupla de fugitivos conseguir ter a refém, quando cessou a troca de tiros. Que o cerco durou cerca de uma hora, tendo a refém machucada com escoriações decorrentes da arma apontada. Que a dupla ao final se rendeu para um policial civil.

...

... a testemunha respondeu que reafirma que foi Henrique, ora reconhecido em audiência, que participou da fuga e do confronto.

...

... que não efetuou o reconhecimento na delegacia dos dois acusados que mantiveram a refém no SAMU, pois não foi o policial que efetuou oficialmente da prisão. Que na troca de tiros nos dois últimos dois cerco nos quais o depoente participou, era impossível identificar os fugitivos no interior da Kombi que a prisão efetuada após a rendição dos dois fugitivos no SAMU foi feita por investigador da Polícia Civil e foi bastante rápido.

Terminadas as oitivas das testemunhas neste Juízo, procedeu-se ao interrogatório dos acusados, observados os artigos 185 e seguintes do CPP.

O primeiro a ser interrogado foi Sílvio Silvério de Souza Júnior, que reconheceu sua participação no delito, declarando (fls. 1390/1392):

... Que participou da ação narrada na inicial, mas apenas foi o responsável pela condução do grupo e para fuga do grupo das dependências do shopping. Que foi uma espécie de guia local do grupo. Que imaginava que o grupo iria praticar roubo no interior do shopping, mas não exatamente estouro de caixa eletrônico. Que um conhecido seu de nome Rodolfo, conhecido como “boy”, sempre lhe indagava sobre as rotas de entrada e saída do shopping Serramar. Que Rodolfo participou do estouro dos caixas e foi morto dias depois. Que imaginava que Rodolfo era envolvido com drogas, mas não com roubo. Que sabia que as informações fornecidas seriam utilizadas para prática de algum crime, mas não precisamente o estouro de caixas eletrônicos. Que em seu depoimento à polícia, Rodolfo é mencionado não como “boy”, mas sim como “COE”. Que levou Rodolfo para o Guarujá para que este conversasse com um grupo de amigos, mas o depoente não sabe quem são os amigos e o que tratado na reunião da qual não participou. Que dois dias do fato narrado na denúncia foi com Rodolfo e mostrou as rotas de entrada e fuga do shopping. Que na data dos fatos, Rodolfo se encontrou com o interrogando e o levou até o grupo armado e lhe comunicou que iriam assaltar o shopping, pois o interrogando já estava enrolado e não podia mais voltar atrás. Que do grupo somente conhecia Rodolfo. Que dirigiu um dos carros utilizados no assalto, mas não ficou encapuçado e nem estava armado, permanecendo apenas com uma camiseta preta enrolada na cabeça. Que no grupo não havia um líder, pois todos sabiam o que fazer. Que permaneceu no carro fora do shopping, mas adentrou para colocar o material roubado. Que na fuga o grupo encontrou na rota previamente planejada três viaturas da polícia e, para evitar o confronto, seguiram pela estrada até a mata. Que na mata o grupo se dispersou e o interrogando se perdeu dos demais, tendo sido encontrado e preso na cachoeira perto da ponte do Poço das Antas. Que na ação jamais portou arma, assim como não ficou qualquer dinheiro ou produto do roubo. Que está arrependido pelo que fez.

...

... que não houve qualquer promessa de participação no produto do roubo, mas crê que receberia algo por sua participação.

...

... que quando encontrou o grupo perto do local da ação todos já estavam encapuçados e armados, com exceção do interrogando que teve que improvisar uma camisa preta. Que na fuga, como a estrada originalmente planejada estava bloqueada por três viaturas policiais, o interrogando apresentou as duas opções viáveis, a saber: o retorno ou pegar a estrada que terminava na mata. Que diante das opções, o grupo optou por pegar a estrada em direção à mata. Que já sabiam que era uma estrada sem saída.

...

... que na fuga quando o grupo se deparou com as três viaturas policiais, os fugitivos que estavam no carro com o interrogando tiraram o capuz. Que não reconhece qualquer um dos réus presentes na audiência.

Após, foi interrogado o acusado Henrique Rocha Santana, que negou participação na ação criminosa, declarando (fls. 1393/1395):

... Que não participou da ação narrada na denúncia. Que nenhum dos réus presentes na audiência. Que no dia dos fatos estava em casa no Guarujá. Que do grupo que participou da ação conhece apenas Thompson que morreu na fuga. Que na noite do sábado para domingo recebeu uma ligação de Thompson, quando estava na Rua São Jorge no Guarujá. Que Thompson pediu, em nome da amizade de ambos, para que o interrogando fosse buscá-lo nas proximidades do CDP de Caraguatatuba, pois as coisas não estavam boas, e que não podia falar por telefone. Que um amigo de Thompson foi quem veio com um telefone já com Thompson na linha perguntando que era o Henrique. Que não sabe o nome do rapaz que estava com o telefone com Thompson na linha. Que conhecia Thompson desde a infância e não sabe de qualquer envolvimento deste com delito. Que, seguindo orientações de Thompson, pegou a estrada ao lado do CDP e depois de alguns metros encontrou uma barreira policial. Que os policiais, após terem a informação de que o interrogando era do Guarujá e já tinha uma condenação anterior, levaram para o mato e colocaram sacola na cabeça para confessar. Que não portava que a Polícia alega ter apreendido, mas apenas R\$ 130,00. Que sua amiga Melissa foi quem o levou até a frente do CDP. Que não sabe o nome completo de Melissa. Que nunca trabalhou com explosivos e não sabe manejá-los. Que quando da prisão não portava armas.

...

... que somente assinou seu depoimento perante a polícia, que foi torturado e ameaçado de morte. Que não conhece qualquer pessoa de apelido de “véio” ou “cabeça”. Que a polícia mostrou como forma de ameaça uma câmera digital com a foto de uma pessoa baleada na cabeça.

...

... que nunca foi ao município de Bititiba-Mirim e nem conhece onde é. Que não participou de qualquer ação em Biritiba-Mirim no dia 16 de março, pois já estava preso.

...

... que não sabe porque foi envolvido neste história. Que acha que a polícia o envolveu em virtude de seus antecedentes e de morar e ter nascido no Guarujá.

Passou-se ao interrogatório de Phelipe Santos Ribeiro, que negou participação no delito e declarou (fls. 1396/1398):

... Que não participou do estouro de caixas eletrônicos no shopping Serramar. Que na terça-feira, dia 18 de março, Mariana, namorada do padrinho do filho do interrogando, lhe pediu ajuda para buscar, na estrada de Rio Claro, Julio, padrinho de seu filho. Que Mariana infor-

mou que Julio estava ferido. Que o interrogando aceitou o pedido de ajuda, pois era próximo e devia favores ao casal. Que se dirigiu a estrada de Rio Claro acompanhado de Laércio, ora acusado, também conhecido como Júnior. Que a dupla se dirigiu a estrada Rio Claro e um Pálio com ajuda do GPS. Que quatro fugitivos no interior da Kombi reconheceram a placa do município do Guarujá do Palio. Que o pessoal da Kombi fortemente armado parrou o Palio e ordenou que o interrogando e o corréu Laércio entrassem na Kombi. Que em seguida houve forte troca de tiros e a Kombi bateu. Que foi baleado na perna e conseguiu fugir sozinho. Que se escondeu na casa onde foi preso. Que não fez o casal de refém e não fez nenhum a ameaça, apenas pediu ajuda. Que pediu para o casal que se encontrava no quarto que trancasse a porta da dependência, sendo atendido espontaneamente pelo casal. Que não estava armado quando foi preso e sem dinheiro no bolso, pois tinha deixado a carteira com pouco dinheiro no Palio. Que acredita que foi envolvido nesta história apenas por tentado ajudar um amigo. Que nunca soube que Julio, padrinho de seu filho, estivesse envolvido com a prática de qualquer crime.

...

... que o Palio utilizado na viagem até a estrada Rio Claro é de sua propriedade, sendo registrado no DETRAN em seu nome.

Em seguida foi realizado o interrogatório de Anilson de Oliveira Santos, que, após relatar sua condição pessoal, vida familiar e antecedentes, manifestou o desejo de permanecer calado, respondendo apenas uma pergunta de sua defesa técnica no sentido de que “que possui um barco de pesca e se considera preso injustamente” (fls. 1399/1400).

Por fim, foi realizado o interrogatório de Laércio Antonio Siqueira Júnior, que negou participação no delito declarando (fls. 1401/1403):

... Que não participou do estouro dos caixas eletrônicos no shopping. Que apenas, no dia 18 de março, acompanhou Phelipe, padrinho de seu filho, até a estrada Rio Claro. Que Phelipe passou desesperado em sua casa pedindo para acompanhá-lo, pois um amigo de Phelipe tinha sido ferido e pedia ajuda. Que o nome do amigo ferido era Julio, mas Phelipe não entrou em detalhes como Julio havia sido ferido. Que os dois foram até a estrada Rio Claro em um Palio com utilização de GPS. Que na estrada foram parados por uma Kombi. Que o pessoal da Kombi fizeram com que Phelipe e o interrogando entrasse no veículo. Que o pessoal da Kombi estava fortemente armado. Que os dois entraram na Kombi, pois pensavam que Julio estivesse no veículo. Que fizeram com que o interrogando dirigisse a Kombi. Que a Kombi passou por bloqueios policiais em meio a intensos tiroteios. Que o co-piloto armado ordenava para o interrogando acelerar. Que no último bloqueio teve que desviar a Kombi acabando por bater na saída da estrada. Que após a batida o tiroteio se intensificou. Que o interrogando em nenhum momento esteve armado. Que o interrogando ficou ferido e fugiu da Kombi batida por medo de morrer. Que além do interrogando e seu amigo Phelipe havia mais quatro elementos na Kombi. Que após a batida, o grupo da Kombi se dispersou. Que na fuga seguiu os dois fugitivos que pegaram uma senhora como refém no SAMU. Que em nenhum momento esteve armado, tendo abraçado a refém como forma de proteção, pois os outros dois eram alvo de intenso tiroteio. Que um dos fugitivos morreu e o interrogando pegou seu fuzil, apontou para a refém e pediu “pelo amor de Deus” para chamar a imprensa. Que agiu assim apenas em legítima defesa para assegurar a sua própria sobrevivência. Que conhece, entre os acusados, apenas Phelipe. Que o interrogando e o outro foragido resolveram se entregar para a Polícia Civil, pois a Polícia Militar tinha ordem de matá-los. Que a prisão em si foi bastante rápida e feita por um investigador da Polícia Civil. Que houve certa disputa entre a polícia civil e militar para ver quem faria a ocorrência. Que o interrogando foi para o hospital porque estava baleado. Que no hospital colocaram ao lado do interrogando dois cadáveres de elementos que estavam na Kombi. Que ao ver a cena o interrogando desmaiou. Que após o hospital fez exame de corpo de delito e foi encaminhado para prisão

...

... que dos acusados presentes nesta audiência somente Phelipe estava na Kombi na fase final da fuga.

Terminadas as oitivas das testemunhas e interrogatórios dos réus, foi determinado que se aguardasse a devolução da carta precatória expedida para a Comarca do Guarujá/SP para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, para fins de garantir a ampla defesa e o contraditório constitucionalmente assegurados (fls. 1372/1374).

Pela Polícia Militar do Estado de São Paulo foi encaminhado ofício solicitando a liberação do carregador da Pistola nº 57943. Modelo PT-24/7, Patrimônio nº 210185830 (fls. 1408/1411).

A Delegacia de Polícia Civil de Caraguatatuba/SP encaminhou ofício contendo laudo pericial realizado com “reproduções fotográficas das imagens” do local do crime (fls. 1414/1480); laudos de exames necroscópicos de Roberto Urias Fernandes (fls. 1481/1483), Tompson Silva de Oliveira (fls. 1484/1487) e Júlio Souza da Silva (fls. 1488/1490); laudo pericial realizado no documento CRLV e bilhete DPVAT nº 10.158.721.030 - veículo VW – Spacefox, 2006/2007, cor cinza, placa DQH5784, emitido em 06/05/2013 – (fls. 1491/1493); Laudo pericial realizado no documento CNH nº 374.990.663 (fls. 1494/1496); cópias dos laudos de lesão corporal realizados em Laércio Antonio de Siqueira Júnior (fl. 1497) e em Mário Carlos Martins Júnior (fl. 1498); e cópia de laudo de exame necroscópico realizado em Rodolfo Suffredini de Moraes (fls. 1499/1500), acompanhado de cópia do boletim de ocorrência nº 161/2014 emitido pela Delegacia Seccional de Mogi das Cruzes (fls. 1501/1571) em 18/03/2014.

Acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 0017838-43.2014.4.03.0000/SP – TRF 3ª Região (fls. 1522/1530), que denegou a ordem pleiteada em favor do réu Henrique Santana Rocha.

A carta precatória expedida para a Comarca de Guarujá/SP para oitiva das demais testemunhas arroladas nos autos foi devolvida (fls. 1531/1637). Naquele d. Juízo, as testemunhas Ewerton Silva de Oliveira, Juliana Souza de Oliveira, Mirtes Alexandre da Silva, Maurizia da Silva Santos e Kely Fernanda Nogueira de Siqueira foram ouvidas. Houve desistência pela defesa da oitiva das testemunhas Melissa de Moura da Silva, Carlos César B. de Araújo, Adriano Vieira dos Santos e Maria Virgínia dos Santos Santana, que foram homologadas (fl. 1630).

As oitivas foram realizadas no sistema de gravação digital audiovisual, conforme CD anexado às fls. 1636. Da análise das oitivas, verifico que nenhuma das testemunhas tinha conhecimento dos fatos narrados na denúncia.

Ewerton Silva de Oliveira declarou ser irmão de Tompson, indivíduo que foi a óbito em decorrência de confronto com policiais após o cometimento do delito, e foi ouvido como informante. Declarou ter ouvido dizer que o irmão tinha se deslocado para Caraguatatuba para a prática de roubo e que havia mortos, porém não tinha conhecimento do envolvimento de seu irmão com a prática de crimes.

Juliana Souza de Oliveira, também foi ouvida como informante do Juízo por ser irmã de Júlio Souza da Silva, também falecido em decorrência de confronto com policiais após o cometimento do delito. Nada sabia sobre os fatos e foi quem reconheceu o corpo do irmão. Declarou que pessoas no bairro comentavam que Júlio estava envolvido em “coisas erradas” e que era para “ficar de olho”, mas que o irmão sempre negava tal fato.

Mirtes Alexandre da Silva foi ouvida como testemunha e declarou conhecer o acusado Phelipe, pois trabalhou, com empregada, em um carrinho de praia de propriedade do acusado e de sua mãe, relatando que a relação era patrão-empregada. Não declarou e nem foi perguntada

quanto ao local de trabalho, a época em que trabalhou, periodicidade ou outros elementos da relação empregatícia.

A testemunha Maurizia da Silva Santos declarou ser conhecida de Phelipe há 04 anos, sendo “vizinha de porta” e que comprava de Laércio “roupa de marca” para seu filho, nada sabendo sobre os fatos narrados nos autos.

Kely Fernanda Nogueira de Siqueira também foi inquirida como informante por ser irmã do acusado Laércio. Declarou ser proprietária de estabelecimento comercial prestador de serviços de mercado e hortifruti e que seu irmão trabalha lá e sempre a ajudou, recebendo entre R\$ 200,00/R\$ 250,00 por semana.

O Ministério Público Federal, nos termos do artigo 402 do CPP, apresentou manifestação de fl. 1638 requerendo a juntada de mídia digital, contendo cópias de arquivos e downloads (fl. 1639), e a oitiva de nova testemunha, o Delegado de Polícia Civil, Dr. André Junji Okari.

Juntada certidão do processo nº 0016438-68.2010.8.26.0223, na qual consta com corrêu Phelipe Sabntos Ribeiro (fl. 1642).

Novo ofício da Polícia Militar do Estado de São Paulo requerendo a liberação do carregador da Pistola marca Taurus nº SDW-57943, modelo PT-24/7 PRO TACTICAL, patrimônio 210185830 (fl. 1645).

Juntada cópia do acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 0019460-60.2014.4.03.0000/SP – TRF 3ª Região (fls. 1653/1659), que denegou a ordem impetrada em favor de Silvio Silveiro de Souza Junior.

A defesa técnica de Henrique Santa Rocha informou que nada tem a requer na fase do artigo 402 do CPP (fl. 1661). As outras defesas não se manifestaram nesta fase.

Com o fito de assegurar o contraditório e a ampla defesa, este Juízo, por meio da decisão de fl. 1663, determinou a vista à defesa dos acusados para ciência, e eventual manifestação, em relação à mídia apresentada pelo MPF (fl. 1639) e em relação aos documentos e imagens de fls. 1412/1517. Determinou, também, que eventual restituição de material para a Polícia Militar do Estado de São Paulo seria apreciada por ocasião da prolação da sentença.

As defesas técnicas foram devidamente intimadas, havendo manifestação apenas pela defesa do réu Henrique (fls. 1686 e 1687).

Em 03/02/2015, foi apresentado requerimento de restituição do veículo Toyota, modelo Corolla, ano/modelo 2010/2111, que foi autuado em apartado e distribuído por dependência ao presente feito, sendo registrado sob nº 0000085-64.2015.403.6135.

Foi indeferido o pedido de oitiva de testemunha, como informante do Juízo, apresentado pelo Ministério Público Federal, por ausência de necessidade de tal oitiva, visto que o feito já se encontrava devidamente instruído com realização de provas periciais, documentais, testemunhais e juntada de imagens em arquivos gravados em mídia digital, em todos observados o tempo e fase processuais próprios, permitindo a apreciação e aferição das condutas imputadas aos acusados, possibilitando o julgamento nos autos dos pedidos apresentados pelas partes referentes ao mérito (fls. 1688/1689).

Encerrada a instrução probatória, foi dada vista às partes para apresentação de memoriais nos termos do § 3º do artigo 403 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal, em alegações finais em forma de memoriais (fls. 1691/1699-verso), entendeu que o processo teve tramitação regular, com observância aos princípios e garantias constitucionais e legais. No mérito, alegou estar comprovada a materialidade delitiva, pela utilização de armas de fogo de grosso calibre, definindo como “arsenal”, que foi

utilizado para reduzir a capacidade de resistência de vítimas durante o cometimento do delito e, após, durante a fuga, para confronto com forças policiais e roubo do veículo Kombi.

Sustentou também, para a comprovação da materialidade delitiva por meio do laudo pericial de fls. 1415/1480, apontando todo o itinerário criminoso dos denunciados e seus comparas com indicação do trajeto do crime, desde o ingresso do estabelecimento comercial, com rendição das pessoas encontradas no trajeto, até a explosão dos caixas eletrônicos e subtração de numerário em valor superior a R\$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais), com recuperação parcial do valor no total de R\$ 173.937,00 (cento e setenta e três mil, novecentos e trinta e sete reais).

Indicou que do valor recuperado de R\$ 96.344,00 (noventa e seis mil, trezentos e quarenta e quatro reais) foi apreendido com os denunciados, com exceção de Sílvio. Conclui que “avulta-se incontestável a existência do crime, tendo em vista a farta documentação juntada aos autos, laudos periciais e depoimentos testemunhais”.

No que tange à autoria delitiva, entende também comprovada “a responsabilidade dos denunciados pela prática do crime em apuração”.

Em relação a Sílvio, ressaltou sua confissão de participação do delito nos interrogatórios realizados na fase policial e judicial, dando detalhes de sua participação, sustentando que exerceu participação ativa e auxiliou materialmente na prática do delito, servindo como guia local do grupo, dirigindo veículo e auxiliando na fuga do local.

Entendeu estar também comprovada a autoria do acusado Henrique, que confessou sua participação do delito na fase policial, indicando sua função na atividade criminosa (“lança” e “recolha”). Alegou que o depoimento do réu em sede judicial é “estória fantasiosa no intuito de se eximir da responsabilidade pela participação”, concluindo que o acusado “mentiu ao D. Magistrado”.

Quanto aos corréus Phelipe, Laércio e Anilson, entendeu ser:

uniforme, uníssonos e incontestável que esses três denunciados empreenderam fuga se utilizando do veículo Kombi, placas OQL 1356, Belo Horizonte/MG, de propriedade da empresa de locação de veículos LOCALIZADA RENT A CAR S.A. – que foi roubada pelos denunciados PHELIPE, ANILSON e LAÉRCIO no KM 47 da Estrada do Rio Pardo, após terem roubado outro automóvel, um Fiat Pailo, no KM 22 da mesma estrada, conforme a farta prova testemunhal dos policiais que foram no encalço dos denunciados e com eles trocaram tiros entre os Municípios de Caraguatatuba e Biritiba-Mirim, onde todos os três foram delitos.

Prosseguiu indicando que Anilson permaneceu calado em seus interrogatórios nas fases policial e judicial. Já Phelipe e Laércio “depuseram uníssonos em suas declarações, num relato uniforme de combinação de suas versões para falsear a verdade”, indicando que o “ponto crucial da trama inventada foi a passagem de ambos no interior da Kombi utilizada pelos criminosos em fuga”.

A seu ver, a versão de que teriam sido forçados a ingressar na Kombi por indivíduos fortemente armados apresenta contradições entre os próprios depoimentos dos acusados Phelipe e Laércio com o testemunho do policial militar Dirceu Oliveira, as imagens contidas na mídia eletrônica de fls. 1638/1639 e o depoimento de Marina de Souza Rosa (fl. 680), que inclusive reconheceu Laércio e Anilson.

Prosseguiu analisando os depoimentos dos policiais Airton Luiz dos Santos e Ivanir Carlos de Almeida, indicando que Phelipe foi encontrado e preso no interior de uma residência, onde

mantinha seus dois proprietários como reféns.

Fez esclarecimentos em relação a “equivoco extremamente irrelevante” no depoimento prestado pela testemunha Dirceu de Oliveira, que reconheceu Henrique em audiência, apesar de Henrique, um dia antes, ter sido preso em Caraguatatuba, local no qual a testemunha não havia atuado na perseguição policial, entendendo que a contradição da testemunha “deve ser relevada, pois em nada contribui para macular a prova produzida nos autos”.

Concluiu que os réus, “de forma livre, voluntária, consciente, perpetraram conduta tipificada no art. 2º, § 2º, Lei 12.850/2013 e no art. 157, § 2º, I, II e V, c/c art. 29, do Código Penal”, que infringiram a ordem jurídica, sem qualquer causa justificadora e com consciência plena da ilicitude dos seus atos.

Em relação à fixação da pena, alegou que todos os denunciados, com exceção de Sílvio, possuem maus antecedentes penais, fazendo considerações sobre a conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime, que sustentou ser desfavoráveis, indicando quantum da pena base dos delitos que entende correta.

Requeru, também, a aplicação das circunstâncias agravantes previstas no artigo 61, incisos I e II, “d”, do Código Penal, pela existência de reincidência e pelo fato do crime ter sido praticado com emprego de explosivos.

Por fim, requereu a aplicação de causa de aumento de pena prevista no § 2º, do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, na graduação máxima visto que os denunciados fizeram uso de arma de fogo de grosso calibre e de inúmeras outras armas distribuídas, como pistolas e revólveres, entre os integrantes e a aplicação da causa de aumento prevista no § 2º, incisos I, II e V, do artigo 157 do CP.

A defesa do réu Sílvio Silvério de Souza Júnior, representada por defensor regularmente constituído, apresentou memoriais (fls. 1719/1733), fazendo considerações sobre como os fatos ocorreram na sua visão, indicando, em síntese, a responsabilidade pelo crime de indivíduo de nome “COE”, que organizou o delito e “mandou” o acusado “puxar o bonde” e que, durante a fuga, obrigou-o a ficar com os demais na mata. Que nada foi encontrado com o acusado no momento da abordagem, que se entregou espontaneamente.

Em relação ao mérito, alegou que “não possuía qualquer dolo nos fatos praticados pelos demais acusados, pois sequer sabia das intenções destes”, requerendo, em caso de eventual reconhecimento de sua participação, que seja reconhecida que foi de menor importância, sob alegação de que não tinha o domínio do fato, aplicando causa de diminuição de pena nos termos do artigo 29 e § 1º do CP, citando doutrina e jurisprudência que entendeu pertinentes.

Fez considerações sobre a fixação do regime prisional, que não pode ser mais severo em razão da gravidade abstrata do crime, segundo jurisprudência do STJ, indicando que a grave ameaça é elemento do tipo e “o emprego de arma é circunstância elementar da qualificadora”.

Finalizou, requerendo seja considerado a primariedade, a colaboração com a Justiça, a participação de menor importância para a “aplicação da Pena no mínimo legal, com a diminuição da pena em grau Máximo”.

Por certidão de fl. 1736 verifica-se que, com exceção do réu Sílvio, as defesas dos demais réus não apresentaram memoriais no prazo legal, sendo determinada nova intimação para tanto (fl. 1737).

Foram apresentados memoriais de defesa em favor de Laércio Antonio de Siqueira Júnior e Phelipe Santos Ribeiro (fls. 1738/1745). Alegaram que “não há prova robusta que aponte com a certeza absoluta que se exige o Direito, a real autoria dos delitos descritos na denúncia”.

Fizeram considerações sobre as alegações da acusação em relação aos depoimentos prestados de forma uníssona, considerando-os verdadeiros. Afirmaram categoricamente que não cometeram os delitos descritos na denúncia e que só se deslocaram a pedido de uma pessoa chamada Julio, que “havia ligado solicitando ajuda para ir embora da cidade, não informando o motivo”.

Reafirmaram a ausência de provas concretas da participação no delito e que as filma-gens existentes e as testemunhas não indicam quem são os agentes do delito, sendo ônus da acusação “a obrigação de provar o que alega”, o que não foi feito, sendo que a autoria alegada “não passa de mera especulação sem qualquer comprovação durante o contraditório”, e que a acusação está se valendo de “meros indícios”. Citaram doutrina e jurisprudência que entenderam pertinentes.

Em relação à acusação de participação em organização criminosa, sustentaram que a denúncia não descreveu, e não houve comprovação nos autos durante a instrução criminal da existência de “vínculo consistente entre os denunciados” para tal comprovação.

Ao final, requereram a absolvição dos acusados “pela total ausência de provas”.

Em 16/03/2015, foi apresentado requerimento de restituição do veículo Fiat - Palio Fire Economy - ano/modelo 2013, cor prata, placa FIZ 2673, que foi autuado em apartado e distribuído por dependência ao presente feito, sendo registrado sob nº 0000336-82.2015.403.6135.

A defesa constituída de Henrique Santana Rocha apresentou seu memorial defensivo (fls. 1746/1778), no qual fez breve relato dos fatos, consignando que o acusado Henrique “jamais deveria ter sido processado e, por conseguinte, não deverá ser condenado, uma vez que não praticou as nefastas condutas descritas”.

Em preliminar, alegou a existência de nulidade, consistente da inépcia formal de denúncia, sustentando que não cumpriu os requisitos do artigo 41 do CPP, visto que “tão somente traz à baila informações genéricas sobre a empreitada criminosa, não consignando o papel de cada denunciado nos fatos em debate”. Citou doutrina e jurisprudência que entendeu aplicável, sustentando que tais falhas impediram o acusado de exercer o direito de defesa. A seu ver, a denúncia sequer poderia ter sido recebida, devendo ser reconhecida a “inépcia da exordial acusatória”.

Em relação ao mérito, alegou que a acusação “não merece lograr êxito”. Entendeu não comprovados todos os requisitos constitutivos para reconhecimento da existência de organização criminosa, citando doutrina a respeito da matéria. Fez menção e esclarecimentos sobre a necessidade de haver prova inequívoca da reunião de pessoas, estável e permanentemente, estruturada, com clara divisão de tarefas, o que, entende, não restou comprovado nos autos, nem que os acusados “se reuniam para a prática de outros crimes”, e que “no máximo, pode existir um concurso eventual de pessoas”.

No que se refere ao delito do roubo triplamente qualificado, também negou a participação do acusado em seu cometimento. Alegou, conforme teor do interrogatório judicial, que estava no Guarujá no dia dos fatos e somente se deslocou para Caraguatatuba em razão de ligação recebida de Thompson, que solicitou “que em nome da amizade de ambos fosse buscá-lo nas proximidades do Centro de Detenção Provisória de Caraguatatuba/SP”. Prosseguiu, sustentando que “um rapaz lhe trouxe o telefone já com o THOMPSON na linha, mas não sabe o nome dele” e que “segundo a orientação de seu amigo de infância, o defendido se embrenhou na estrada ao lado do CDP de Caraguatatuba/SP e depois de alguns metros encontrou uma barreira policial”.

Alegou que não portava a quantia de R\$ 5.025,00, que foi torturado num matagal pelos militares que efetuaram sua prisão e que foi uma amiga de nome Melissa quem o levou até as

imediações do CPD.

Indicou a contradição entre o testemunho do Tenente da Polícia Militar, Dirceu de Oliveira, que o reconheceu como ter sido preso em Biritiba-Mirim, quando já estava detido em Caraguatatuba, concluindo que “o defendido está sendo sincero com esse Douto Juízo ao asseverar que não tem qualquer envolvimento com o roubo”, e “que tudo não passa de uma trama dos policiais”, que, inclusive, fizeram perguntas sobre fuga ocorrida no ano de 2007 com vítima policial que “sequer existia pertinência para a consignação dessa pergunta”.

Pugnou pela aplicação do artigo 155 do CPP, sustentando a ausência de provas produzidas em contraditório judicial que indiquem sua participação no delito, apontando jurisprudência e citações doutrinárias indicadoras da impossibilidade de uma condenação baseada exclusivamente em provas orais obtidas no inquérito policial, bem como a parcialidade dos depoimentos prestados por agentes policiais sem confirmação de terceira pessoa.

Concluiu que não há comprovação inequívoca da autoria e culpabilidade, não havendo possibilidade de se condenar “baseado em provas parcas e frágeis”.

Manifestou-se também sobre a causa de aumento de pena referente à restrição da liberdade da vítima, em caso de eventual condenação pela prática do roubo, entendendo que tal circunstância deve ser aplicada ao autor do roubo que “além do mínimo indispensável para assegurar o produto da subtração, detém a vítima em seu poder”. Sustenta que, no caso dos autos, a liberdade foi restringida “tão somente para a realização do intento pretendido”, que foi a subtração dos bens almejados, não devendo ser aplicado a causa de aumento referida.

A defesa do acusado Anilson encaminhou suas alegações finais por meio de fac-símile (fls. 1781/1784), em 25/03/2015, e não apresentou os originais no prazo legal (fl. 1785), sendo necessária a determinação de intimação da i. patrona a apresentá-los (fl. 1786), que só veio a ser cumprido em 15 de abril de 2015 (fls. 1788/1791).

Na referida manifestação, alegou, em síntese, não existir “provas sobra a participação do acusado na empreitada descrita na denúncia, tanto é que a acusação preferiu tecer comentários sobre os fatos apurados na cidade de Mogi das Cruzes/SP, ao invés de explorar o que há no processo, demonstrando assim a fragilidade probatória”.

Sustentou que o acusado, usufruindo de seu direito constitucional, preferiu permanecer calado em seu interrogatório e que não foi reconhecido pelos Policiais Militares ouvidos em Juízo. Alegou que as filmagens juntadas e os depoimentos das testemunhas não apontam os autores do delito e que a questão relativa ao roubo da Kombi não está sendo tratada no presente feito.

Asseverou que é ônus da acusação produzir provas para sustentar a condenação, nos termos do artigo 156 do CPP, o que, a seu ver, não foram produzidas, requerendo a improcedência da ação penal, com a absolvição do acusado. Trouxe à colação jurisprudência que entendeu aplicável.

Com a apresentação dos memoriais das partes, vieram os autos conclusos para sentença. *É o relatório. Fundamento e decido.*

O Ministério Público Federal requer a condenação dos réus por incursos nas seguintes condutas delituosas:

Organização Criminosa - Lei nº 12.850/13:

Art. 2º - Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

...

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

A organização criminosa é definida no § 1º do artigo 1º da referida lei que dispõe:

Art. 1º - Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

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

...

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

...

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Em primeiro lugar, passo à apreciação da preliminar de inépcia formal de denúncia levantada pela defesa do acusado Henrique, que alegou desrespeito aos requisitos do artigo 41 do CPP, pois, ao inicial acusatória “tão somente traz à baila informações genéricas sobre a empreitada criminosa, não consignando o papel de cada denunciado nos fatos em debate”.

Não há inépcia da denúncia. Houve descrição suficiente das condutas e circunstâncias fáticas atribuídas aos acusados, incluindo Henrique, permitindo e possibilitando ao mesmo ter conhecimento das razões pelas quais está respondendo em juízo pela prática de condutas típicas que lhes são atribuídas. Tanto é assim que se defendeu tecnicamente até o atual estágio processual, sendo rigorosamente observados os primados da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, conforme entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos crimes de autoria coletiva, multitudinário ou praticados em concurso de pessoas, nos quais se revelem de difícil individualização a conduta de cada participante, é admissível a inicial acusatória de forma genérica, sendo prescindível a descrição pormenorizada da atuação de cada um dos agentes.

Não houve qualquer prejuízo processual face à apresentação de diversas teses defensivas pelo acusado, inclusive em seu interrogatório, dando sua versão quanto à prisão efetuada e o motivo de seu deslocamento da cidade do Guarujá até Caraguatatuba, pois a denúncia deixou claro o porquê o acusado está sendo processado criminalmente.

Afastada a preliminar de inépcia da inicial, verifico a presença dos regulares os pressupostos processuais e das condições da ação.

Tendo o processo tramitando observando-se o devido processo legal e a ampla defesa, passo a análise do mérito.

Em relação ao delito de roubo, descrito no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do CP, a materialidade delitiva está devidamente comprovada.

No entanto, não verifico comprovada a materialidade do crime de organização criminosa, descrito no artigo 2º, § 2º, c/c artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, nem a ocorrência da hipótese descrita no inciso V, do § 2º, do artigo 157 do CP.

- Da Organização Criminosa

A comprovação de participação de indivíduo em promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, requer, em primeiro lugar, a comprovação da existência da própria organização criminosa caracterizada, nos termos da lei, pela associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Contudo, da análise das provas produzidas nos autos, não ficou demonstrada a associação dos denunciados “de forma organizada, estruturada, estável e com distinção de tarefas”.

O tipo penal indica ser indispensável o caráter estável e permanente para a prática de infrações penais graves, visto com penas máximas superiores a quatro anos.

No caso concreto, apesar do modo de agir se similar a diversos delitos cometidos recentemente, inclusive da região de competência territorial deste Juízo. Tal fato não demonstra a existência, por si só, a participação dos acusados em organização criminosa.

Há indícios de preparação prévia para o delito como a subtração de veículos, a cooperação de morador do local com conhecimento das vias de acesso e saída, a “arregimentação” de pessoas para a prática do delito, a separação e preparação de armamento e explosivos e a forma organizada que o grupo se portou.

No entanto, é natural neste tipo de delito que haja preparação prévia dos agentes para sua prática, dada sua complexidade e forma de atuação, o que já é tratado pelo legislador ordinário, ao incluir como circunstância agravante ou causa de aumento de pena no próprio Código Penal.

Para a comprovação da organização criminosa, delito autônomo, se exige mais, ou seja, a comprovação, sem sombra de dúvidas, da existência de uma “sociedade do crime”, em que seus participantes têm funções, atribuições, de modo que “sejam parte de um todo”, mediante a prática de infrações penais.

Não há indicação pelo órgão acusatório, dentre as provas produzidas, de qual estruturação e organização se verificou, ou as atribuições de cada um dos denunciados ou de outrem na referida organização e quais infrações penais foram ou estão sendo cometidas.

Há dúvida razoável, que permanece mesmo depois da análise detida dos elementos probatórios colhidos, sobre a existência de associação criminosa, como descrita na Lei nº 12.850/13.

Assim, com base nos elementos colhidos durante a instrução processual, não é possível conduzir à certeza de que praticaram tal delito, restando evidente a inexistência da materialidade do delito, e, de consequente, a autoria e responsabilidade penal dos corréus pela prática do delito descrito no artigo 2º, § 2º, c/c artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, sendo a absolvição medida que se impõe nos termos do artigo 386, do Código de Processo Penal.

- Do Crime de Roubo com utilização de explosivos e das causas especiais de aumento de pena

As provas colhidas convergem para a certeza da materialidade do delito de roubo com utilização de explosivos, bem como da existência das circunstâncias indicadas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157. Em relação ao inciso V não verifico a existência de elemento nos autos a considerá-la.

Restou comprovado, que na madrugada em 15 de março de 2014, vários indivíduos organizados e armados, adentraram no Shopping Serramar, renderam funcionários mediante de grave ameaça e procederam a roubo de caixas eletrônicos e diversos estabelecimentos comerciais, nos termos do Boletim de Ocorrência nº 1481/2014 (fls. 08/14).

Os veículos utilizados tinham placas adulteradas, sendo um produto de furto em 16/02/2014 (VW/Space Fox – BO nº 5629/14), outro produto de roubo em 17/02/2014 (Honda/Civic – RDO nº 656/14 – DP de Bertioga), e o último com queixa de estelionato em 10/02/2014 (Toyota/Corolla – RDO nº 15/14 – 2º DP DIG/DEIC).

Para chegar ao Shopping, utilizaram estrada vicinal, passando por dentro de propriedade denominada “Fazenda Serramar”, onde renderam funcionários e seguranças, subtraindo arma de fogo e colete balístico. Dentro do grupo havia elemento com conhecimento das vias existentes na região. No seu depoimento, a testemunha Marcelo Dias Vicente (fls. 1381/1383) relatou com clareza que foi rendido por grupo, com cerca de quinze indivíduos, armados com pistola e fuzil, permanecendo assim até o final da ação criminosa. Relatou também que não houve violência física e que se ouviram disparos e explosões vindos do shopping.

Foram rendidos os funcionários e vigilantes em serviço. Conforme depoimento, Washington Gonçalves da Silva, vigilante do Shopping (fls. 1378/1380), informou ter sido rendido sem qualquer ato de violência física e ter ficado juntamente com os outros rendidos. Prosseguiu relatando que o grupo era organizado, com membros empunhando fuzil e que foi indagado sobre a localização da loja GoldFinger.

Com a situação sob controle, o grupo procedeu a subtração, com ajuda de explosivos, de numerário dos caixas eletrônicos do Banco Santander, da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil e do Bradesco, com subtração de R\$ 283.634,00, conforme declarações dos representantes do Banco do Brasil (fls. 344/345), Bradesco (fls. 347/348), Santander (fls. 351/353) e CEF (fls. 354/357).

Na mesma ação, foram invadidas as lojas TIM, Relojoaria Gold Finger, Ótica e Relojoaria São Sebastião, Relojoaria Suiça e Lojas Americanas, que tiveram objetos subtraídos. Fatos comprovados pelo gerente geral do Shopping (fl. 252), e pelos representantes da Ótica e Relojoaria São Sebastião (fl. 214), das Lojas Americanas (fls. 226/229 – RDO nº 1509/2014) e da empresa Goldfinger (fls. 422/423 e fls. 525/537).

A ação criminosa também foi bem relatada por outros funcionários do Shopping (fls. 215/225) e gravada pelo circuito de gravação do shopping, com algumas imagens reproduzidas às fls. 794/814 e com laudo pericial de imagens de fls. 1415/1479. Tais provas atestam cometimento do delito por mais de duas pessoas e como foram realizadas as abordagens, a condução e guarda de reféns com arma longa em punho, a invasão e movimentos dentro estabelecimento comercial com disparos de arma de fogo e a utilização de explosivos.

Os laudos periciais realizados (fls. 898/917 e 978/980) indicam o local de ingresso do grupo, as munições deflagradas, os caixas eletrônicos danificados pelas explosões, os danos causados nas vitrines e dependências das lojas e do estabelecimento comercial, em decorrência dos arrombamentos, das explosões e dos disparos de arma de fogo.

Os relatos das vítimas e testemunhas, os resultados de perícias, as munições deflagradas apreendidas e as fotos do local dos crimes com “furos” de projéteis de arma de fogo fazem

prova inequívoca da potencialidade lesiva dos armamentos utilizados pelos criminosos.

Tendo o delito sido praticado em concurso de pessoas, basta que um dos agentes utilize arma de fogo, para tal causa de aumento que se estenda aos demais, o que ocorreu no presente caso. O mesmo ocorre com a utilização de explosivos pelo grupo criminoso.

Restou, portanto, plenamente comprovado que o roubo foi praticado em concurso de duas ou mais pessoas (inciso II) e que houve utilização de armas de fogo, inclusive de uso restrito, com potencialidade lesiva (inciso I). Também plenamente comprovado que houve utilização de explosivos na ação criminosa, causando danos nos caixas eletrônicos, a fim de subtrair seu numerário, e, também, nas instalações do shopping e nas lojas localizadas ao redor.

Terminada a ação, saíram do local organizadamente e empreenderam fuga utilizando vias secundárias “pelos fundos da fazenda” (fls. 1381/1383).

Neste momento, forças policiais, alertas pelo ocorrido, já estavam de prontidão e deram início à perseguição pela estrada nos fundos da fazenda. Os veículos utilizados na ação foram abandonados (fls. 16/17) e os fugitivos adentraram na mata a pé.

Com a localização do grupo criminoso, a ação policial se intensificou, mas, mesmo com o cerco policial, o grupo não se entregou e evadiu-se pela mata.

Nos dias seguintes, com o incremento de novas equipes na perseguição, o cerco se aproximou dos criminosos. Houve prisão de alguns que se entregaram e confrontos armados com outros, que se recusaram peremptoriamente a se entregar. Os óbitos e prisões foram objeto da lavratura de diversos boletins de ocorrência.

A perseguição policial teve início em Caraguatatuba e estendeu-se até o município de Biritiba-Mirim no dia 18 de março de 2014. Ao término, tinham sido detidos dois indivíduos em Caraguatatuba e três em Biritiba-Mirim. Houve dez óbitos de pessoas envolvidas no delito, a saber: José Wellington Rodrigues Rocha, Julio Souza da Silva, Tompson Silva de Oliveira, Roberto Urias Fernandes, Eduardo Rodrigues Rebouças, Gustavo do Rio Vilarrubia Belem, Leandro Rodrigues Costa, Wellinton de Almeida Santos dos Ramos, Bruce dos Santos Dias, Rodolfo Sufredini de Moraes e Flávio dos Santos.

Durante a fuga, outros delitos foram praticados, ficando a respectiva apuração, processamento e julgamento sob a competência do d. Juízo estadual do local dos fatos.

Também foram apreendidos diversos objetos relacionados ao crime e recuperado parte do produto do roubo, conforme fls. 25/27 (BO nº 1487/2014 – DP Caraguatatuba), fls. 45/48 (BO nº 1490/14 – DP Caraguatatuba), fls. 119/137 (BO nº 1496/2014 – DP Caraguatatuba), fls. 153/167 (BO nº 1499/2014 – DP Caraguatatuba) e fls. 230/235, fls. 324/339 (BO nº 161/2014), fls. 324/339 e fls. 417/421.

Assim, comprovado, a ocorrência de roubo majorado nos termos do artigo 157, *caput* e § 2º, incisos I e II, que grupo de indivíduos, com cerca de quinze componentes, empunhando armas (pistolas e armas longas), mediante grave ameaça, renderam funcionários da Fazenda e Shopping Serramar, e, adentrando no shopping, subtraíram numerário de quatro caixas eletrônicos, com utilização de explosivos, e objetos de cinco lojas, disparando projéteis durante a ação.

Configurada e plenamente provada a utilização de explosivos no cometimento do delito, havendo pelo menos três explosões (fls. 219, 902/906 e 1415/1479) que causaram violenta deslocação e destruição de matérias ao redor, é de se aplicar a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea “d”, 3ª figura, do Código Penal, *sendo cabível a aplicação do aumento da pena correspondente, na segunda fase da aplicação da pena.*

Conforme entendimento exposto na Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, há

necessidade de fundamentação própria para a incidência das majorantes do crime de roubo.

Em ação “cinematográfica”, os agentes, em número bem superior a dois indivíduos, com cerca de quinze devidamente identificados, se mostraram devidamente organizados, coordenados e preparados para empreender atos criminosos, com prévio planejamento, ousadia e “profissionalismo” durante a prática, com conhecimento e clara intenção dos objetivos do delito, subtração de numerário de caixa eletrônico e de objetos de lojas específicas. Caracterizada, então, o concurso de duas ou mais pessoas previamente organizadas, com objetivos claros e específicos, conforme descrição do inciso II do art. 157 do Código Penal.

Configurada a situação descrita no inciso I do art. 157. Os autores do crime portavam armas, algumas de uso restrito (armas longas), mediante grave ameaça, com exteriorização de intenção de uso, apontando-as para render diversos funcionários, subjugando-os, para “controlar o local e situação” e obter êxito na ação.

Além da demonstração e exteriorização para subjugar eventual resistência, o armamento também foi utilizado com efetivação de disparos dentro do shopping, conforme relatos dos rendidos, cápsulas encontradas no local e laudos técnicos, demonstrando eficiência e potencialidade lesiva.

Em relação ao previsto no inciso V, do § 2º do art. 157, não está configurada a causa de aumento de pena. Apesar de comprovada que os autores renderam e subjugaram funcionários da Fazenda Serramar e do Shopping, tal ação transcorreu dentro do mínimo necessário para a prática do verbo do tipo, não havendo restrição de liberdade em momento superior ao mínimo necessário para a prática criminosa.

Os rendidos foram liberados ao término da ação criminosa e, apesar do “impacto” causado, foram tratados com respeito, conforme depoimentos prestados pelos funcionários e vigias. Não foram feitos como reféns, assediados ou maculados, assim não caracterizada a restrição à liberdade por tempo juridicamente relevante, visto que a grave ameaça foi aplicada nos limites para a prática do roubo cometido, sem extrapolação dos limites do verbo descrito no tipo penal. Entendimento diverso levaria à aplicação de tal qualificadora em todos os roubos, configurando responsabilização objetiva vedada no nosso sistema penal.

Comprovada, portanto, a existência de duas causas especiais de aumento concorrentes (o concurso de pessoas e o emprego de arma), mostra-se *cabível a fixação do aumento em percentual acima de 1/3*, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta, as circunstâncias fáticas apuradas conforme acima indicado, *que ficará no percentual de 3/8*.

Veja-se a jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE MAJORANTES. FIXAÇÃO DO QUANTUM DO AUMENTO DA PENA BASE. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME INICIAL.

— *Não há ilegalidade, por falta de fundamentação, se o acórdão increpado fixa o aumento da pena base em três oitavos, considerando a incidência de duas majorantes (as dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP) e também a conduta do réu na execução do delito.*

— Na determinação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, deve-se ter com consideração, além da quantidade de pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), também as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP).

— Incompatibilidade da fixação do regime inicial fechado

se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o semiaberto, e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena base, foram tidas como favoráveis ao réu.

— Precedentes.

— Writ parcialmente concedido. (HC 10042 – SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/09/1999, D.J.U. de 18/10/1999, p. 00246).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (RESP 218143 – SP) RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. QUALIFICADORAS. DUPLICIDADE. AUMENTO. REGIME PRISIONAL.

1. *No caso de roubo praticado com uso de armas e concurso de agentes, não há obstáculo legal e o entendimento pretoriano admite o aumento da pena-base até metade, dada a duplicidade de qualificadoras. Precedentes do STJ e STF.*

2. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 218143 - SP, 6ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 26/03/2001, D.J.U. de 16/04/2001, p. 118, JBC 41/343).

- Grifei -.

Comprovada a materialidade delitiva do delito previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal, com a utilização de explosivos no cometimento, bem como das causas especiais de aumento de pena previstos nos incisos I e II do § 2º

Passo à análise da autoria delitiva.

Os fatos narrados na denúncia em relação ao crime de roubo circunstanciado foram comprovados, nos termos e limites acima delineados, assim como a autoria pelos denunciados.

Terminada a ação criminosa no shopping, o grupo saiu do local do delito sem quaisquer obstáculos ou impedimentos. Porém, quando transitavam por vias acessórias, “pelos fundos da fazenda”, foram descobertos por forças policiais. Foi realizado cerco e perseguição policial intensos, com participação de inúmeros agentes, viaturas e apoio aéreo.

Em razão da perseguição policial, o grupo abandonou os veículos utilizados na ação e adentraram em mata fechada, buscando evadir-se e garantir a impunidade pela prática criminosa, ali permanecendo por uma noite (do dia 15 ao dia 16 de março).

Houve dispersão dos autores, individualmente ou em pequenos grupos, que continuaram a serem perseguidos e, um a um, localizados e encontrados.

No dia 16 de março foram localizados e presos os denunciados *Henrique Santana Rocha e Silvio Silveira de Souza Júnior*. Na fase policial os dois confessaram participação no delito, indicando, inclusive, quais seriam suas atribuições no grupo. Com Henrique foi apreendido o valor de R\$ 5.025,00.

Na fase judicial, *Silvio* também confirmou sua participação no delito, porém omitiu detalhes e informações sobre a participação dos outros coautores.

Já *Henrique*, mudou totalmente o declarando em seu interrogatório policial, alegando ter sido torturado e ameaçado de morte, e obrigado a confessar sua participação no delito, mas em Juízo deu uma versão absolutamente inverossímil em diversos aspectos. *Henrique* não nega ter sido preso em Caraguatatuba e não possuir qualquer vínculo (pessoal ou profissional) com a região. Na tentativa de justificar sua presença no local de sua prisão, alegou que coautor do delito e morto na ação (Thompson), havia lhe telefonado e pedido ajuda. O pedido de ajuda veio por intermédio de telefone de pessoa que não o conhece. Atendendo o pedido de ajuda, se dirigiu a Caraguatatuba com veículo de sua amiga de nome Melissa, mas não sabe nenhum detalhe da mesma, apesar de ser íntimo a ponto de se prontificar a “dar carona” do Guarujá para Caraguatatuba.

Quando foi detido, em local no qual havia cerco policial, estava sozinho, nada havia sobre “Melissa” naquele momento e não qualquer elemento nos autos que demonstrem a existência dessa pessoa, que sequer foi arrolada como testemunha pelo réu.

Henrique, pessoa moradora do Guarujá, desempregado, sem qualquer vínculo ou justificativa legítima de estar em Caraguatatuba, apresentou uma frágil e inverossímil justificativa para estar em plena mata em meio do cerco e perseguição policial. Sua versão não é corroborada por qualquer outro meio de prova, evidenciando que estava em fuga no momento da prisão.

Em síntese, o acusado *Henrique* participou do delito, tentou fuga juntamente com os demais autores, que só não foi possível em razão de intervenção e cerco de forças policiais. Ao tentar sair do local, furtivamente, foi preso com quantia incompatível com sua situação de desemprego (R\$ 5.025,00). No interrogatório policial, forneceu detalhes sobre o crime cometido, e sobre a função que desempenhou (fls. 51/53). Inclusive fez reconhecimento por fotografia de José Wellington Rodrigues Rocha, também levado a óbito na fuga, como sendo seu amigo conhecido por “Véio”.

Equipes policiais, com auxílio de helicóptero, em perseguição e rastreamento, localizaram outros participantes do delito, que resistiram à prisão. Os autores do crime não se entregaram e enfrentaram as forças policiais que estavam aos seus encalços (fls. 40/44, 138/143 e 153/156 e 168/175). Durante os enfrentamentos com os policiais, outros participantes do delito foram a óbito (Julio de Souza da Silva, Tompson Silva de oliveira, Roberto Urias Fernandes, José Wellington Rodrigues, Wellington de Almeida Santos, Gustavo do Rio Vilarrubia e Leandro Rodrigues Costa), em razão de confronto, conforme já assinalado.

Iniciada a perseguição policial nos limites da cidade de Caraguatatuba, e com parte dos autores em fuga sem se entregarem, buscando de qualquer forma se evadirem. Na manhã de 18/03/2015, houve roubo do veículo Fiat Pálio Fire Economy (cor prata, 2013, placa FIZ 2673), por cinco ou seis indivíduos armados (fls. 364/369), e, após, do veículo VW Kombi (cor branca, 2013/2014, placa OQL 1356), por cerca de seis indivíduos (fls. 370/373), na localidade denominada Estrada do Rio Pardo, fugindo em direção à cidade de Salesópolis/SP.

Os enfrentamentos e trocas de tiros entre forças policiais e os autores do delito duraram até 18/03/2015, com a prisão dos demais denunciados *Phelipe Santos Ribeiro*, *Anilson de Oliveira Santos* e *Laércio Antonio Siqueira Junior*, na cidade de Biritiba-Mirim, sendo mortos Flávio dos Santos, Rodolfo Suffredini de Moraes e Bruce dos Santos Dias.

Os denunciados *Phelipe*, *Anilson* e *Laércio* acabaram presos em Biritiba-Mirim, sendo que Anilson e Laércio foram presos dentro do SAMU local, onde haviam feito como refém Marina de Souza Rosa, e Phelipe foi preso no interior da residência do morador Antonio da Silva Alves (fls. 662/680, 736/737 e 789/792).

Os crimes cometidos durante a fuga, principalmente os ocorridos nos municípios de Salesópolis e Biritiba-Mirim, são de competência dos Juízos competentes pelos locais dos fatos (Mogi das Cruzes), visto haver secção de liame entre o roubo consumado tratado nos autos e os outros delitos cometidos.

A tentativa desenfreada de fuga e a chegada em Biritiba-Mirim foi de tal ponto “espetacular” que teve cobertura televisiva ao vivo, inclusive havendo imagens claras dos denunciados *Phelipe*, *Anilson* e *Laércio*, conforme mídia digital de fl. 1639.

Phelipe, *Anilson* e *Laércio* nada declararam perante a Autoridade Policial, exercendo direito constitucional ao silêncio (fls. 681, 691 e 789/792).

Em Juízo, *Anilson* manifestou seu desejo de permanecer calado em interrogatório (fls. 1399/1400), não apresentando sua versão dos fatos.

Phelipe (fls. 1396/1398) negou participação no delito, mas apresentou frágil justificativa para sua presença na região. Alegou que, em 18 de março, Mariana, namorada de Julio de Souza

da Silva, morto na ação e padrinho de seu filho, pediu ajuda para buscar Júlio na estrada de Rio Claro. Aceitou o pedido de ajuda, pois era próximo e devia favores ao casal.

Na sua versão, quando se dirigia para a estrada de Rio Claro acompanhado do corréu *Laércio*, em um Pálio de sua propriedade, com ajuda do GPS, foram abordados por quatro furtivos fortemente armados no interior da Kombi. Os furtivos teriam reconhecido a placa do município do Guarujá e pararam o Pálio, ordenado que *Phelipe* e *Laércio* entrassem na Kombi. Após entrarem na Kombi, houve forte troca de tiros e colisão, *Phelipe* levou tiro na perna e fugiu sozinho, escondendo-se na casa onde foi preso.

Laércio, também negou qualquer participação no delito, limitando-se a dizer que, no dia 18 de março, acompanhou *Phelipe*, que passou desesperado em sua casa pedindo para acompanhá-lo, para ajudar um amigo ferido de nome Júlio, sem dar maiores detalhes. Na sua versão, os dois foram até a estrada Rio Claro em um Pálio com utilização de GPS e foram parados por pessoal que estava em uma Kombi e obrigados a ingressar em tal veículo. Entraram na Kombi, pois pensavam que Júlio estivesse no veículo. *Laércio* foi obrigado pelo grupo a dirigir a Kombi. O veículo passou por bloqueios policiais em meio a intensos tiroteios. Teve de acelerar o veículo até colidir. Não estava armado, ficou ferido e fugiu da Kombi por medo de morrer, seguindo dois furtivos que pegaram uma senhora como refém no SAMU, tendo abraçado a refém como forma de proteção.

As versões apresentadas por *Phelipe* e *Laércio* mostram-se absolutamente inverossímeis. Para tentar justificar suas prisões e afastar o vínculo ao roubo cometido e posterior perseguição, sustentam que se deslocaram da cidade do Guarujá até a estrada do Rio Claro, para ajudar Júlio, utilizando veículo Pálio e GPS de propriedade de *Phelipe*. Prosseguem sustentando que pessoas dentro da Kombi os abordaram, pois a placa do seu veículo é do Guarujá, e os obrigaram a ingressar na Kombi, inclusive obrigando *Laércio* a dirigir-la até a colisão. Relatam intensa troca de tiros com força policiais.

Foge do razoável e beira o absurdo as versões apresentadas. Não há qualquer prova produzida nos autos que forneçam mínimo suporte ao declarado.

Não foi apresentado sequer documento de propriedade do veículo Pálio, que alega ser de sua propriedade, ou o “GPS utilizado” para perícia, sendo certo que o único veículo Pálio localizado e apreendidos nos autos por forças policiais, foi objeto de roubo por meliantes (fls. 364/369), na estrada das Antas. Tal veículo foi recuperado com marcas de tiros e é objeto de pedido de restituição em autos apartados.

Pelo contrário, as provas coligidas indicam e fornecem certeza que *Phelipe*, *Anilson* e *Laércio* participaram do delito, tentaram fuga juntamente com seus comparsas, resistiram à prisão com violência ao cerco de forças policiais. Nas imagens contidas na mídia digital de fl. 1639 do final do cerco policial, quando ainda mantinham refém, é possível identificar, sem sombra de dúvidas, as mesmas pessoas também submetidas ao interrogatório judicial.

Importante ressaltar o evidente equívoco do depoimento da testemunha e policial Dirceu de Oliveira (fls. 1387), que confundiu os acusados *Anilson de Oliveira Santos* e *Henrique Santana Rocha*. Os acusados presos em Biritiba-Mirim foram *Laércio* e *Anilson*, pois Henrique já havia sido preso anteriormente.

Esclareço o equívoco do depoimento. Primeiro, foram presos os ora acusados *Silvio Silveiro de Souza Junior* e *Henrique Santana Rocha*. Posteriormente, os outros três ora acusados foram presos na cidade de Biritiba-Mirim. Após fuga em uma Kombi e intensa troca de tiros com polícias, *Anilson* e *Laércio* foram presos em frente ao SAMU de Biritiba-Mirim, onde se renderam após terem mantido com refém Marina de Souza Rosa (depoimento fls. 680) e um

intenso tiroteio. Na mídia juntada por CD (fls. 1639), consta o vídeo e fotos da rendição de *Anilson e Laércio* em frente do Samu. A refém Marina reconheceu os dois em seu depoimento. A testemunha Dirceu de Oliveira confundiu a identidade de *Anilson* com a de *Henrique*, razão pela qual deve, neste ponto, ser desconsiderada por estar em desacordo com toda a prova colhida.

Assim, resta claro neste crime de autoria múltipla, que os denunciados participaram da empreitada criminosa.

Apesar do silêncio de *Anilson*, a retração da confissão extrajudicial de *Henrique* e as versões apresentadas por *Phelipe e Laércio*, as provas testemunhais colhidas em juízo, os depoimentos coletados durante a investigação policial, os laudos periciais e as provas indiretas colhidas formam um conjunto probatório sério, robusto e coerente para comprovar a efetiva participação dos denunciados na ação delituosa descrita nos autos.

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

Em relação ao acusado Silvio Silveiro de Souza Junior

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

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais não constam apontamentos (fls. 1040, 1040-verso e 1062).

Em relação ao *grau de culpabilidade*, ressalto que Silvio foi recrutado especificamente para a ação devido aos seus conhecimentos do local do crime, pois os outros autores não eram de Caraguatatuba. Sua participação foi vital para a consumação do delito. Sem suas informações, a ação não teria ocorrido. Contudo, conforme o seu interrogatório, participou da ação, conduzindo um dos carros. Não foi o líder do grupo, mas teve um papel importante na conduta criminosa.

Quanto à *conduta social*, Silvio já foi professor no ensino médio e, quando dos fatos narrados na denúncia, trabalhava no restaurante da família. Foi o elemento local recrutado para a ação criminosa do grupo, basicamente formado por pessoas com vínculos no município do Guarujá. Tudo evidencia que a participação no crime teve caráter excepcional considerando a sua conduta e hábito sociais.

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

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoppingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não há provas nos autos de que Silvio tenha uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa ou se foi uma participação isolada ou “um ponto fora da curva” na sua trajetória de vida. Não há dados concretos sobre sua personalidade que possam considerar tal circunstância em seu desfavor.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shopping center que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vítimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também é desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), *fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa*.

Tendo em vista que o réu denomina-se professor, atualmente ajudando no restaurante da família, arbitro cada dia-multa em 2/30 (*dois trigésimos*) do *salário-mínimo* vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante ao crime previsto.

Aplica-se a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea “d”, 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida, dada a utilização de explosivos por pelo menos 03 vezes.

Reconheço a atenuante da confissão ao acusado SILVIO, pois confessou o delito em interrogatório policial e judicial, nos termos do artigo 65, d, do Código Penal, apesar de suas limitações, pois se limitou a sua participação, não se abrangendo a participação de qualquer outro dos vários coautores vivos.

Em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, aplica-se a regra prevista no artigo 67 do Código Penal que dispõe:

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

Assim, no caso em apreço, considerando a existência de concurso de circunstâncias agravante e atenuante, e não havendo preponderância entre as mesmas, a pena permanece sem alteração nesta segunda fase da aplicação da pena.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já acima exposta, fixando definitivamente a pena em:

- *7 (sete) anos, 06 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão e 119 (cento e dezenove) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II do Código Penal*.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que havendo condenação à pena superior à quatro e inferior a oito anos, o condenado não reincidente deve iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto. Em situações excepcionais, considerando especialmente as

circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial diverso.

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

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, I, do Código Penal.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal.

Em relação ao acusado Henrique Santana Rocha

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

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais constam alguns apontamentos (fls. 1035/1037, 1060 e 1327). As certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1324, 1325, 1358 e 1358-verso).

Apesar de indicar a existência de inquérito policial em curso sobre crime de latrocínio (nº 0008851-04.2007.8.26.0157 – 2ª Vara de Cubatão/SP – fl. 1358-verso), não se pode considerá-lo na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Resta o apontamento de fls. 1324/1325. Porém há condenação com trânsito em julgado em 14/01/2013, indicando reincidência, que será analisada em momento próprio, visto que não se pode considerar o mesmo fato para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detêm tal informação. A participação confessada por Henrique quando do seu interrogatório, detalhando sua atuação, não foi confirmada em Juízo.

Henrique, atualmente com 27 anos, vive com a mãe e os irmãos e faz bicos. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a circunstância judicial.

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

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoppingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Henrique. Sua condenação pela prática de utros crimes pode denotar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, mas tal fato foi considerado em outras circunstâncias legais (reincidência), não podendo ser aqui também sopesada, sob pena de *bis in idem*.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta mercedora de destaque.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vítimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também é desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa.

Tendo em vista que o réu não tem emprego formal, sobrevivendo de “bicos”, arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

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

O acusado é *reincidente*, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação ao processo indicado às fls. 1324/1325. Verifico que Henrique foi condenado à 07 anos de reclusão e 10 dias – multa, pela prática dos delitos descritos no artigo 121, § 2º, IV c.c. artigo 14, II do Código penal e no artigo 344 do Código Penal, com data do fato em 22/09/2006 e trânsito em julgado em 14/01/2013 (Processo nº 0007002-29.2006.8.26.0093 - Ordem nº 2006/000313 – 1ª Vara Judicial do Foro Distrital de Vicente de Carvalho).

Aplica-se, também, a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea “d”, 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a reincidência em crime doloso e a utilização de explosivos, circunstâncias agravantes da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 2/6 (dois sextos), passando a pena para 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será acrescida de 3/8, conforme fundamentação já acima exposta, fixando a pena em:

- 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão e 159 (cento e cinquenta e nove) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

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

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias

judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a”, § 2º, “a”, e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

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

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Em relação ao acusado Phelipe Santos Ribeiro

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

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas (fls. 1042/1045 e 1064), nas quais constam apontamentos. Certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1331, 1350 e 1642).

Apesar de indicar a existência de processos penais em curso sobre crime de furto (nº 0002320-84.2012.8.26.0266 – 2ª Vara de Itanhaém/SP – fl. 1331) e sobre o crime de homicídio tentado (nº 0003875-74.2014.8.26.0361- 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes/SP), não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Resta o apontamento de fl. 1642, sobre o delito de posse de drogas para consumo penal, que também não deve ser considerado, pelo tipo de delito cometido, e pela extinção da punibilidade nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detêm tal informação. A conduta dos autores do crime é de reprovabilidade singular, pois as consequências e circunstâncias do delito vão muito além de um simples roubo.

Phelipe, atualmente com 24 anos, é casado com dois filhos, não tendo atualmente ocupação formalmente remunerada. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a circunstância judicial.

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

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoppingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgadas pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Phelipe. Os processos penais pelos quais responde não podem configurar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, considerando a presunção de inocência assegurada constitucionalmente. No entanto, a própria participação em ação criminosa tão sofisticada indica que Phelipe não é um iniciante.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao

roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vítimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também é desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa.

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

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

Aplica-se a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea “d”, 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a utilização de explosivos, circunstância agravante da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 1/6 (um sexto), passando a pena para 06 (seis) anos e 05 (meses) meses de reclusão e 101 (cento e um) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já exposta, fixando a pena em:

- 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 138 (cento e trinta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado condenado a pena superior a 08 (oito) anos deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a” e § 2º, “a”, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, I, do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal.

Em relação ao acusado Anilson de Oliveira Santos

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

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas (fls. 1052/1057 e 1068/1069), nas quais constam apontamentos. Certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1338, 1339, 1340, 1341/1342, 1343/1345, 1350 e 1362/1365).

Os apontamentos e certidões anexadas aos autos indicam a existência relevante de 03 condenações com trânsito em julgado:

- Processo nº 295/2001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Santos/SP) em que foi proferida a sentença condenatória como incurso no crime descrito no artigo 10, § 2º, Lei nº 9.743/97, com trânsito em julgado em 19/09/2002 e data dos fatos em março de 2001. Consta que houve extinção da pena pelo cumprimento, com trânsito em julgado em 21/10/2011. (fls. 1338 e 1362/1365);

- Processo nº 671/2002 (5ª Vara Criminal da Comarca de Santos/SP) em que foi proferida sentença condenatória como incurso no crime descrito no artigo 10, *caput*, Lei nº 9.743/97, com trânsito em julgado em 01/08/2003 e data dos fatos em outubro de 2002. Consta que houve extinção da pena pelo cumprimento, com trânsito em julgado em 21/10/2011. (fls. 1339 e 1362/1365); e

- Processo nº 0002560-73.2003.8.26.0562 (6ª Vara Criminal da Comarca de Santos/SP) em que foi proferida sentença condenatória como incurso no crime descrito no artigo 10, *caput*, Lei nº 9.743/97, com trânsito em julgado em 24/09/2004 e data dos fatos em março de 2003. Consta que foi beneficiado por indulto, com trânsito em julgado em 15/07/2013. (fls. 1340 e 1362/1365).

Os demais apontamentos indicados não têm o condão de influir nos antecedentes do denunciado, não se podendo considerá-los na fixação da pena base, nos termos da Súmula 444 do STJ.

Cumpra asseverar que os processos descritos, pela data do cumprimento da pena (21/10/2011) ou pela data do indulto da pena (15/07/2013) indicam a existência da reincidência.

No entanto, não se pode considerar os mesmos fatos (processos) para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente.

Assim, a sentença condenatória proferida no processo nº 0002560-73.2003.8.26.0562, com trânsito em julgado em 24/09/2004, que tramitou perante a 6ª Vara Criminal de Santos/SP, e indulto presidencial concedido (Decreto nº 7873/12) com trânsito em 15/07/2013, será considerada apenas como reincidência.

As outras duas condenações acima descritas, serão consideradas neste momento como antecedentes desfavoráveis do denunciado.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detêm tal informação. A conduta dos autores do crime é de reprovabilidade singular, pois as consequências e circunstâncias do delito vão muito além de um simples roubo.

Anilson, atualmente com 33 anos, vive com a companheira e filha e não tem atividade remunerada formalizada, informando ser pescador. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a circunstância judicial.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do

próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoppingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Anilson. Sua condenação pela prática de outros crimes pode denotar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, mas tal fato foi considerado em outras circunstâncias judiciais e legais (antecedentes e reincidência), não podendo ser aqui também sopesada, sob pena de *bis in idem*.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta mercedora de destaque.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vítimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também é desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 10 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 106 (cento e seis) dias-multa.

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

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

O acusado é *reincidente*, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação ao processo indicado às fls. 1340 e 1362/1365. Verifico que Anilson foi condenado a 01 ano, 06 meses e 20 dias de detenção e 14 dias-multa, pela prática dos delitos descritos no artigo 10, "caput", da Lei nº 9.473/97, com data do fato em 01/03/2003 e trânsito em julgado em 20/09/2004 (Processo nº 0002560-73.2003.8.26.0562 - 6ª Vara Criminal da Comarca de Santos). Em execução, a referida condenação foi objeto de indulto presidencial, havendo trânsito em julgado da extinção da pena em 15/07/2013, não transcorrendo prazo superior a cinco anos até a prática do delito tratado nestes autos.

Aplica-se, também, a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea "d", 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a reincidência em crime doloso e a utilização de explosivos, circunstâncias agravantes da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 2/6 (dois sextos), passando a pena para 07 (sete) anos, 09 (noves) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 141 (cento e quarenta e um) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já acima exposta, fixando a pena em:

- 10 (dez) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 193 (cento e noventa e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado condenado a pena superior a 08 (oito) anos deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a”, § 2º, “a”, e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

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

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Em relação ao acusado Laércio Antonio Siqueira Junior

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

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas (fls. 1047/1050 e 1066), nas quais constam apontamentos. As certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1333 e verso, 1334, 1336 e 1350).

Apesar de indicar a existência de processos penais em curso nos quais consta como réu (nº 0004602-68.2013.8.26.0587 e nº 0004603-53.2013.8.26.0587– Vara Criminal de São Sebastião/SP – fls. 1333 e verso e 1334; e nº 0003875-74.2014.8.26.0361- 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes/SP), não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Resta o apontamento de fl. 1336, sobre o delito de tráfico de drogas, que será adiante considerado para fins de reincidência.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detém tal informação. A conduta dos autores do crime é de reprovabilidade singular, pois as consequências e circunstâncias do delito vão muito além de um simples roubo.

Laércio, atualmente com 23 anos, vive com a companheira e dois filhos e não tem atividade remunerada formalizada, informando trabalhar no supermercado da irmã. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a cir-

cunstância judicial.

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

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoppingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Laércio. Sua condenação pela prática de outros crimes pode denotar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, mas tal fato foi considerado em outra circunstância legal (reincidência), não podendo ser aqui também sopesada, sob pena de *bis in idem*.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta mercedora de destaque.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vítimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também é desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa.

Tendo em vista que o réu declarou trabalhar no supermercado da irmã, obtendo renda sem vínculo formal, arbitro cada dia-multa em 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

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

O acusado é *reincidente*, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação ao processo indicado às fls. 1336. Verifico que Laércio foi condenado à 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, pela prática do delito descrito no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 44, *caput*, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, com data do fato em 01/11/2012 e trânsito em julgado em 20/08/2013 (Processo nº 0019510-92.2012.8.26.0223 - 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarujá).

Aplica-se, também, a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea “d”, 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a reincidência em crime doloso e a utilização de explosivos, circunstâncias agravantes da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 2/6 (dois sextos), passando a pena para 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já acima exposta, fixando a pena em:

- 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão e 159 (cento e cinquenta e nove dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

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

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a”, § 2º, “a”, e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

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

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

- Da manutenção da prisão cautelar dos condenados

No que tange à prisão preventiva decretada em desfavor dos acusados deve ser mantida. Não houve qualquer alteração no conjunto fático-probatório que indique que tal medida não se mostre necessária.

Nos termos das decisões de fls. 848/851 e 998/1001, a condenação ora proferida, que reconheceu a extrema gravidade do delito praticado, a autoria por parte dos denunciados, a ousadia e desenvoltura na prática, bem como ausência de alteração do conjunto fático-probatório nos autos, mantenho as prisões preventivas dos acusados.

Assim, a manutenção da decretação da prisão preventiva, é absolutamente necessária para garantia da aplicação da lei penal.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para:

ABSOLVER os denunciados SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR, HENRIQUE SANTANA ROCHA, PHELIPE SANTOS RIBEIRO, ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS e LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR, já qualificados, da imputação penal feita na denúncia em relação às condutas descritas no *artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013*, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

CONDENAR os denunciados SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR, HENRIQUE SANTANA ROCHA, PHELIPE SANTOS RIBEIRO, ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS e LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR, já qualificados, como incurso nas sanções do *artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal*.

Fixo a pena privativa de liberdade cada um dos réus, que passa a ser definitiva nos se-

guintes montantes:

SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR: 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e 119 (cento e dezenove) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II do Código Penal.

HENRIQUE SANTANA ROCHA: 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 159 (cento e cinquenta e nove) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

PHELIPE SANTOS RIBEIRO: 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 138 (cento e trinta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS: 10 (dez) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 193 (cento e noventa e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR: 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 159 (cento e cinquenta e nove) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Após o trânsito em julgado, decreto a perda dos bens e valores apreendidos na persecução penal em favor da União (art. 91, II, “a” e “b”, do CP), salvo decisão em sentido contrário em procedimento autônomo de restituição de coisas apreendidas.

Por fim, condeno os réus na obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP) e ao pagamento das custas processuais.

Com o trânsito em julgado, deverão ser tomadas as seguintes providências:

- Lançamento do nome do condenado no rol dos culpados;
- Recolhimento do valor fixado a título de multa pecuniária (art. 50 do Código Penal c/c art. 686 Código de Processo Penal);
- Oficie-se, com cópia da sentença, ao Tribunal Regional do Eleitoral.

P.R.I. e C.

Caraguatatuba, 27 de maio de 2015.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0002023-07.2014.4.03.6143

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ESTADO DE SÃO PAULO, CETESB E IBAMA

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

Juiz Federal: MARCELO JUCÁ LISBOA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2015

Trata-se de *ação civil pública* movida pelo Ministério Público Federal em face de *Estado de São Paulo, CETESB e IBAMA*. Defende o autor, nos autos, interesses difusos, de relevante interesse social, que têm por objetivo a obtenção de tutela que cancele as *autorizações de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações situadas na área de abrangência desta Subseção Judiciária de Limeira* e o impedimento de emissão de novas autorizações de queima sem as providências necessárias.

Aduz o MPF, como *causa de pedir*, a existência de autorizações de *queima controlada* da palha de cana-de-açúcar, emitidas pelos dois primeiros réus, sem observância do licenciamento ambiental exigido pela Constituição Federal de 1988, além da ausência de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e de Relatório de Impacto ao Meio Ambiente – EIA/RIMA.

Requer o autor: (1) que sejam *declaradas nulas todas as licenças e autorizações já expedidas* pela CETESB e pelo ESTADO DE SÃO PAULO tendo como objeto autorização para a queima controlada da palha cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção, paralisando-se, de forma imediata, as atividades de queima, seja em razão da ausência de estudo de impacto ambiental prévio, seja devido à ausência de licenciamento com base nas normas válidas; (2) que seja *determinado à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO, através de sua Secretaria de Estado do Meio Ambiente, que se abstenham de conceder novas autorizações* para a queima controlada de palha de cana-de-açúcar compreendida por esta Subseção sem o precedente EIA/RIMA; (3) que seja *determinado ao IBAMA a obrigação de exercer, de forma direta e efetiva, a fiscalização* no tocante aos danos provocados à fauna silvestre pela prática da queima nas áreas compreendidas por esta Subseção; (4) que seja *determinado à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO que realize o cadastramento de todas as propriedades rurais*; e (5) Imposição de *multa diária* em caso de descumprimento da medida judicial.

Liminarmente, pleiteia a concessão da *tutela antecipada*, para que:

1. sejam *suspensas* todas as licenças e autorizações já expedidas pela CETESB e pelo ESTADO DE SÃO PAULO tendo como objeto autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção Judiciária de Limeira - SP, paralisando-se, de forma imediata, as atividades de queima, seja em razão da ausência de estudo de impacto ambiental prévio, seja devido à ausência de licenciamento com base nas normas válidas;
2. seja *determinado à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO, através de sua Secretaria de Estado do Meio Ambiente, que se abstenham* de conceder novas licenças ambientais e autorizações, tendo como objeto autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar da área compreendida por esta Subseção sem o cumprimento das normas jurídicas relativas à exigência de licenciamento específico e de prévio estudo de impacto ambiental (EIA) e elaboração de relatório de impacto ao meio ambiente (RIMA), nos termos da Constituição Federal (art. 225), Lei 6.938/81 e da Resolução 237/97 do CONAMA. *Caso haja pedido de licenciamento da referida atividade*, que sempre se exija EIA/RIMA como condição para o licenciamento. Esse EIA/RIMA deverá ser abrangente, levando-se em consideração as con-

seqüências para a saúde humana, para a saúde do trabalhador, para áreas de preservação permanente, para os remanescentes florestais, para a flora e fauna, bem como as mudanças na atmosfera relacionadas ao efeito estufa e ao consequente aquecimento global. *No tocante à fauna*, requer-se sejam observadas, no que couber, as providências indicadas na Instrução Normativa 146/2007 do IBAMA, especialmente os procedimentos de levantamento, monitoramento, salvamento, resgate e destinação da fauna;

3. seja *determinado* ao IBAMA a obrigação de exercer, de forma direta e efetiva, a fiscalização no tocante aos danos provocados à fauna silvestre pela prática da queima na área compreendida por esta Subseção, seguindo-se os trâmites da legislação nacional pertinente, mormente a Lei 5.197/67 e a Instrução Normativa IBAMA nº 146/2007, adotando as providências necessárias a fim de evitar a destruição em massa de espécimes;

4. *Em caso de descumprimento da medida judicial* em qualquer de suas circunstâncias, requer desde já a imposição de *multa diária* em valores a serem fixados segundo o prudente arbítrio judicial, mas não inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

5. *Para dar suporte à medida judicial de antecipação dos efeitos da tutela pretendida*, que o IBAMA e a Polícia Ambiental do Estado de São Paulo realizem uma campanha para a divulgação, entre os proprietários rurais da região – inclusive usinas –, das novas normas envolvendo autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção;

6. a *expedição de ofício* ao Corpo de Bombeiros, bem como à Polícia Ambiental da área de abrangência da Subseção de Limeira, comunicando-os o teor de eventual decisão de antecipação dos efeitos da tutela, para que, em tomando o conhecimento de queima vedada, seja, de forma imediata, comunicado o Juízo.

Acompanham a inicial os documentos digitalizados no CD-ROM encartado à fl. 103.

A *antecipação dos efeitos da tutela* foi concedida às fls. 109/113.

Contestação do Estado de São Paulo à fl. 135 e ss., aduzindo a legalidade de sua conduta administrativa, aos argumentos de que a interrupção abrupta das queimadas de cana de açúcar podem gerar risco de morte aos cortadores, além da lesão grave e irreversível à economia pública, na medida em que a proibição em causa eleva os custos da colheita com a perda da competitividade por parte dos produtores. Sustenta a legalidade do ato alvejado esteando-se na legislação federal e estadual que menciona, bem como na desnecessidade de EIA/RIMA e os danos que serão causados em razão de sua exigência. Frisa que não é possível cassar repentinamente as autorizações já concedidas, sendo necessário um tempo para a adaptação dos produtores. Argui, por fim, a inaplicabilidade da multa cominatória ao ente público. *No bojo de sua defesa*, sustenta sua ilegitimidade passiva.

O Estado de São Paulo *aggravou* da decisão concessiva da tutela antecipada (fl. 186), sendo convertido em agravo retido pelo C. TRF3 (fl. 309).

O IBAMA *apresentou contestação* à fl. 226 e ss., deduzindo, *preliminarmente*, a impossibilidade jurídica do pedido e carência de ação, uma vez que o autor requer a adoção de medidas administrativas pelo Judiciário, ao obrigar o réu a fiscalizar outro ente e realizar campanha de divulgação de normas envolvendo a autorização versada na lide. Sustenta, ainda em preliminar, sua ilegitimidade passiva, eis que as licenças concedidas não tiveram a sua participação. *No mérito*, aduz ser impossível ao Judiciário proceder ao controle dos atos administrativos, bem como a supressão da competência de ente administrativo que possui, por lei, a atribuição para conceder tais licenças. Sustenta, ainda, violação ao princípio federativo, na medida em que a pretensão do MPF faz do IBAMA “corregedora” dos atos de outro ente federativo, inexistindo fundamento jurídico para obrigar ao contestante nos termos propostos na inicial. Averba a incidência de discricionariedade técnica dos atos da administração federal, não sindicável pelo

Judiciário. Argumenta ser prescindível o EIA/RIMA para as atividades alvejadas na exordial, inserindo-se sua realização no campo da discricionariedade administrativa, havendo outros estudos além daquele, sendo certo que o EIA/RIMA só tem cabimento quando presente atividade potencialmente causadora de significativa degradação ou impacto ambiental, sendo do órgão administrativo a competência para aferir tais aspectos. Por fim, insurge-se contra a realização de campanha para divulgação das normas pertinentes à matéria, tendo em vista o disposto no art. 3º da LICC.

Juntou cópia do agravo de instrumento por ele interposto (fl. 264), no qual foi indeferido o efeito suspensivo (fl. 402-v).

A CETESB contestou à f. 310 e ss., aduzindo a legalidade de sua conduta administrativa, a constitucionalidade da legislação federal e estadual de regência e a necessária eliminação gradativa – e não abrupta – da queima, sob pena de abalar o desenvolvimento econômico e ausência de impacto ambiental significativo a ensejar o EIA/RIMA.

À fl. 360, deu-se vista ao autor sobre as contestações, bem como determinou-se às partes manifestarem-se *em provas*.

Réplica do autor à fl. 362e ss.

As partes não protestaram pela produção de *provas*.

Os autos vieram-se à conclusão.

É o relatório. DECIDO.

II. Fundamentação

Julgo antecipadamente a lide, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

I.1. Das preliminares

Embora heterotópica a alegação, *ex vi* do art. 301 do CPC, aduz o *Estado de São Paulo* sua *ilegitimidade passiva*, haja vista que a competência para licenciar a atividade combatida na inicial é da CETESB, não mais se constituindo em atribuição de órgão encartado em sua estrutura administrativa, como outrora.

Razão não lhe assiste, pois, *conforme melhor se analisará abaixo*, a *competência ambiental* é comum aos três entes da Federação, de modo que a omissão de uns aciona a responsabilização conjunta de todos quantos estejam vinculados a curar pelo *interesse público* consistente no meio ambiente saudável.

O IBAMA, por seu turno, argui a *impossibilidade jurídica do pedido*, uma vez que o autor requer sejam adotadas medidas administrativas *pelo Judiciário*, ao obrigar o réu a fiscalizar outro ente e realizar campanha de divulgação de normas envolvendo a autorização versada na lide.

O *controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, inclusive a implementação de políticas públicas, não resulta ofensivo à separação dos Poderes, sendo possível quando não se refira ao mérito do ato administrativo, mas à sua legalidade. Neste sentido:

[...] O Judiciário não pode, sob o argumento que está protegendo direito coletivos, determinar a expedição de atos administrativos. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência* aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. *As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.* - Remessa oficial e apelações desprovidas. (TRF3, APELREEX 09005986420054036100, Relª Desª Fed. Mônica Nobre,

e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2014. Grifei).

ADMINISTRATIVO. MILITAR. *EXAME DO ATO ADMINISTRATIVO. LIMITES*. 1. O processo administrativo não tem os rigores rituais dos procedimentos judiciais, bastando que, dentro do princípio do informalismo, atenda às normas pertinentes ao processo e à defesa do acusado (Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 14^a ed., RT, 1989, p. 587). Pertinente, ao caso, o magistério de PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, em sua obra clássica, verbis: “Toujours dans le même esprit le Conseil d’Etat a décidé que la communication doit avoir un effet utile pour l’agent, c’est-à-dire lui permettre de se défendre. (...) Cette interprétation libérale n’est pas sans limites. La communication ne doit pas permettre au fonctionnaire de gêner, de retarder ou d’empêcher la marche de la procédure disciplinaire ou des services publics. (...) Il ne doit pas aboutir à mettre l’Administration à la discrétion de l’agent; il suffit que le fonctionnaire ait été averti qu’une action disciplinaire est engagée contre lui pour qu’il ait à consulter son dossier; s’il néglige ou s’il refuse de le faire, on pourra passer outre et poursuivre la procédure.” (*in* Traité de Droit Administratif, Librairie Dalloz, Paris, 1952, p. 682, n. 937). Com efeito, a jurisprudência da Suprema Corte, desde épocas mais remotas, sempre se manifestou de forma reservada sobre o exame pelo Judiciário das decisões proferidas pela Administração Pública no âmbito do processo administrativo-disciplinar, limitando-se o Judiciário a examinar a sua legalidade, apenas, e não a revisar ou discutir as provas colhidas pela Comissão Disciplinar, bem como a justiça ou injustiça da punição aplicada ao servidor público. [...] Daí, a orientação jurisprudencial indicada pelo recorrente a fls. 62 a 63, bem expressa por Carvalho Mourão, *in verbis*: “No exame dos atos administrativos o Judiciário se limita a considerá-los sobre o estrito ponto de vista de sua legalidade, não de seu mérito intrínseco, ou seja, da sua justiça ou injustiça”. (...) (*in* RDA 155/75). [...]. (TRF4, AC 00025622020074047006, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 17/03/2010. Grifei).

Ora, no caso em tela, *não pretende o autor a incursão do Judiciário nos critérios de conveniência e oportunidade* em que radica a discricionariedade administrativa. *O que pretende, de fato, é a submissão da Administração à Constituição Federal*, o que significa dizer: cuidar-se-á aqui, apenas, da verificação da *legalidade* do ato, o que é perfeitamente possível ao Judiciário, sob pena de se transformar a discricionariedade – que se posiciona nos quadrantes da Lei – em arbitrariedade, que se afasta da Lei.

Sustenta o réu, ainda, sua *ilegitimidade passiva*, pois as licenças alvejadas não tiveram sua participação. Aqui também se insere a complexa questão atinente à divisão de competências em matéria ambiental, confundindo-se com o mérito, constituindo-se em matéria que será adiante examinada.

Assim sendo, rejeito as preliminares.

II. 2. Do mérito

Os argumentos defensivos aduzidos pelos réus – que, *em momento algum, negam os fatos* – não se mostram capazes de afastar as conclusões inicialmente colacionadas na decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Pois bem.

A *questão central* posta na lide lastreia-se, sinteticamente, no questionamento seguinte: é possível aos órgãos ambientais estaduais, competentes para autorizar a prática de queimadas de palha de cana de açúcar, liberarem referidas queimadas sem o *prévio estudo de impacto ambiental* e de *relatório de impacto ao meio ambiente* (EPIA/RIMA)?

A resposta, como passo a analisar, é desenganadamente negativa.

Senão vejamos.

A Constituição Federal, em seu art. 225, positiva o *direito fundamental* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbindo ao Poder Público a *exigência de estudo prévio de impacto ambiental quando da autorização para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental*. Eis o texto legal:

Art. 225. Todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo* para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, *incumbe ao Poder Público*:

IV - *exigir*, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade; (Grifei).

O estudo prévio de impacto ambiental, assim como o relatório de impacto ao meio ambiente (EPIA/RIMA) constituem-se em instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, revelando-se indispensáveis às licenças concedidas às atividades potencialmente degradantes, como sói ser a poluição da atmosfera. Por seu turno, a Lei 6.938/81 especifica os elementos conceituais da *poluição*, *verbis*:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III - *poluição*, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; (Grifei).

Tal quadro normativo já se mostra suficientemente idôneo à corroboração das teses autorais.

De fato, de toda a documentação acostada aos autos, bem como do quanto deduzido pelos réus em suas defesas, depreende-se que *o Estado de São Paulo e a CETESB não vêm exigindo a apresentação de EPIA/RIMA para a autorização de queima de palha de cana de açúcar na região de Limeira*.

Ora, a atividade de queima de palha de cana subsume-se à categoria dos atos que, inelutavelmente, caracterizam-se como *potenciais degradadores do meio ambiente*, espraiando seus efeitos deletérios para o âmbito da atmosfera, da biota, dos recursos hídricos, da fauna e, até mesmo, junto ao Sistema Único de Saúde, com repercussões negativas sobre sua operacionalização.

A propósito, assim leciona *PAULO AFFONSO LEME MACHADO*:

“Levantamentos epidemiológicos sistematizados, que estão sendo realizados em 21 cidades da região canavieira de Ribeirão Preto, mostram que *as Doenças do Aparelho Respiratório contribuem com percentual elevado de internações hospitalares dessas cidades*. Pelos dados disponíveis parece inquestionável que algumas cidades da região canavieira do Estado de São Paulo já mostram alguns *sinais de deterioração da qualidade do ar, pelo aumento da concentração de poluentes na época das queimadas dos extensos canaviais da região*”- como afirma o Prof. José Carlos Manço. (in *Direito Ambiental*, 16ª ed., p. 557. Grifei).

Em seguida, continua o emérito jurista:

Não tenho nenhuma dúvida em afirmar que a poluição atmosférica (constituída por gases e material particulado) provocada pela queima dos canaviais que circundam as cidades da região canavieira de Ribeirão Preto, *põem em risco a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas e da coletividade* (ob. cit., p. 558. Grifei).

E assim arremata o autor:

Aplica-se, na matéria atinente à poluição atmosférica, o *princípio da 'precaução'*, já esposado pelo Brasil nos acordos internacionais da Convenção de Viena e no Protocolo de Montreal. Se dúvida ponderável houver, da potencialidade dos danos das queimadas referidas, não se devem procrastinar as medidas de prevenção [...]

Não é preciso que um ato administrativo proíba a queimada da palha da cana-de-açúcar, para que esse procedimento seja entendido como ilegal. A ilegalidade decorre da própria conceituação de poluição contida na Lei 6.938/81, art. 3º, III, e alíneas. Destarte, acreditamos que nenhuma autoridade pública teve o despudor de outorgar autorização e/ou licença para essas queimadas. E se tais autorizações tiverem sido emitidas, nulas serão de pleno direito, pela sua manifesta ilegalidade. (ob. cit., p. 559. Grifei).

O escólio do insigne jurista ajusta-se à perfeição ao caso em tela, na medida em que as queimadas que estão sendo autorizadas pelos dois primeiros réus na região de Limeira não contam com o prévio EPIA/RIMA, considerada a *inconstitucional legislação estadual*.

Igualmente inconstitucional se afigura a disposição contida no Decreto 2.661/98, ao positivar a denominada “*queima controlada*” nos seguintes termos:

Art 2º Observadas as normas e condições estabelecidas por este Decreto, é permitido o emprego do fogo em práticas agropastoris e florestais, mediante *Queima Controlada*.

Parágrafo único. Considera-se *Queima Controlada* o emprego do fogo como fator de produção e manejo em atividades agropastoris ou florestais, e para fins de pesquisa científica e tecnológica, em áreas com limites físicos previamente definidos. (Grifei).

A Constituição Federal, ao exigir, para instalação de obra ou atividade *potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*, estudo prévio de impacto ambiental, consagrou *norma cogente* que, embora seja regulada em Lei, não pode ser por esta última suprimida ou amesquinhada. É dizer: *sempre que se faça presente o potencial risco de degradação ambiental, o estudo prévio do respectivo impacto revela-se condição indispensável e irrenunciável à autorização ou licença para a prática da respectiva atividade, sob pena de nulidade de pleno direito*, como averba o jurista acima cit. Nesse diapasão, parece-me inquestionável que a atividade de queima de palha de cana de açúcar, porque indissociável de potencialíssimos e comprovados riscos ao meio ambiente em sua integralidade, *não pode, em nenhuma hipótese, prescindir do EIA/RIMA*, sob pena de nulidade de pleno direito por frontal violação à Lei Maior.

E nem se diga, como faz o IBAMA, *que, como a indigitada atividade não consta do rol plasmado no art. 2º da Resolução Conama nº 001/86, seria dispensável aquele estudo*. Nada mais equivocado, tendo em vista que o *caput* do artigo em comento termina com a expressão “*tais como*”, de onde se lhe infere o caráter meramente exemplificativo.

Ora, não lograram os réus qualquer êxito em provar nos autos a ausência do significa-

tivo impacto ambiental gerado pela queima de palha de cana de açúcar, tendo plena incidência os princípios da precaução e da prevenção, mormente à luz da prova produzida pelo autor, que bem espelha a presença do adjetivo “significativa” à degradação ambiental decorrente da prática combatida. Tampouco demonstraram a adoção de providências substitutivas do EPIA/RIMA, eficazes como este. Consectariamente, em caso de dúvida, há de prevalecer a proteção do ambiente. Por outro lado, *as alegações do autor acabaram por assumir, no curso da lide, ainda maior concretude, tendo sido comunicado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, à fl. 306, a ocorrência de “incêndio em palha de cana de açúcar no SÍTIO PRIMAVERA”, em Limeira; isto mesmo após a concessão, em caráter de urgência, da tutela antecipada por este Juízo*, o que só vem a confirmar os receios que conduziram este Magistrado a deferir, de plano, o pleito da parte autora.

No embate entre o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de exploração patrimonial, a relação de precedência repousa, inquestionavelmente, sobre aquele primeiro, na medida em que *a vida na Terra só é possível quando e enquanto existentes condições ambientais mínimas que lhe deem suporte*, sendo certo que sem vida não há patrimônio, nem empresa, nem lucro ou prejuízo, porquanto *a vida é condição de possibilidade à permanência da sociedade e tudo o que nela se encerra*. Neste diapasão, a proteção ao ambiente salutar e íntegro constitui-se em elemento indispensável à sobrevivência das presentes e futuras gerações, revelando-se em grave dever que repousa sobre todos e cada um.

É sob a inspiração de tal cenário que o Direito Ambiental exsurge como fator indispensável à sociedade hodierna, onde, mais que nunca, a atuação do homem sobre a natura vem implicando drásticas consequências, em seu próprio prejuízo e das vindouras gerações. *Daí a crucial importância dos instrumentos concretizados na legislação ambiental*, de onde ressaí a salutar exigência, radicada na Constituição Federal, do necessário EPIA/RIMA como condição *sine qua non* à realização de atividades tendentes à degradação da natureza.

De fato, o EIA/RIMA constitui corolário natural dos *princípios da precaução e da prevenção*, os quais se erigem como autênticos dogmas do Direito Ambiental e expressam-se como faces da peculiar forma de manifestação da natureza quando confrontada com as nocivas – ou potencialmente nocivas – atividades empreendidas pelo homem em sua insaciável sede de lucro.

Por tais razões é que se extrai a fundamentalidade do direito ao meio ambiente, constituindo-se os instrumentos da política nacional do meio ambiente em elementos indispensáveis postos à sua concretização, sob pena da Constituição reduzir-se à mera “*folha de papel*”, no dizer do velho Lassale.

Diante de tal quadro, exsurge inconstitucional a atuação dos 1º e 2º réus, na medida em que, *confessadamente*, estão procedendo a autorizações de queimadas de palha de cana de açúcar sem atendimento aos reclames constitucionais.

A propósito, importa consignar o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, plasmado no seguinte precedente:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS.

1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de

certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente.

2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador.

3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o *uso do fogo no processo produtivo agrícola*, quando prescreveu no art. 27, parágrafo único da Lei nº 4.771/65 *que o Poder Público poderia autorizá-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais*.

4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à *sobrevivência dos pequenos produtores* que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo.

5. *A interpretação do art. 27, parágrafo único do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente*, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no REsp 1094873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

6. Ademais, *ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento*, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente, Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei nº 6.938/81. Precedente: (EResp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/09/2010, DJe 13/10/2010).

Recurso especial provido. (STJ,REsp 1.285.463 – SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe: 06/03/2012. Grifei).

Quanto ao IBAMA, 3º réu nesta ação, segundo averba o autor sua legitimação passiva se justifica em razão da degradação que as queimadas acarretam ao Rio Piracicaba, provenientes, dentre outros, da chuva ácida que se espraia por toda a região, sendo certo que referido rio, por percorrer mais de uma região, é federal.

Ademais, em que pese a discriminação das *competências administrativas* disposta na Lei Complementar 140/11, de onde se infere que as licenças ou autorizações a que se referem os autos constituem atribuição dos Estados, *não me parece razoável entender que tal significa a exclusão da competência suplementar da União*, mediante seus órgãos ou autarquias – no caso, o IBAMA –, porquanto tal exegese se antagonizaria com o quanto positivado nos incisos VI e VII do art. 23 da Carta Magna. Isto porque, este dispositivo constitucional consagra a *competência (administrativa) comum* entre os três entes da Federação para curar pelas matérias ali enumeradas, de onde se deduz que, ainda que a LC 140, editada nos termos de seu parágrafo único, disponha sobre a partilha de competência, isto não significa – sob pena de se fazer tábula rasa do *federalismo de cooperação* estatuído na Lei Maior –, que a União não permaneça vinculada à proteção dos bens mencionados nos incisos do art. 23, *devendo curar por eles, ao menos supletivamente, quando ausente ou deficiente a atuação dos demais entes*. Esclarecedora, a respeito, é a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que assim pontifica:

Quanto à extensão, ou seja, quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da *realização material*, [...], a *competência* se distingue em: [...] (c) *comum*,

cumulativa ou paralela, reputadas expressões sinônimas, que significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23) (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 28º ed., p. 481. Grifei).

Em sede pretoriana, assim já se decidiu:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POTENCIAL DANO AMBIENTAL. PORTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. A Lei nº 6.938/81, com as alterações advindas pela Lei nº 7.804/89, afirmou a necessidade de prévio licenciamento ambiental para “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores”, bem como os capazes de “causar degradação ambiental”, *por parte do IBAMA, “em caráter supletivo”* (art. 10). No caso, trata-se de intervenção física com efeitos sobre a Bacia da Babitonga, que pertence ao mar territorial, “pois é formada por uma reentrância na costa, enquadrando-se na delimitação do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.617/93” (RSE 2003.72.01.001412-0, Rel. Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, DJU 03-03-2004). E a doutrina constitucional tem se orientado no sentido de que o interesse ambiental preponderante indicará o ente federativo competente (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, p. 276; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, p. 50) e não há dúvidas de que impactos sobre a zona costeira ou sobre o mar territorial configuram interesse que ultrapassa o meramente local ou regional. (TRF4, AC 5006246-20.2011.404.7201, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 10/08/2012).

Tenho que, embora tenha sido revogado o antigo Código Florestal (Lei 7.804/89), o qual previa, em seu art. 10, aduzido no sobredito aresto, a *competência suplementar do IBAMA* nos casos em que deficiente a atuação dos Estados ou Municípios, o mesmo não fazia mais que explicitar uma decorrência do sistema de competência, em matéria ambiental, já adrede disciplinada na Constituição Federal, plasmada, com ares de generalidade, no multicitado art. 23 (*competência comum, cumulativa ou paralela*, na lição de José Afonso da Silva).

Inobstante tal cenário, insistem os réus em argumentar que a *abrupta interrupção* do ato lesivo combatido nos autos gerará *efeitos econômicos negativos, inclusive com risco de desemprego*, porquanto os produtores necessitariam de um tempo maior para adaptarem sua estrutura produtiva e, não logrando êxito em fazê-lo diante dos custos da produção, teriam de proceder a demissões.

A mim me parece que argumentos de tal jaez já não mais são comportados na atual condição humana na Terra, revelando-se falaciosos, notadamente em face do *espírito do tempo (Zeitgeist)* que anima o mundo atual. Ora, *o progresso econômico, o emprego, o lucro, etc., não podem ser obtidos às custas do futuro do próprio planeta e da saúde de seus habitantes*. Afinal de contas, de nada adiantará uma economia avantajada e uma considerável massa de trabalhadores empregados, em um meio ambiente que não lhes propicie dignas condições de sobrevivência. A economia e o emprego não podem ser um fim em si mesmos, sob pena de consubstanciarem verdadeiro *“ouro de tolo”*. Ademais, o meio ambiente equilibrado não interessa, *egoisticamente*, apenas às presentes gerações, a todos cabendo preservá-lo para as futuras que nos sucederão, não sendo lícito deixar-lhes por herança um ambiente natural que amesquinhe a não mais poder sua qualidade de vida ou, o que é pior, sua possibilidade de vida . Não é demais lembrar, nesse passo, que *a preocupação com o ambiente sadio não se limita*

a um território ou a um Estado, mas se constitui em objeto de preocupação mundial, o que vem encontrando expressão nos tratados internacionais que vêm sendo celebrados sobre o tema, alguns dos quais em que o próprio Brasil é signatário.

Interessante notar que os réus, *em momento algum*, infirmam as alegações autorais no que concerne aos deletérios efeitos causados pelas queimadas, chegando mesmo a admitir que “[...] o que se pretende é a mecanização total da colheita da cana-de-açúcar, de forma que não se prejudique a população que se encontra nas imediações das plantações [...]” (fl. 336). Contudo, *pretendem justificar os meios pelos fins (econômicos)*, o que é absurdo.

Dessa forma, os argumentos defensivos incorrem em verdadeira *inversão de valores*, na medida em que os contestantes conferem maior importância ao acessório (economia, emprego, etc.) do que ao principal, que é o meio ambiente indispensável à eficaz e inteligente fruição de tais benesses, porque condição de sua própria possibilidade. Ora, *em se tratando do direito fundamental ao meio ambiente, os fins não justificam os meios*.

E nem se diga que tais argumentos seriam extrajurídicos. Absolutamente, pois tais preocupações nada mais são do que valores integrantes da pauta axiológica positivada na própria Constituição Federal nos dispositivos supratranscritos.

O Estado de São Paulo chega a afirmar que *a proibição da queimada da palha de cana gerará riscos de vida aos trabalhadores*, porque estes mesmos podem, até com cigarros, atear fogo (incontrolado) na palha, além de serem cortados por esta ou serem vítimas de animais. O que pretende o réu é substituir riscos *individuais*, que podem ser prevenidos com medidas educativas promovidas pelos empregadores, com a adoção de cuidados operacionais e com o uso de roupas especiais, por um risco *universal*, que só pode ser elidido com a interrupção da atividade. A pretendida legitimação da prática, assim, soa absurda. Isso sem falar que *sobre a fauna também repousa a proteção constitucional*, não sendo concebível que o ser humano se desumanize tanto a ponto de reputar legítimos os danos aos animais tais como os que são retratados nas fotografias de fl. 38.

O Estado de São Paulo aduz, outrossim, que *o EIA/RIMA seria dispensável, pois sua exigência equivaleria a “repetir o mesmo processo de estudo já realizado pelo próprio órgão público estadual especializado na matéria”* (fl. 152. Grifei). Nada mais absurdo, na medida em que a pretensa equiparação ontológica entre um estudo e outro contrapõe-se à própria alegação da inviabilidade e da negatividade decorrentes da exigência do EIA/RIMA. Se os estudos alegadamente realizados tivessem idêntica consistência deste último, razões não existiriam para os temores propagados pelo réu em sua realização.

Tampouco lhe socorre a assertiva de que a realização daquele estudo, dadas as peculiaridades da atividade, seriam *impraticáveis*; é a Administração que deve se adaptar para a preservação do meio ambiente, na medida em que não nos é lícito esperar que o meio ambiente se adapte às dificuldades vivenciadas pela Administração, muitas vezes geradas pela ineficiência dos órgãos administrativos e má gestão dos recursos públicos. Importante consignar que *não é a dimensão de um empreendimento que pode servir de régua para a preservação do meio ambiente, mas sim os potenciais ou efetivos danos que a respectiva atividade pode acarretar*.

Por fim, impende considerar o descompasso entre a alegação central do réu, de que a exigência do EPIA/RIMA conduzirá a um quadro de deficiência econômica, e os quadros por ele mesmo juntados à sua contestação, de onde se observa que as áreas sem fogo ultrapassam as em que há seu uso, de onde se conclui pela insubsistência do alegado *caos econômico*, hiperdimensionado pelo Estado contestante.

No que tange à alegação do IBAMA, no sentido da ausência de norma que o obrigue a

proceder à *campanha de divulgação* tal como requerida na exordial, também carece de fundamento idôneo, na medida em que o Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à Lei 7.347/85 por força de seu art. 19, autoriza o juiz a adotar amplo leque de medidas, não taxativamente descritas em Lei, visando à efetivação da tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente. Eis o texto legal:

Art. 461. [...]

§ 5º *Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.* (Grifei).

Por outro lado, enquanto o art. 3º da LICC é norma de direito material que tem por escopo, mediante a adoção de uma ficção jurídica, possibilitar a responsabilização pessoal pelo descumprimento da lei, a norma extraída do mencionado dispositivo do CPC é processual e tem por fim a efetivação da tutela específica ou a obtenção de resultado prático a esta equivalente. No caso em tela, a obrigação de fazer alvejada pelo réu colima, *ao lado das demais medidas postuladas na inicial*, à efetivação da tutela específica pleiteada pelo autor.

De qualquer modo, a obrigação em apreço decorre do *princípio da publicidade* a que se acha adstrita a Administração Pública por força do art. 37 da CF, *verbis*:

Art. 37. A *administração pública* direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá aos princípios* de legalidade, impessoalidade, moralidade, *publicidade* e eficiência e, também, ao seguinte: (Grifei).

No tocante à alegada impossibilidade de se impor *multa diária* a ente público, assim já decidiu o STJ:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535 DO CPC. RECURSO REPETITIVO. INVIABILIDADE. *ASTREINTES*. SÚMULA 7 DO STJ. SOBRESTAMENTO. ÂMBITO DO STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante. Precedentes do STJ.

3. *O valor fixado como astreinte não se mostra exorbitante ou irrisório, mas apto a atingir o seu escopo, que é de desestimular a recalcitrância do ente público em fornecer o medicamento de que a recorrida necessita com urgência*, conforme constou do acórdão objurgado. Reapreciar os fatos e as provas encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. É pacífico o entendimento no STJ de que, escolhido o Recurso Especial para ser julgado no rito dos repetitivos (art. 543-C do CPC), não haverá sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. Precedente da Corte Especial: AgRg nos EDcl nos EREsp 1.352.046/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, DJe 3.2.2014).

5. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 678.714 – PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe: 30/06/2015. Grifei).

De fato, *além da legislação vigente não fazer distinção* entre os destinatários dos poderes

executórios do Juiz, não se vislumbram razões legítimas a respaldar a tese esgrimada pelo réu, na medida em que *é a recalcitrância do ente público em cumprir determinações judiciais que viola o interesse público, vindo ao encontro deste o uso das medidas processuais cabíveis a fim de afastar o descumprimento do quanto decidido pelo Judiciário. Ademais, o descumprimento de decisões judiciais pela Administração Pública constitui-se em situação que em muito excede a razoabilidade, ostentando ainda maior gravidade que o descumprimento encetado por particulares, porquanto se revela como verdadeira afronta do Estado em face do próprio Estado, a denotar inadmissível autofagia.*

Derradeiramente, friso que normas estaduais, a exemplo do Decreto nº 47.700/03, em nada alteram a argumentação que venho de expor, porquanto desalinhadas com a Constituição Federal e com os tratados internacionais que cuidam do tema ambiental, tendo em vista que as restrições à queima, ali constantes, não vêm logrando êxito em reduzir satisfatoriamente os efeitos negativos das queimadas.

Por todas essas razões, revela-se patente que a linha argumentativa dos réus, no sentido de sobrepor à vida o econômico, que da primeira é acessório, contraria a *ética universalmente vigente*, contrastando-se, como já frisei acima, com o *espírito do tempo (Zeitgeist) em que vivemos.*

Adianto que não cabe *condenação em honorários advocatícios* em favor do Ministério Público em sede de Ação Civil Pública, a teor do entendimento sufragado no C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia. Ação Civil Pública imputando obrigação de fazer à Municipalidade à luz de fundamentos constitucionais (arts. 3º, 37, § 6º, 182, § 1º, e 225 da CF/1988), cuja apreciação, em se tratando de recursos extremos, é da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, quando a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente, descabe condenar a parte vencida em honorários advocatícios. Ressalva do ponto de vista do Relator. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, RESP 200800521460, Rel. Min. Hermann Benjamin, DJE DATA:24/09/2009. Grifei).

III. Dispositivo

Posto isso, extingo o processo nos termos do art. 269, I, do CPC, e **JULGO PROCEDENTE** o pedido, para:

1. *declarar* a nulidade de todas as licenças e autorizações já expedidas pela CETESB e pelo ESTADO DE SÃO PAULO tendo como objeto a autorização para a queima controlada da palha cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção (Araras, Conchal, Cordeirópolis, Engenheiro Coelho, Estiva Gerbi, Iracemápolis, Leme, Limeira e Mogi Guaçu);

2. *determinar* à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO, este através de sua Secretaria de Estado do Meio Ambiente, que se *abstenham* de conceder novas licenças ambientais e autorizações, tendo como objeto a autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção (Araras, Conchal, Cordeirópolis, Engenheiro Coelho, Estiva Gerbi, Iracemápolis, Leme, Limeira e Mogi Guaçu), sem o cumprimento das normas jurídicas relativas à exigência de licenciamento específico e de prévio estudo de impacto ambiental (EIA) e elaboração de relatório de impacto ao meio ambiente (RIMA), nos termos da

Constituição Federal (art. 225), Lei 6.938/81 e da Resolução 237/97 do CONAMA. *Caso haja pedido de licenciamento da referida atividade*, deverá ser sempre exigido o competente EIA/RIMA como condição para o licenciamento. Esse EIA/RIMA deverá ser abrangente, levando-se em consideração as consequências para a saúde humana, para a saúde do trabalhador, para áreas de preservação permanente, para os remanescentes florestais, para a flora e fauna, bem como as mudanças na atmosfera relacionadas ao efeito estufa e ao consequente aquecimento global. *No tocante à fauna*, deverão ser observadas, no que couber, as providências indicadas na Instrução Normativa 146/2007 do IBAMA, especialmente os procedimentos de levantamento, monitoramento, salvamento, resgate e destinação da fauna;

3. *determinar* ao IBAMA que exerça, de forma direta e efetiva, a fiscalização no tocante aos danos provocados à fauna silvestre pela prática da queima na área compreendida por esta Subseção, seguindo-se os trâmites da legislação nacional pertinente, mormente a Lei 5.197/67 e a Instrução Normativa IBAMA nº 146/2007, adotando as providências necessárias a fim de evitar a destruição em massa de espécimes; e

4. *determinar* à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO que realizem o cadastramento de todas as propriedades rurais ocupadas com a cultura canavieira, verificando se estão sendo cumpridas as prescrições deferidas por este Juízo, diretamente e/ou com auxílio da Polícia Militar Ambiental.

Em caso de descumprimento da presente decisão, fixo, desde logo, multa diária no valor R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o qual poderá ser revisto caso haja tenaz resistência em seu cumprimento.

Confirmo a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Comunique-se ao E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região acerca desta decisão, tendo em vista agravos de instrumento lá interpostos.

Condeno os réus nas custas processuais, pro rata.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Juiz Federal Substituto MARCELO JUCÁ LISBOA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0007793-50.2014.403.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ré: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUADRA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2015

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta inicialmente pelo Ministério Público do Trabalho e posteriormente encampada pelo Ministério Público Federal, em face da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, por meio do qual se busca a condenação da ré ao cumprimento de obrigação de fazer e ao pagamento de indenização.

Em síntese, a inicial narra que a Procuradoria do Trabalho de Araraquara requereu ao Presidente da VIII Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP informação acerca de outros processos administrativos em face das advogadas Helenice Cruz e Cláudia Batista da Rocha. Ressaltou que o órgão se recusou em apresentar as informações e documentos exigidos, sob a alegação de que até o término os processos são mantidos sob sigilo, só tendo acesso às informações ali contidas as partes, seus defensores e a autoridade competente. Para evitar novas recusas, o autor pede que a OAB — Seção de São Paulo seja condenada ao cumprimento de obrigação de fazer, que consiste em atender as requisições expedidas com fundamento na Lei Complementar nº 75/1993, em inquéritos civis pela Procuradoria do Trabalho no Município de Araraquara, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Pede também que a ré seja condenada ao pagamento de indenização em valor não inferior a R\$ 20 mil.

Inicialmente a ação foi proposta e tramitou perante a Justiça do Trabalho em Araraquara, onde se realizou audiência de tentativa de conciliação (fls. 86).

Em sua contestação (fls. 88-97), a Ordem dos Advogados do Brasil arguiu preliminares de ilegitimidade passiva e ativa. No mérito, alegou que os processos disciplinares tramitam em sigilo, só tendo acesso as partes envolvidas. Relatou que não haveria o porquê em fornecer os documentos, tendo em vista que o requerente sequer tem evidência de existência dos mesmos.

A Justiça do Trabalho reconheceu sua incompetência e determinou a remessa dos autos para a Justiça Federal, restando o feito redistribuído neste Juízo. O Ministério Público do Trabalho recorreu dessa decisão, mas ela acabou mantida (fls. 150-151).

Neste juízo o Ministério Público Federal encampou o pedido do autor originário, uma vez que o Ministério Público do Trabalho não tem atribuição para litigar na Justiça Federal, salvo em litisconsórcio.

Na sequência, os autos vieram conclusos para sentença.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De partida afasto as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva agitadas pela OAB - Seção de São Paulo.

O MPF pretende por meio desta ação compelir a ré a atender as requisições do Ministério Público do Trabalho necessárias para a instrução de inquéritos civis instaurados por esse ramo do Ministério Público, ainda que tais informações sejam relacionadas a processos administrativos disciplinares em curso. Pede também a condenação da requerida ao pagamento de

indenização não inferior a R\$ 20 mil pelo descumprimento das intimações ministeriais que motivaram o julgamento desta ação civil pública.

Ou seja, diferentemente do que articula a requerida em sua contestação, o pedido da ação civil pública não é dirigido a um advogado específico, mas sim à própria OAB - Seção de São Paulo, uma vez que o destinatário das requisições do MPT – o VIII Tribunal de Ética da OAB, sediado em Araraquara – não possui personalidade jurídica.

Mais ou menos as mesmas razões servem para justificar a legitimidade do MPF para o ajuizamento do feito. A pretensão do autor não diz respeito a direitos individuais disponíveis, mas sim a questões afetas ao exercício das atribuições do próprio Ministério Público do Trabalho.

Superadas as prefaciais, passo ao exame do mérito.

A questão de fundo é bastante singela, ao menos quanto à identificação e formulação do problema, e pode ser resumida na seguinte pergunta: a OAB - Seção de São Paulo está obrigada a fornecer dados relacionados a processos disciplinares em curso requisitados pelo MPT?

A razão da controvérsia está num aparente conflito entre disposições do Estatuto da Advocacia e da Lei Orgânica do Ministério Público Federal. Os dispositivos em questão são os seguintes:

Lei 8.906/1994

Art. 72. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.

(...)

§ 2º O processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente.

Lei Complementar nº 75/1993

Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;

(...)

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

§ 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

Confrontando a norma que assegura o sigilo dos processos administrativos disciplinares movidos contra advogados com aquelas que garantem ao Ministério Público o acesso a todas as informações necessárias para o exercício de suas atribuições, penso que estas devem prevalecer em detrimento daquela. É certo que a OAB deve zelar pelo sigilo dos processos disciplinares em curso, mas esse sigilo não pode ser oposto ao Ministério Público quando se tratar de requi-

sição útil para a instauração ou para o processamento de inquérito; — conforme visto, o § 2º do art. 8º da LC 75/1993 é taxativo no sentido de que “*Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido*”.

Cumpre anotar que a norma em questão regulamenta comando constitucional expresso, no caso o art. 129 da Constituição, que trata das funções institucionais do Ministério Público. O inciso III desse dispositivo enuncia que ao Ministério Público compete “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, disposição que é complementada pelo inciso VI, que confere ao mesmo destinatário a prerrogativa de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”, no caso a Lei Complementar nº 75/1993.

Por aí se vê que a garantia do sigilo nos processos administrativo disciplinar de que trata o § 2º do art. 72 do Estatuto da Advocacia não é absoluta, de modo que não pode ser oponível ao Ministério Público, quando se tratar de informação útil à promoção de inquérito civil ou ação civil pública. Aliás, sustentar que a garantia ao sigilo não é absoluta nem ilimitada pouco contribui para a solução da controvérsia, já que nenhum direito ou garantia é absoluto, tampouco ilimitado; — sempre que houver tensão entre regras que conferem direitos ou garantias, abre-se a oportunidade para a relativização, por meio do exercício da ponderação dos valores em jogo. E no caso dos autos, esse exercício resulta na prevalência da prerrogativa do Ministério Público de ter acesso às informações que julgar necessárias para a promoção de inquérito civil ou ação civil pública sobre a norma que assegura o sigilo dos processos disciplinares em trâmite perante os Tribunais de Ética da OAB.

Também é importante observar que, bem pensadas as coisas, a hipótese de que se cuida não configura simples *quebra de sigilo*, mas sim *transferência de sigilo*, na medida em que as informações sigilosas encaminhadas ao Ministério Público não perdem a natureza de dado confidencial. Quanto a isso, volto a invocar o § 2º do art. 8º da LC 75/1993, mas agora enfatizando a segunda parte do dispositivo: “*Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido*”. Esse comando se articula com o § 1º do mesmo art. 8º da LC 75/1993, que assenta que “O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal”.

Ainda sobre o tema, transcrevo recente precedente que se alinha às conclusões expostas nesta sentença:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. EXCEPCIONALIDADE. CRIMES DOS ARTIGOS 10 DA LEI 7.347/85 E 330 DO CÓDIGO PENAL. REQUISIÇÕES DE INFORMAÇÕES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO RIO GRANDE DO SUL. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. SIGILO PELO ESTATUTO DA ADVOCACIA COM RESGUARDO NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INOPONIBILIDADE AO PARQUET. NÃO SUJEIÇÃO À RESERVA JURISDICIONAL. ELEMENTO DESCRITIVO DO TIPO INCRIMINADOR. INDISPENSABILIDADE DOS DADOS. FIGURAS EXCLUSIVAMENTE DOLOSAS. EXCEÇÕES LEGAIS APOIADAS NA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL. FATO SUSPEITADO. ELEMENTARES. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A prematura obstaculização do inquérito policial, mediante a impetração do mandamus, sem necessidade

de exame do conjunto probatório, faz-se possível, em caráter excepcional, se vier a ser demonstrada, de plano, a ausência de justa causa, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito, na atipicidade da conduta e na presença de alguma causa excludente da punibilidade. 2. Caso em que o Ministério Público do Trabalho requisitou, por três oportunidades, informações sobre o andamento de processo ético-disciplinar à Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Sul para fins de instrução de inquérito civil, deixando a requisitada, na pessoa de seu Conselheiro Diretor Secretário-Geral, de prestá-las sob a alegação de sigilo legal, que somente poderia ser levantado pela autoridade judiciária competente. 3. O sigilo previsto no artigo 72, § 2º do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), albergado na disposição do artigo 8º, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), não é oponível ao Ministério Público, que pode ter acesso direto a dados e informações atinentes a processos administrativos disciplinares, sem sujeição à reserva de jurisdição, por força do artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), extensível aos órgãos estaduais de acordo com o artigo 80 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ressalvadas apenas as exceções constitucionalmente previstas. 4. Há uma transferência de sigilo de informações da autoridade responsável pela sua guarda ao órgão ministerial requisitante, que passa a responder, nas esferas funcional, civil e penal (artigos 8º, § 1º, da LC 75/93 e 26, § 2º, da Lei 8.625/93), pelo resguardo das mesmas e, via de consequência, permanecendo o processo cível sob as cautelas a ele atinentes. 5. O crime do artigo 10 da Lei 7.347/85 exige, para sua configuração, a demonstração da indispensabilidade dos dados técnicos requisitados para a propositura da ação civil. 6. Se é certo, de um lado, que do cotejo dos elementos indiciários carreados à investigação não se pode, de pronto, afastar tal cenário, de outro, também não se tem como ver configurado o necessário dolo na conduta supostamente delitiva, quando o não atendimento, pela OAB/RS, à ordem legal do MPT revelou-se pautado nas exceções prescritas em lei, mormente com apoio na dissonância da jurisprudência pátria, o que fulmina, necessariamente, a tipicidade do objeto do inquisitório. 7. Demonstrado, objetivamente, que o fato suspeitado não reunia as suas indispensáveis elementares, é de ser trancado o investigatório por ausência de justa causa. 8. Ordem concedida. (TRF4, HC 5004861-67.2015.404.0000, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 30/06/2015).

Tudo somado, merece acolhida o pedido de condenação da OAB - Seção São Paulo no cumprimento de obrigação de fazer, que consiste em atender as requisições expedidas com fundamento na Lei Complementar nº 75/1993, em inquéritos civis pela Procuradoria do Trabalho no Município de Araraquara. E uma vez determinada a obrigação, deve também ser fixada a reprimenda em caso de descumprimento. E quanto a isso, penso ser razoável o modelo proposto na inicial, ou seja, multa diária de R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento.

Por outro lado, rejeito o pedido de condenação da OAB - Seção de São Paulo ao pagamento de indenização pelo fato de não ter atendido a requisição que resultou no ajuizamento desta ação civil pública. Muito embora se reconheça que as informações deveriam ter sido prestadas no prazo assinalado pelo Ministério Público do Trabalho, há que se admitir que o tema é polêmico, de modo que a recusa, se não era legítima, como agora restou assentado, tinha lá suas explicações.

Além disso, vê-se que a OAB - Seção de São Paulo não deixou de prestar as informações por ato arbitrário, tampouco se fez de desentendida. Na verdade, ao ser instado a prestar as informações, o Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina encaminhou polida resposta ao Procurador do Trabalho requisitante, dando as razões pelas quais entendia legítima a recusa, ou melhor dizendo, declinando o motivo pelo qual se julgava impossibilitado de atender o pedido, qual seja, a crença institucional no sentido de que a garantia prevista no Estatuto da

Advocacia quanto ao sigilo dos processos disciplinares é absoluta. E muito embora tal entendimento tenha sido rechaçado nesta sentença, há que se reconhecer que até a formação deste título judicial a tese era no mínimo defensável, o que afasta a configuração de ato ilícito.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de parcial procedência do pedido.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, para o fim de condenar a OAB - Seção São Paulo ao cumprimento de obrigação de fazer, que consiste em atender as requisições expedidas pela Procuradoria do Trabalho no Município de Araraquara em inquéritos civis com fundamento na Lei Complementar nº 75/1993, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento.

Sem custa e honorários (art. 18, Lei 7.347/85).

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

Araraquara, 23 de setembro de 2015.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

AÇÃO PENAL

0000489-72.2015.4.03.6117

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: ANDRÉ ALVES DA Silva
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Juiz Federal: DANILO GUERREIRO DE MORARES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/09/2015

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação penal condenatória, de iniciativa pública incondicionada, em que o Ministério Público Federal imputa a ANDRÉ ALVES DA SILVA, devidamente qualificado nos autos, a prática, em concurso material (art. 69 do Código Penal), dos delitos tipificados no art. 304 c/c art. 297 e no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal.

Em apertada síntese, narra a denúncia ministerial que, em 31 de março de 2015 e, depois, em 7 de abril de 2015, na Rua João Lourival Mangili, 25, Jardim Paulista, em dois Córregos, Estado de São Paulo, o réu, voluntária e conscientemente, fez uso de documentos falsos (cédula de identidade e relatórios médicos), em nome de Sidney de Moraes, perante a Agência da Previdência Social de Dois Córregos.

Ainda, a prefacial descreve que, nas mesmas condições de tempo e espaço, acima discriminadas – ou seja, também por duas vezes, nos dias 31 de março de 2015 e 7 de abril de 2015 –, o réu tentou obter vantagem patrimonial ilícita em detrimento do Instituto Nacional do Seguro Social, representada pelo recebimento indevido de auxílio-doença (NB 31/610.004.809-8), mediante fraude, ao atribuir a si próprio identidade falsa (de Sidney de Moraes) e de se valer de documentos falsificados para esse fim (cédula de identidade e relatórios médicos em nome de Sidney de Moraes), o que não logrou alcançar por circunstâncias alheias à sua vontade.

A exordial acusatória escora-se em elementos informativos colhidos no bojo de inquérito policial conduzido pela Delegacia de Polícia Federal de Bauru (fls. 2-143).

Presentes prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, a denúncia foi recebida em 24 de abril de 2015 (fls. 161-162).

Vieram aos autos folhas de antecedentes criminais e certidões de distribuição judicial (fls. 158-160 e 181).

O réu foi citado (fl. 205) e, no decêndio legal, ofereceu resposta escrita à acusação; na mesma manifestação, pugnou pela reconsideração de anterior decisão denegatória de liberdade provisória (fls. 184-186 e 198-200).

A pretensão defensiva foi rechaçada (fl. 187).

Ausentes hipóteses de absolvição sumária, passou-se, desde logo, à colheita da prova oral (fl. 187).

Durante a instrução criminal foram inquiridas duas testemunhas arroladas pela acusação (fls. 220 e 232).

A defesa desistiu da oitiva das testemunhas que arrolara (fl. 220).

O acusado foi interrogado (fls. 220 e 232).

Na fase do art. 402, nada foi requerido pelas partes (fl. 220).

Houve renovação do pedido de liberdade provisória (fls. 233-236), o qual foi indeferido (fl. 241).

Finda a instrução processual, as partes ofereceram memoriais de alegações finais.

Por reputar comprovadas a materialidade delitiva e a autoria respectiva, o Ministério Público Federal requereu o integral acolhimento da pretensão punitiva deduzida na preambular e a consequente a condenação do réu como incurso no art. 304 c/c art. 297 e no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, em concurso material.

Por sua vez, a defesa requereu a aplicação do princípio da consunção e a condenação apenas pela prática dos crimes de estelionato tentado. Ainda, pugnou pelo reconhecimento da atenuante genérica da confissão.

Posteriormente à apresentação dos memoriais finais, veio aos autos o laudo do exame documentoscópico realizado com base na cédula de identidade usada pelo réu (fls. 261-265).

As partes foram intimadas do novo documento, ocasião em que simplesmente ratificaram as alegações finais ofertadas (fls. 266 e 269).

Vieram-me os autos conclusos em 19 de agosto de 2015 (fl. 270).

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. MÉRITO – MATERIALIDADE

A materialidade dos delitos de uso de documento falso, tipificados no art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal, está sobejamente demonstrada nos autos, valendo referir, por essenciais à compreensão da dinâmica dos fatos *sub judice*, os seguintes elementos de convicção:

a) auto de prisão em flagrante lavrado pela Delegacia de Polícia Federal de Bauru, em que a autoridade policial relata as circunstâncias da apreensão, por policiais militares, de um amontoado de exames e relatórios médicos falsos, bem como da cédula de identidade nº 21.109.549-7, supostamente expedida pela Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, em nome de Sidney de Moraes, mas com a foto do réu (fls. 2-9);

b) auto de apresentação e apreensão igualmente lavrado pela aludida unidade descentralizada do Departamento de Polícia Federal, em que relacionados os documentos apreendidos em poder do réu, notadamente a supramencionada cédula de identidade (fls. 24-26);

c) relatório de informação nº 48, emanado da Assessoria de Pesquisa Estratégica e de Gerenciamento de Riscos da Secretaria Executiva do Ministério da Previdência Social, mediante o qual restou evidenciada a similitude entre alguns dados constantes das cédulas de identidade apresentadas pelo réu e pela suposta segurada Margarida Cubas da Silva Gonçalves (mesma assinatura do titular, mesma data de expedição e idêntico documento de origem – fl. 31, item “12”) – que também comparecera à Agência da Previdência Social de Dois Córregos em 31 de março de 2015 para a realização de perícia médica (fls. 27-32);

d) exames ou relatórios médicos e a cédula de identidade nº 21.109.549-7, apreendidos em poder do réu (fls. 39, 42-59 e 265);

e) mensagem eletrônica (*e-mail*) procedente do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, a noticiar que o relatório médico apresentado à fl. 39 é falso, pois não foi emitido pelo respectivo Serviço de Arquivo Médico e Estatística, e que naquele nosocômio não há nenhum paciente denominado Sidney de Moraes (fls. 122-123);

f) laudo da perícia papiloscópica levada a efeito pelo Núcleo de Identificação da Delegacia de Polícia Federal de Bauru, segundo o qual a cédula de identidade nº 21.109.549-7 é inautêntica, pois a impressão digital nela aposta não foi produzida pelo réu (fls. 134-136);

g) laudo da perícia documentoscópica, realizada pela Unidade Técnico-Científica da

Delegacia de Polícia Federal de Presidente Prudente, a externar que a cédula de identidade nº 21.109.549-7 é material e ideologicamente falsa, porque, além de conter dados pessoais de indivíduos diversos (daí a falsidade ideológica), o suporte físico do documento carece dos requisitos de validade previstos na Lei nº 7.116/1983 e no Decreto nº 89.250/1983, apresentando os seguintes defeitos: dimensão superior à oficial, falta de impressão calcográfica, falta de impressão tipográfica da numeração no verso do espelho e falta do campo destinado ao registro do número de inscrição no PIS/PASEP (fls. 261-265).

Com efeito, referidos elementos probatórios – especialmente a mensagem eletrônica procedente do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e os laudos das perícias papiloscópica e documentoscópica – deixam claro que, em 31 de março de 2015 e, posteriormente, em 7 de abril de 2014, documentos contrafeitos, de natureza pública e privada, foram utilizados perante a Agência da Previdência Social de Dois Córregos para os fins de identificação pessoal e instrução de requerimento administrativo de benefício previdenciário (NB 31/610.004.809-8).

A propósito da cédula de identidade nº 21.109.549-7, em que pese o depoimento das testemunhas arroladas pela acusação – no sentido de consubstanciar falsificação grosseira –, convém ressaltar que se trata, sim, de documento revestido de potencial ludibriante. Tanto que inicialmente aceito pelos agentes públicos a serviço da autarquia previdenciária, os quais somente desconfiaram de sua inautenticidade porque, previamente ao primeiro atendimento do réu, recepcionaram pessoa suspeita (identificada como Margarida Cubas da Silva Gonçalves), alegadamente já atendida em outra ocasião e com outro nome, cujos dados eram parcialmente coincidentes com os do réu.

No tocante aos delitos de estelionato majorado tentado, previstos no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, do Código Penal, a materialidade delitiva é igualmente indubitosa, centrando-se nos seguintes elementos probatórios:

a) cópia do boletim de ocorrência nº 3.202/2015, lavrado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, contendo a primeira narrativa da prisão do réu em flagrante delito, ocorrida ainda no interior da Agência da Previdência Social de Dois Córregos (fls. 96-100);

b) auto de prisão em flagrante lavrado pela Delegacia de Polícia Federal de Bauru, em que, além de relatar a apreensão dos citados documentos falsos (relatórios médicos e cédula de identidade), a autoridade policial noticia a prisão em flagrante do réu no instante em que deixava a sala da perícia médica, da Agência da Previdência Social de Dois Córregos (fls. 2-9);

c) auto de apresentação e apreensão igualmente lavrado pela sobredita unidade descentralizada do Departamento de Polícia Federal, em que relacionados os documentos apreendidos em poder do réu, notadamente o requerimento administrativo de auxílio doença registrado na autarquia previdenciária sob o nº 31/610.004.809-8 (fls. 24-26);

d) cópia integral dos autos do processo administrativo previdenciário nº 165.265.059 (NB 31/610.004.809-8), instaurado a partir do malicioso requerimento eletrônico formulado em nome do segurado Sidney de Moraes (fls. 65-80).

Tais provas demonstram com clareza meridiana que, por duas vezes – primeiro em 31 de março de 2015, depois em 7 de abril de 2015 –, foram praticados atos preordenados à obtenção de benefício previdenciário indevido, mediante o emprego de expediente fraudulento, consubstanciado em documentos públicos e privados, material e ideologicamente falsos. Atos esses que somente não foram levados a termo por circunstâncias alheias à vontade do respectivo executor, consistentes em oportuna intervenção dos agentes da autarquia previdenciária e da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Quanto ao crime de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal), que o

Parquet Federal acertadamente reputa cristalizado na confissão do réu (interrogado em juízo, o réu admitiu ter entregado uma foto para uma pessoa denominada “Coelho”, que se encarregou de obter a cédula de identidade falsa na Praça da Sé, no Município de São Paulo – fls. 220 e 232), descabem indagações mais profundas, já que a ele a denúncia não faz menção.

Para o êxito da presente persecução penal, afiguram-se suficientes as provas pericial e oral, que confirmam a falsidade material e ideológica da reiteradamente mencionada cédula de identidade e, pois, conferem lastro probatório à acusação de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal).

2.2. MÉRITO – AUTORIA E DOLO

A autoria delitiva é extrema de dúvidas.

Com efeito, as testemunhas arroladas pela acusação foram uníssonas ao atribuir ao réu a prática das condutas consistentes em utilizar, por duas vezes consecutivas – primeiro em 31 de março de 2015 e depois em 7 de abril de 2015 –, documentação pública e privada (relatórios médicos e cédula de identidade), material e ideologicamente falsa, para os fins de identificação pessoal e de instrução de requerimento administrativo de benefício previdenciário por incapacidade laborativa supostamente resultante de neoplasia maligna (*rectius*, auxílio-doença).

Confira-se, por ilustrativo, o depoimento prestado por Gilberto Germano Gabas, policial militar que atendeu a ocorrência que resultou na prisão em flagrante do réu:

Participou da diligência que redundou na prisão do réu; o gerente do INSS de Dois Córregos suspeitou da autenticidade da documentação apresentada pelo réu e, então, remarcou a perícia médica; quando o réu estava sendo atendido pelo médico, o cabo Contaroto o abordou dentro da agência; o depoente abordou as pessoas que estavam fora da agência, ao lado de um carro; com o réu foram encontrados exames médicos, laudos etc. que falavam que o réu tinha câncer; os documentos estavam em nome de outra pessoa; inicialmente, o réu se identificou com outro nome; na busca pessoal foi encontrado o RG com o nome verdadeiro; no final da ocorrência, o réu confessou que praticou a fraude, pois estava devendo dinheiro para algumas pessoas; dias antes da prisão em flagrante, o réu esteve na agência do INSS de Dois Córregos, ocasião em que Bruno, o gerente, notou que a documentação era falsa; o réu estava acompanhado de um a mulher e de um senhor; o RG falso não pertencia a nenhum dos acompanhantes do réu; o réu estava falando que estava com câncer.

Leia-se, também, o depoimento prestado por Bruno Henrique Pereira, então gerente da Agência da Previdência Social de Dois Córregos:

O depoente trabalha na agência da Previdência Social em Dois Córregos; a desconfiança em relação à documentação se deu no dia 31 de maio, data agendada para a médica perícia do réu e de MARIA CUBAS DA SILVA GONÇALVES; a suspeita surgiu quando esta mulher foi atendida; um dos servidores desconfiou, pois recordou já ter atendido essa pessoa, porém, com outro nome; o depoente determinou que fosse separado o processo administrativo de MARIA; depois, foi chamado o réu para a perícia; na ocasião, o depoente constatou que diversos dados constantes do RG do réu eram idênticos aos do RG de MARIA; o réu se identificou com o RG falso; no processo administrativo havia atestados médicos; no dia 31 de março, o depoente comunicou seus superiores, enquanto que outros servidores comunicaram a polícia; no dia marcado para o retorno, o réu foi autuado em flagrante pela Polícia Militar; o réu apresentou documentos médicos de São Paulo; o réu ia pleitear auxílio-doença; o depoente não investigou a doença de que o réu se dizia portador.

Destaque-se que, além de uníssonos e acordes entre si, referidos depoimentos estão em perfeita sintonia com a versão apresentada na fase inquisitorial da presente persecução penal, mais precisamente por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante que embasou a abertura do inquérito policial em apenso (fls. 2-9).

Mas não é só.

Ao ser interrogado, tanto na fase policial quanto em juízo, sob o crivo do contraditório, o réu admitiu a prática delitiva (fls. 7-9, 220 e 232). Confirma-se o teor do interrogatório judicial:

É casado; é divorciado do primeiro casamento; casou-se de novo para poder receber visitas no CDP; tem dois filhos do primeiro casamento; antes da prisão, prestava serviços para três empresas como motoboy, ganhava R\$ 1.500,00 de cada empresa; primeiro grau completo; já foi preso e processado anteriormente; em 2003 foi preso por receptação, mas foi absolvido; em 2006 foi preso por tráfico, mas foi absolvido, pois o dono da droga assumiu a responsabilidade; em 2008 foi preso novamente, em assalto; acabou se endividando (documento atrasado da moto, pensão dos filhos etc.); na Vila Nova Cachoeirinha, em São Paulo, conheceu “Coelho”, o qual ofereceu o serviço; “Coelho” ofereceu R\$ 500,00 para passar por perícia em Dois Córregos; “Coelho” pediu uma foto para fazer um RG falso na Praça da Sé; não sabe por que o golpe foi aplicado em Dois Córregos, pois tudo foi providenciado por “Coelho”; na primeira oportunidade, “Coelho” pediu para esperar, pois havia mandado outra pessoa, a qual deveria ser periciada em primeiro lugar; aguardou algum tempo e passou o seu horário; foi remarcada a perícia; quando voltou ao INSS pela segunda vez, foi preso na sala do médico.

O dolo é igualmente cristalino, pois, ao ser interrogado em juízo, o réu asseverou estar plenamente ciente da falsidade da cédula de identidade nº 21.109.549-7, a qual teria sido providenciada por um tal “Coelho” na Praça da Sé, em São Paulo. Disse, mais, que não é portador de neoplasia maligna e que aderiu à empreitada criminosa engendrada por “Coelho”, pois estava precisando de dinheiro para pagar contas atrasadas (licenciamento da moto, pensão alimentícia dos filhos etc.).

Esse o quadro, a condenação é medida que se impõe.

2.3. MÉRITO – TIPICIDADE, ILICITUDE, CULPABILIDADE E PUNIBILIDADE

As condutas consistentes em usar documento público falso – levadas a efeito mediante a apresentação da cédula de identidade nº 21.109.549-7 aos agentes administrativos da Agência da Previdência Social de Dois Córregos nos dias 31 de março e 7 de abril de 2015 –, amoldam-se com perfeição ao disposto no art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal (norma penal em branco secundariamente remetida).

A pretensão defensiva no sentido de ver tais ilícitos penais absorvidos pelos crimes de estelionato tentado (inteligência da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, consagradora do princípio da consunção entre os crimes de falso e estelionato) afigura-se despropositada, uma vez que, por consubstanciar documento de identificação para todos os fins (Lei nº 7.116/1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.250/1983), inclusive para o de dispensar a identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, com as ressalvas da Lei nº 12.037/2009), a cédula de identidade falsificada reveste-se de potencialidade lesiva que transcende a mera tentativa de obtenção de vantagem patrimonial ilícita.

Para bem ilustrar o que venho de referir, trago à colação as considerações feitas na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal:

Deve ser ressaltado, por fim, que, embora o uso de documento falso possa, eventualmente,

ser considerado meio para execução do estelionato, é certo que, no caso em tela, não teria o condão de ser por este absorvido. Isso porque, em se cuidando de documento público de identificação, tem-se que a potencialidade lesiva deste não se exaure na pretendida obtenção da vantagem econômica indevida, porquanto pode, sabidamente, ser utilizado na prática de outras infrações, dada a essencialidade de tal documento na quase totalidade dos negócios civis praticados em geral (fl.156).

Por outro lado, os documentos particulares encontrados em poder do réu e também usados para instruir o malsinado requerimento administrativo de benefício previdenciário por incapacidade dirigido à Agência da Previdência Social de Dois Córregos (relatórios e exames médicos expedidos pelo Instituto do Câncer do Estado de São Paulo) merecem tratamento diferenciado e favorecido.

Conquanto capazes, em tese, de configurar o delito do art. 304 c/c o art. 298, ambos do Código Penal, as condutas consistentes em utilizar os aludidos papéis restou absorvida pelos delitos de estelionato majorado tentado, nos termos da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça (princípio da consunção). Isto porque o emprego de tais exames e relatórios médicos traduziu-se em simples meio para a perpetração da fraude previdenciária, não sendo possível atribuir-lhes potencialidade lesiva adicional.

Por derradeiro, as condutas consistentes em tentar obter benefício previdenciário por incapacidade mediante fraude (uso de documentação material e ideologicamente falsa, de natureza pública e privada), em detrimento do Instituto Nacional do Seguro Social, subsumem-se ao art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Superada a análise da tipicidade penal, observo que não há nenhuma causa de exclusão da ilicitude da conduta criminosa atribuída ao réu.

Nem mesmo de estado de necessidade se pode cogitar, pois não estão presentes os requisitos da *inevitabilidade do perigo e da lesão* e da *proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado* (art. 24, *caput*, do Código Penal). O primeiro a significar que, “característica fundamental do estado de necessidade é que o perigo seja inevitável, bem como seja imprescindível, para escapar da situação perigosa, a lesão a bem jurídico de outrem”¹. O segundo a sugerir que somente se admite a invocação da excludente do estado de necessidade justificante (assim entendido aquele que afasta a ilicitude da conduta) “para salvar bem de maior ou igual valor ao do sacrificado”².

Deveras, no caso concreto, a alegada situação de perigo, supostamente decorrente das dívidas contraídas pelo réu com o licenciamento da sua moto e com a pensão alimentícia devida aos filhos, poderia ter sido evitada mediante a realização de outros trabalhos informais, além daqueles mencionados nas declarações invocadas do derradeiro pedido de liberdade provisória (fls. 224-226 e 233-236), sendo mesmo absurdo pensar em sacrificar os já combalidos cofres da Previdência Social para, egoisticamente, assegurar ao réu a satisfação de suas necessidades pessoais.

Tampouco se verificam dirimentes penais, estando presentes na espécie todos os elementos que integram a culpabilidade, a saber: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa.

Nem se invoque inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, pois no caso concreto era perfeitamente exigível que, para saldar suas dívidas

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 265.

2 *Idem*.

civis, o réu lançasse mão de expediente lícitos (trabalhos informais, por exemplo), em vez de regressar ao odioso e repugnante universo da criminalidade.

Finalmente, convém pontuar a inexistência de causas extintivas da punibilidade.

3. DOSIMETRIA DA PENA

Assentada a responsabilidade do réu pelos múltiplos fatos descritos na denúncia, passo à dosimetria da reprimenda criminal correspondente, fazendo-o de forma motivada (art. 93, IX, da Constituição Federal), com estrita observância ao princípio constitucional da individualização (art. 5º, XLVII, da Constituição Federal), segundo os cânones do sistema trifásico (art. 68, *caput*, do Código Penal).

3.1. DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As condutas perpetradas pelo réu são merecedoras de qualificado juízo de reprovação penal, na medida em que se preordenaram a espoliar os escassos recursos disponibilizados ao Instituto Nacional do Seguro Social para a gestão do Regime Geral de Previdência Social – reconhecidamente deficitário. Recursos estes que, por imposição constitucional, somente podem fazer frente àquelas contingências elencadas no art. 201, *caput*, I a V, da Lei Maior, sob pena de restar quebrantado o equilíbrio financeiro e atuarial perseguido pela Previdência Social.

Por razões óbvias, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, postulado fundante da Seguridade Social brasileira (art. 194, parágrafo único, I, da Constituição Federal), não tem e nem pode ter a amplitude pretendida pelo réu – que, indiretamente, deles pretendeu lançar mão para satisfazer suas necessidades privadas.

Em que pese o juízo negativo acerca da culpabilidade do réu, observo que tal circunstância judicial não será valorada na fixação da pena-base dos crimes de estelionato, pois, na terceira etapa da dosimetria da reprimenda criminal, farei incidir a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, a qual, na esteira da interpretação sedimentada na Súmula 24 do Superior Tribunal de Justiça, implicará a majoração em 1/3 da pena referente ao crime de estelionato previdenciário (princípio do *ne bis in idem*).

O réu ostenta péssimos antecedentes criminais, pois, nos autos das ações penais nºs 0003648-57.2008.8.26.0050 e 0003649-42.2008.8.26.0050, que tramitaram perante a 10ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, foi condenado pela prática de crimes de roubo às seguintes penas, respectivamente: a) 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 15 (quinze) dias-multa (*trânsito em julgado em 30 de maio de 2011*); b) 11 (onze) anos e 25 (vinte e cinco) dias-multa (*trânsito em julgado em 18 de dezembro de 2009*) (cf. fls. 159-160 e inclusive extratos de movimentação processual, obtidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Assim, uma dessas máculas será valorada nesta fase da dosimetria da pena, à guisa de maus antecedentes (condenação referente à ação penal nº 0003649-42.2008.8.26.0050, com *trânsito em julgado em 18 de dezembro de 2009*), enquanto que a outra (condenação referente à ação penal nº 0003648-57.2008.8.26.0050, com *trânsito em julgado em 30 de maio de 2011*) será relegada para a etapa concernente à definição da pena intermediária, para efeito de reincidência (art. 61, I, do Código Penal). Com isso, evitar-se-á o *bis in idem*.

Nada foi apurado sobre sua conduta social ou personalidade, inexistindo elementos capazes de desaboná-las.

O motivo das práticas criminosas (obtenção de recursos financeiros para o pagamento de dívidas) não deve receber nenhum juízo negativo, visto que inerente aos tipos penais referidos na denúncia.

As circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, não havendo elementos para a sua valoração desfavorável ao réu.

Por fim, tratando-se de crime atentatório a objetividades jurídicas difusas (patrimônio público e fé pública), não há que se falar em análise do comportamento da vítima.

Destarte, considerando que as circunstâncias judiciais (art. 59, *caput*, do Código Penal) são desfavoráveis ao réu, fixo as *penas-base* nos seguintes patamares:

a) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 31 de março de 2015;

b) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 7 de abril de 2015;

c) 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 31 de março de 2015;

d) 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 7 de abril de 2015.

O réu confessou a prática dos delitos que lhe foram imputados, de modo que faz jus à atenuação da pena nos moldes do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

De outro vértice, a condenação referente à ação penal nº 0003648-57.2008.8.26.0050, em que foi aplicada ao réu pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias multa, com *trânsito em julgado em 30 de maio de 2011*, configura reincidência (art. 61, I, do Código Penal), pois não se tem notícia do transcurso de prazo depurador entre a extinção ou cumprimento da sanção penal correspondente e a prática dos delitos ora sindicados (art. 64, I, do Código Penal).

Assim sendo, atento ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.341.370/MT³, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, promovo a compensação das aludidas circunstâncias legais (atenuante e agravante), para o fim de manter as *penas intermediárias* nos patamares iniciais, acima referidos.

Não há causas de diminuição ou aumento referentes aos crimes de uso de documento falso, cujas penas devem ser mantidas tal como inicialmente arbitradas.

Porém, o mesmo não se pode dizer dos crimes de estelionato, para os quais incide a causa geral de diminuição atinente à tentativa, prevista no art. 14, II, do Código Penal. É que, conforme narrado no capítulo referente à fundamentação, embora tenha adotado todas as cautelas necessárias à consumação dos delitos, o réu não logrou êxito na empreitada criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade.

Nessa ordem de ideias, considero que ao crime praticado em 31 de março de 2015 deve ser aplicada a causa de diminuição em sua fação máxima, ou seja, 2/3 (dois terços). Isto porque, embora tenha ingressado na Agência da Previdência Social de Dois Córregos, o réu não chegou a ser atendido pelo médico perito encarregado de examiná-lo, limitando-se a deflagrar o procedimento administrativo preliminar de atendimento.

Por outro lado, o delito verificado em 7 de abril de 2015, igualmente circunscrito à esfera da tentativa, deve ter redução menor, na fração de ½ (metade), pois o réu chegou a ser

3 RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. *É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.* 2. Recurso especial provido. (REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013 – destaquei).

efetivamente submetido a avaliação pericial, sendo preso em flagrante somente quando se retirava da sala do médico.

Além da sobredita minorante (art. 14, II, do Código Penal), consectário lógico do reconhecimento judicial do *conatus*, deve incidir, ainda, a causa especial de aumento decorrente da vulneração ao patrimônio de entidade de direito público – no caso, a autarquia previdenciária –, nos termos do art. 171, § 3º, do Código Penal e Súmula 24 do Superior Tribunal de Justiça.

De tal sorte que fixo as penas definitivas nos seguintes patamares:

a) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 31 de março de 2015;

b) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 7 de abril de 2015;

c) 8 (oito) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 31 de março de 2015;

d) 1 (um) ano de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 7 de abril de 2015.

O acervo probatório coligido demonstrou que os crimes de uso de documento falso foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Com efeito, ambos foram levados a termo pelo réu no interior da Agência da Previdência Social de Dois Córregos, mediante a apresentação de exames médicos e documento de identidade contrafeitos, em um intervalo temporal inferior a dez dias (31 de março de 2015 e 7 de abril de 2015).

Idêntica assertiva prospera em relação às tentativas de estelionato, volvidas à obtenção de vantagem patrimonial indevida (auxílio-doença previdenciário) em prejuízo dos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social. Deveras, também aqui se verifica identidade no tocante às condições temporais, espaciais e circunstanciais.

Esse o quadro, tendo em vista que os segundos crimes representam, literalmente, a continuação dos primeiros (já que o retorno do réu à entidade previdenciária em 7 de abril de 2015 decorreu de um novo agendamento do primitivo atendimento, ocorrido em 31 de março de 2015), é mister reconhecer a continuidade delitiva, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal.

Ante o número de infrações penais praticadas pelo réu (dois usos de documento falso e dois estelionatos tentados), as penas respectivas devem ser majoradas em 1/6 (um sexto), consoante expressivo magistério jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. ART. 171 C.C. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL.[...] (4) CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. [...] ORDEM DE OFÍCIO. [...] 4. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de infrações cometidas pela ré (apesar de não se ter apurado o número de condutas, restou evidente das provas que foram muitas, ocorridas durante o espaço de mais de um ano, sendo utilizadas várias dezenas de cheques falsificados ou adulterados, como eficaz meio fraudulento para os crimes), por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/2 (metade) viável. [...] 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena da paciente para 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 120 (cento e vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC 283.720/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014 – destaquei)

O critério da exasperação deve ser adotado inclusive para a pena de multa, pois, segundo a moderna doutrina e a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, nessa hipótese “não há concurso de crimes mas crime único, e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena privativa de liberdade”⁴. Confira-se:

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO E ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DE FATOR PARA MINORAR A MAJORAÇÃO. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. MULTA APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Extorsão e roubo. Continuidade delitiva reconhecida pelo Tribunal de origem, com aplicação do acréscimo de 1/2 (um meio). 2. Pretensão defensiva: redução do quantitativo, para 1/6 (um sexto). O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de inexistir continuidade delitiva entre estes crimes, pois são de espécies distintas. Contudo, reconhecida a continuidade delitiva pela instância *a quo*, inexistindo recurso do Órgão Ministerial, quando à aplicação deste instituto, o implemento das regras concernentes à figura do crime único deve seguir os parâmetros legais. 3. O art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não se encontrando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva. 4. Dosimetria da pena refeita. 5. Ordem concedida, a fim de redimensionar a pena do sentenciado em 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e 11 (onze) dias-multa. (HC 221.782/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012 – destaquei)

Destarte, atento às regras da continuidade delitiva, fixo as penas nos seguintes patamares:

a) 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 116 (cento e dezesseis) dias-multa para o crime de uso de documento falso;

b) 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, e 38 (trinta e oito) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 7 de abril de 2015.

Mas não é só.

Os crimes de uso de documento falso e de estelionato majorado tentado foram perpetrados mediante uma única ação, porém, com desígnios autônomos, sendo certo que o réu atuou com vontade livre e consciente na prática de ambos. Por conseguinte, deve ser-lhes aplicada a regra do concurso formal imperfeito (art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal), com a consequente soma das penas (critério do cúmulo material).

Forte em tais premissas, torno a *pena definitiva* em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 154 (cento e cinquenta e quatro) dias-multa.

Atento à situação financeira do réu, que nem sequer possui emprego formal – sendo mesmo duvidosa a autenticidade das declarações anexadas aos autos quando da audiência de instrução (fls. 224-226) –, fixo o dia-multa no valor mínimo legal, ou seja, em 1/30 (*um trigésimo*) do *salário-mínimo vigente à época dos fatos*, devendo ser atualizado monetariamente quando do pagamento (art. 49 do Código Penal).

Para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ora aplicada, fixo o *regime fechado*, pois o réu é reincidente e as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis (art. 33, §§ 2º, “c”, e 3º do Código Penal c/c art. 59, III, do Código Penal e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça).

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por-

4 Ob. cit., p. 544.

quanto ausentes os requisitos previstos nos incisos I a III do art. 44 do Código Penal (superado o limite máximo de quatro anos; réu reincidente; circunstâncias judiciais desfavoráveis).

Ausentes o requisito objetivo previsto no *caput* do art. 77 do Código Penal (pena igual ou inferior a dois anos) e os requisitos subjetivos previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal (réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis), o *sursis* também se afigura juridicamente inviável.

4. DISPOSITIVO

Em face do exposto, *julgo parcialmente* procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para o fim de *condenar* o réu ANDRÉ ALVES DA SILVA, devidamente qualificado nos autos, à pena de *4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 154 (cento e cinquenta e quatro) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos*, pela prática dos delitos tipificados no art. 304 c/c art. 297 e no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, em concurso formal imperfeito (art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal).

Em que pese o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deixo de fixar valor mínimo a título de reparação pelos danos causados pelas infrações penais, pois, não tendo havido requerimento ministerial nesse sentido, eventual condenação vulneraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (AgRg no AREsp 311.784/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 28/10/2014).

O réu não poderá recorrer em liberdade.

Conquanto superada a alegação de risco à efetividade da instrução criminal, ainda subsiste o *periculum libertatis* divisado por ocasião da conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 116-121 e 170-172), pois, como não possui residência fixa, o réu poderá se evadir e, com isso, frustrar a aplicação da lei penal.

Mantenho a prisão preventiva.

Recomende-se o réu na prisão em que se encontra e, oportunamente, expeça-se mandado de prisão por sentença.

Havendo a interposição de recurso, expeça-se guia de recolhimento provisória, nos termos do art. 294 do Provimento nº 64/2005, da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região.

Durante a execução da pena, deverá ser observada a detração penal, de forma que o tempo de prisão cautelar seja computado na pena privativa de liberdade (art. 42 do Código Penal e art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal).

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais (art. 804 do Código de Processo Penal e art. 6º da Lei nº 9.289/1996).

Após o trânsito em julgado, determino que a Secretaria da Vara adote as seguintes providências: lance o nome do réu no rol dos culpados; expeça ofício para o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, para os fins do art. 15, III, da Constituição Federal; expeça os demais ofícios de praxe.

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

Jaú, 21 de agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto DANILO GUERREIRO DE MORAES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0002822-15.2015.4.03.6111**

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ré: UNIÃO FEDERAL

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

Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES

Disponibilização da Decisão: REGISTRO EM TERMINAL 03/08/2015

Por primeiro, torno sem efeito a determinação anterior de se dar vista aos autores após as manifestações da União e do Estado de São Paulo (fl. 212vº); passando-se, assim, à imediata apreciação dos pedidos liminares.

Os autores requerem provimento liminar determinando: a) suspensão das atividades da FAMAR; b) que a União e o Estado de São Paulo suspendam os repasses à FAMAR; c) à União designar auditores para auxiliar nos trabalhos de investigação e, ainda, apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA; d) ao Estado de São Paulo que promova a intervenção na FAMEMA e no HCFAMEMA, substituindo os atuais ocupantes dos cargos de direção administrativa e técnica, bem como para suspender o “plantão de disponibilidade do cuidado” – fl. 14vº.

Ao final, almejam os autores a procedência com o acolhimento dos seguintes pedidos constantes da última folha da petição inicial (fl. 15):

- b1) a condenação da ré *União* na obrigação de fazer consistente em, por meio do DENASUS, realizar auditoria no Complexo Assistencial FAMEMA, apresentando em Juízo as constatações alcançadas e as medidas adotadas diante dessas constatações;
- b2) a condenação do réu *Estado de São Paulo* na obrigação de fazer consistente em intervir nas autarquias FAMEMA e HCFAMEMA, nos moldes disciplinados pelo Decreto-Lei Complementar Estadual nº 7/69, apresentando em Juízo relatório mensal das medidas implementadas;
- b3) a condenação dos réus *União* e *Estado de São Paulo* na obrigação de não fazer consubstanciada na cessação de repasse de verbas à FAMAR;
- b4) a decretação da extinção da FAMAR, determinando-se a incorporação do patrimônio dessa fundação a outra de mesma finalidade a ser designada por esse Juízo; (Destaques no original).

Delimitada a demanda, enfrento, agora, os pedidos liminares.

a) Suspensão das atividades da FAMAR – Fundação de Apoio à Faculdade de Medicina de Marília.

Para um melhor entendimento, registro que o doutrinador civilista Carlos Roberto Gonçalves, acerca das fundações, nos ensina:

(...) constituem um acervo de bens, que recebe personalidade jurídica para a realização de fins determinados, de interesse público, de modo permanente e estável. (...)

A fundação compõe-se, assim, de dois elementos: o patrimônio e o fim. Este é estabelecido pelo instituidor e não pode ser lucrativo, mas social, de interesse público. A propósito, inovou o Código de 2002 ao prescrever, no parágrafo único do supratranscrito art. 62, que a *‘fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência’*. A limitação, inexistente no Código de 1916, tem a vantagem de impedir a instituição de fundações para fins menos nobres ou mesmo fúteis.

Registre-se que se vem entendendo que a enumeração aparentemente restritiva dos fins de uma fundação, no citado dispositivo legal, é meramente exemplificativa, admitindo-se possa ela se prestar a outras finalidades, desde que afastado o caráter lucrativo. Nessa trilha, o Enunciado nº 9 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, *verbis*: 'O art. 62, parágrafo único, do Código Civil deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações de fins lucrativos'. Por sua vez, o Enunciado nº 8 proclama que a 'constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendido' no aludido dispositivo.

(...)

O Ministério Público, encarregado de velar pelas fundações (CC, art. 66), poderá propor medidas judiciais para remover o improbo administrador da fundação, ou lhe pedir contas que está obrigado a prestar, e até mesmo para extingui-la, se desvirtuar as suas finalidades e tornar-se nociva (art. 69). (...)

As fundações *extinguem-se* em dois casos: a) *se se tornar ilícita (nociva), impossível ou inútil a sua finalidade*; b) *se vencer o prazo de sua existência* (CC, art. 69). *A primeira hipótese é rara, mas poderá ocorrer se houver grave e criminoso desvio de finalidade* ou mudança no ordenamento jurídico, tornando ilícito fato que antes não era. A impossibilidade decorre, via de regra, de problemas financeiros, decorrentes muitas vezes de mudanças na política econômica do país, ou de má administração. A inutilidade da finalidade pode ocorrer principalmente quando o fim colimado já foi alcançado (...)¹ (Negritei)

Outrossim, dispõe o Código Civil, *in verbis*:

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

(...)

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

No mesmo sentido do disposto no art. 69 do CC é o contido no art. 1.204 do CPC:

Art. 1.204. Qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando:

I - se tornar ilícito o seu objeto;

II - for impossível a sua manutenção;

III - se vencer o prazo de sua existência.

Diante da lição doutrinária e dos dispositivos legais antes transcritos concluo que o nosso ordenamento jurídico prevê a extinção de fundação, bem como a legitimidade (ativa) do Ministério Público para fazer tal pedido, o que implica dizer que é possível, em tese, a extinção da ré Famar.

Ocorre que, o pedido final de sua extinção (item VIII, "b4" da inicial – fl. 15) e, por consequência, o pedido liminar de suspensão de suas atividades, não podem ser aqui apreciados, pois é evidente que este juízo é incompetente para deles conhecer.

É que, apesar de ser perfeitamente possível, a critério do autor, a cumulação de pedidos

1 *Direito civil brasileiro: parte geral*, Vol. 1, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 240-247.

num mesmo processo, é indispensável, dentre outros requisitos de admissibilidade, “que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo” – art. 292, § 1º, inciso II, do CPC.

Veja-se que a aludida ré, como reconhecem os próprios autores na petição inicial, é uma fundação de direito privado. Não consta ela, por óbvio, do taxativo rol do art. 109, I da CF/88:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

O E. STJ já teve oportunidade de decidir que “(...) A competência cível da Justiça Federal encontra-se definida, como regra geral, com base na natureza das partes envolvidas no processo (*ratione personae*), independentemente da índole da controvérsia exposta em juízo, por força das disposições do art. 109, I, da Constituição Federal (...)”.²

Há que se respeitar o princípio do juiz natural. Esse relevante princípio possui duas faces e está contido em nossa Constituição Federal de 1.988 a qual prevê em seu art. 5º que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (inciso XXXVII) e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inciso LIII).

É um direito fundamental de toda pessoa (natural e jurídica) que decorre do princípio da igualdade e consiste “(...) na inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais ou juízos para casos determinados”³.

Dizendo de outra forma, é uma garantia constitucional dirigida a “(...) dois destinatários: o cidadão, que deve submeter-se ao juízo aleatório do Estado, sem procurar romper a regra da livre distribuição, e o Estado, que não pode definir o juiz para determinado cidadão ou caso”⁴.

Na sua primeira vertente, podemos dizer que o órgão jurisdicional responsável pelo processamento e julgamento de determinado caso deve já estar instituído e em funcionamento em data anterior ao próprio caso a ele submetido, ou seja, os fatos devem ser posteriores à criação e instalação do órgão jurisdicional incumbido de apreciá-los.

Noutra face, “(...) as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. *Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente. Quando ocorre determinado fato as regras de competência já apontam o juízo adequado*, utilizando-se, até, o sistema aleatório do sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha (...)”⁵ (Negritei).

Na verdade, entendo competir à Justiça Estadual processar e apreciar os aludidos pedidos. A propósito, assim também já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação Civil Pública visando a extinção da Fundação Paulino Guimarães. Distribuição recusada pelo Juízo da Família e Sucessões, o qual, declinou, de ofício da Competência e remeteu os autos a uma das Varas Cíveis. Impossibilidade. Competência

2 AGRCC 201200099960, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, v.u., DJE DATA:30/05/2012.

3 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 130.

4 *Ibidem*, p. 131.

5 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – 1º. Vol.*, 17ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

estabelecida pelo Decreto-Lei Complementar nº 03/69 (“h”, II, art. 37). Conflito configurado. Competência do suscitado.

(Acórdão nº 01188671, de 11/12/2006, no CC 131.320-1/1-00, Câmara Especial, Rel. Desembargador Sidnei Beneti, v.u.).

Como se sabe, “(...) a incompetência para um dos pedidos exclui a possibilidade de cumulação. Tratando-se de incompetência absoluta, o juiz conhecerá de ofício (...)”.⁶ (Negritei).

A corroborar o meu posicionamento, vale a pena reproduzir o enunciado nº 170 das Súmulas do E. STJ:

Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio.

Em resumo, não deveriam os autores, nesta ação, ter formulado, em cumulação, os pedidos de suspensão das atividades da Famar e, depois, de sua extinção. Como não respeitaram esta elementar regra, não há como conhecer, nestes autos, de tais pedidos.

Consigne-se que “(...) se o juiz indefere um dos pedidos cumulados na mesma petição inicial, determinando a citação do réu quanto aos demais, proferiu decisão interlocutória, pois julgou uma ação, mas não encerrou o processo (...)”.⁷ (Negritei).

Reforçando este modo de pensar, Humberto Theodoro Júnior já pontificou:

(...) sempre que alguma questão integrante do mérito ficar relegada para ulterior solução [na hipótese, por outro juízo], o caso será de decisão incidente qualificável como decisão interlocutória. O recurso será o agravo e a marcha do processo rumo à resolução final do litígio não sofrerá prejuízo, porque os autos não terão de subir ao tribunal para julgamento do recurso.⁸

Colaciono clara e profícua lição doutrinária que, após apontar a finalidade e o alcance do disposto no inciso II do § 1º do art. 292 do CPC⁹, sintetiza, com peculiar precisão, o meu entendimento acerca da solução a ser dada para a questão em debate:

O segundo requisito legalmente exigido para se permitir a cumulação de causas diz respeito à competência do juízo. O que se pretende estabelecer com esse requisito *é a necessidade de que o juízo onde se encontra em curso a cumulação de causas seja competente para o julgamento de todas elas*.

Significa dizer que, *no caso de o órgão judicial ser absolutamente incompetente para a apreciação de alguma das causas ou pedidos, este não será julgado*. Poderá ocorrer, então,

6 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 2º Vol., 16ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

7 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 672.

8 *As novas reformas do Código de processo civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6-7.

9 “Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.” (Negritei).

o desmembramento das causas, por meio de declínio de competência, para seu julgamento em separado, cada qual perante o juízo respectivamente competente. Já no caso da cumulação de pedidos prevista no art. 292 do CPC, em regra, aquele que não for da competência do juízo deverá ser extinto sem julgamento de mérito em face da ausência de um pressuposto processual de validade. *Há quem entenda, porém, que, na hipótese de a demanda se encontrar em seu início, o pedido para o qual o juízo seja absolutamente incompetente poderá ser excluído do curso do processo por meio de decisão interlocutória.*

*(...) não é admitida a reunião de processos conexos na Justiça Federal quando uma das demandas versar sobre matéria de competência da Justiça Estadual. Como a competência da Justiça Federal possui natureza absoluta, baseada no critério *ratione personae*, afigura-se incabível pretender a prorrogação da sua competência para julgamento em conjunto com outra causa de competência da Justiça Estadual, pois, do contrário, seriam burladas as regras gerais de competência.*

Se assim não fosse, uma demanda que teoricamente jamais seria julgada pela Justiça Federal, passaria a sê-lo (...) ¹⁰ (Negritei).

b) Determinação ao Estado de São Paulo para: promover a intervenção na FAMEMA e no HCFAMEMA, substituindo os atuais ocupantes dos cargos de direção administrativa e técnica, bem como para suspender o “plantão de disponibilidade do cuidado” e os repasses à FAMAR.

Por coerência e lógica, há que se aplicar o mesmo posicionamento antes externado a todos os pedidos formulados nestes autos em desfavor do Estado de São Paulo.

Veja-se que o Estado de São Paulo é uma pessoa jurídica de direito público interno. Por outro lado, a Faculdade de Medicina de Marília (FAMEMA) foi transformada em autarquia estadual pela Lei Estadual nº 8.898/94¹¹. Já o HCFAMEMA foi recentemente criado, juridicamente falando, como entidade autárquica, pela Lei Complementar Estadual nº 1.262, de 06 de maio de 2015, publicada em 07/05/2015¹². Ambas as autarquias estão, portanto, vinculadas ao próprio Estado de São Paulo. Essas três pessoas jurídicas também não figuram no exaustivo rol do inciso I do art. 109 da CF/88.

Não integrando as aludidas pessoas jurídicas o constitucional rol de competências - *numerus clausus* - dos juízes federais, não compete a este juízo processar e julgar os pedidos inseridos no item VIII, “b2” e “b3” da inicial – fl. 15, ou seja, escapa à alçada deste juízo, no meu entender, a apreciação do pedido de imposição de obrigação de fazer ao Estado de São Paulo consistente em intervenção nas autarquias estaduais denominadas FAMEMA e HCFA-MEMA e, ainda, dos pedidos de suspensão do noticiado plantão *sui generis* e de imposição obrigação de não fazer - abstenção de repasses de verbas públicas à Famar.

O processamento e o julgamento destes pedidos, indevidamente cumulados nestes autos, também competem à Justiça Estadual.

Não é demais dizer que a União, conforme se extrai de sua pontual manifestação, não declinou ter interesse processual em relação a todos os pedidos antes referidos e que são, com se viu, da competência residual da Justiça Estadual.

Remanescem nestes autos, portanto, somente os pedidos de determinação à União para: suspender os repasses à FAMAR e designar, via DENASUS, auditores para auxiliar nos traba-

¹⁰ SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 172-173 e 197.

¹¹ <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1262-06.05.2015.html>; acesso em 29/07/15.

¹² <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1994/lei-8898-27.09.1994.html>; acesso em 29/07/15.

lhos de investigação e apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA. Estes pedidos liminares são também buscados nos pedidos finais - item VIII, “b1” e “b3” – fl. 15.

Em sede de cognição sumária, própria dos provimentos liminares, não vislumbro como acolher, por ora, tais pedidos.

No que se refere ao pedido de suspensão de repasses, pela União, à Famar, tenho que há que se aguardar o pronunciamento do juízo competente acerca da perseguida suspensão de suas atividades. Juridicamente, a aludida fundação existe e, bem ou mal, está em funcionamento, não havendo notícia, nestes autos, de que o Ministério Público Estadual tenha tomado alguma providência anterior (administrativa e/ou judicial) dentro de seu poder de velamento – art. 66 do Código Civil. Não se demonstrou, por exemplo, alguma falha no natural dever de prestação de contas da mencionada fundação, não obstante a existência de inquérito civil instaurado no âmbito da 9ª Promotoria de Justiça local – fl. 17, segundo parágrafo.

Pertinente, neste aspecto, a observação da Procuradoria do Estado: “A FAMAR recebe por serviços prestados e administra as verbas conforme suas normas internas, aprovadas quando de sua criação pelo Ministério Público Estadual, agora também parte autora.”

Ainda que se cogitasse o veto de repasses de verbas públicas à Famar, o que admito somente para prosseguir na fundamentação, o fato é que as verbas públicas são imprescindíveis à continuidade dos essenciais serviços de saúde na FAMEMA e no HCFAMEMA e não há, ao menos nesse momento, nenhum outro caminho lícito e administrativamente aceito para que os recursos públicos federais atinjam sua finalidade sanitária.

A corroborar o indeferimento do pedido liminar de bloqueio de repasses de verbas pública por intermédio da Famar, há que se reproduzir, ainda, a relevantíssima afirmação da União:

(...) a maioria dos municípios brasileiros está no exercício da Gestão Plena dos serviços de saúde, em seu território. O Município de Marília [que não é parte na ação] não difere desta realidade e está homologado para o exercício da Gestão Plena dos serviços de saúde desde 1998, nos termos da Portaria GM nº 194/98 e da Portaria GM nº 155/2008 (cópia anexa), ambas do Ministério da Saúde.

(...) *ele recebe, automaticamente, do Fundo Nacional de Saúde, os recursos do SUS, nas suas contas do Fundo Municipal de Saúde, conforme prevê o Decreto nº 1.232/94 e as mencionadas Portarias. Dizendo de outro modo, por esse motivo, não há pagamento federal direto aos prestadores de saúde, como seria o caso da FAMAR.*

(destaques no original)

Passo a analisar o pedido liminar para compelir a União a designar auditores para auxiliar nos trabalhos de investigação e, ainda, para apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA.

Sobre este ponto, é de rigor consignar que, em resposta a indagação da atuante Advogada da União, o Delegado Chefe, em exercício, da DPF/MII/SP, esclareceu “(...) que até o presente momento [30/07/15] a Polícia Federal de Marília/SP não solicitou apoio ao DENASUS para auxiliar na investigação das denúncias das irregularidades contra a FAMAR, em apuração no bojo dos presentes Autos [inquérito policial nº 359/14-4-DPF/MII/SP]”.

Ora, se ainda não houve pedido administrativo por parte da Polícia Federal e/ou dos autores com o intuito de se obter o apoio do DENASUS para auxiliar nas investigações em curso, não reputo haver, neste momento, potencialidade de lide a ser dirimida.

O Judiciário deve atuar, como regra, de forma subsidiária, ou seja, não cabe ao Judiciário substituir as partes em providências que elas mesmas podem fazer sem a intervenção judicial.

Acresça-se que os autores, da mesma forma que todo juiz, também são dotados do poder de requisição (*vide* art. 129, VI e VIII da CF/88 c/c art. 26, I, “b” e II a IV da Lei nº 8.625/93 e art. 8º, II a IV da Lei Complementar nº 75/93).

Frise-se, em arremate, que o “Secretário de Estado da Saúde e Gestor do Sistema Único de Saúde – SUS no Estado de São Paulo”, ciente dos fatos em investigação, da existência desta ação civil pública e após externar sua “preocupação com a desassistência e paralização na prestação das ações e serviços de saúde prestados à população da região de Marília, ante a possibilidade de concessão de liminar pelo MM Juiz Federal que tutela o feito (...)”, esclareceu, no dia 29/07/15, que foi instituída “Comissão Técnica para avaliação da situação e gestão do complexo Hospitalar”, sendo que “os trabalhos da Comissão Técnica se encontram em andamento, tanto que, dada a complexidade da matéria, os mesmos foram prorrogados, conforme consta da Resolução SS 69, de 22.7.2015, estimando-se concluí-los até 23 de agosto de 2015, tudo isso constante do Processo SES nº 001/0001/002.941/2015 (...)”, havendo, ainda, licitação em curso para contratação de “empresa especializada no mapeamento e auditoria do Complexo Hospitalar da FAMEMA (...)”

Neste contexto, concluo que, no mínimo, mostra-se prematuro o pedido de imposição de obrigação de fazer à União consistente na designação de servidores para auxiliar nos trabalhos de investigação que ocorre no âmbito penal.

Posto isso,

a) com respaldo no disposto no art. 109, I da CF/88 c/c o previsto no art. 292, §1º, II, do CPC, *reconheço* a incompetência absoluta deste juízo para processar e julgar os pedidos de suspensão das atividades e de extinção da ré Famar, bem como de todos os pedidos, liminares e principais, formulados contra o Estado de São Paulo, motivo pelo qual me abstenho de apreciá-los, consignando, uma vez mais, que não é o caso, pelo que se viu, de determinar eventual desmembramento;

b) *indefiro* os pedidos de suspensão de repasses, à cargo da União, de verbas públicas à Famar e para compelir a União a designar auditores para auxiliar nos trabalhos de investigação, bem como para apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA;

c) cite-se a União;

d) escoado o prazo recursal, ao SEDI para excluir a Famar e o Estado de São Paulo da lide; Intimem-se, exceto a Famar.

Marília, 03 de agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto JOSÉ RENATO RODRIGUES

