

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**0011496-49.2014.4.03.6100**

Autora: ASSOCIAÇÃO DE PROPRIETÁRIOS DO RESIDENCIAL CAMPO DO MEIO
Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2020

SENTENÇA

ASSOCIAÇÃO DE PROPRIETÁRIOS DO RESIDENCIAL CAMPO DO MELO, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ n. 10.805.714/0001-20, propôs a presente ação ordinária contra a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – EBCT, com escopo de assegurar a seus associados a entrega domiciliar de correspondências, pela ré.

Afirma a autora ser representante dos proprietários de imóveis localizados no Residencial Campo do Melo, em Santana do Parnaíba/SP, condomínio residencial, e que a EBCT viria se recusando a realizar a entrega externa em domicílio nos imóveis, efetuando apenas uma entrega genérica na portaria do condomínio.

Assevera que essa recusa à entrega de correspondências em domicílio violaria diversas disposições legais, requerendo a condenação da EBCT à obrigação de fazer consistente em realizar a entrega da correspondência individualizada a cada um dos imóveis integrantes do Residencial Campo do Melo.

Requeru também a concessão de tutela provisória de urgência. Juntou documentos.

Decisão prolatada em 28.08.2014, indeferindo a liminar.

Agravo de instrumento interposto contra o indeferimento da liminar, negado pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Citada, a EBCT apresentou contestação, afirmando, em sede preliminar, a ilegitimidade da parte autora para o processo e a falta de interesse de agir. No mérito, argumentou pela improcedência do pedido.

Réplica à contestação, apresentada pela autora. Na oportunidade, requereu a produção de prova testemunhal.

Sentença proferida em 27.01.2016, extinguindo o processo, sem resolução de mérito, com fundamento na falta de autorização individual ou assemblear dos associados para propositura da ação.

Embargos de declaração interpostos pela autora, rejeitados.

Recurso de apelação interposto pela parte autora. Em acórdão, o e. TRF-3 anulou a sentença proferida, determinando o retorno dos autos à primeira instância, com abertura de prazo à associação para juntada de autorização dos associados.

Embargos de declaração interpostos pela parte autora, contra o acórdão, improvidos, com imposição de multa.

Novos embargos de declaração apresentados, contra o acórdão que juntou os embargos de declaração anteriores, novamente rejeitados, com imposição de nova multa.

Baixados os autos, foi intimada a parte autora para juntar aos autos “autorização expressa de seus associados” para propositura da ação.

Manifestação da parte autora, trazendo aos autos ata de assembleia geral de seus associados, com autorização expressa à propositura da presente ação, e lista nominal dos participantes. Na oportunidade, pugnou a autora pelo julgamento do mérito do processo.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

1. Preliminares e Prejudiciais.

1.1. Do Interesse de Agir.

A EBCT afirmou, em sua contestação, a falta de interesse de agir da autora para o processo.

A preliminar deve ser rejeitada.

Percebe-se que a assertiva da ré é fundamentada em argumentos que se referem diretamente ao julgamento do mérito da pretensão autoral, afirmando-se, em essência, a impropriedade do pedido, e não a falta de interesse de agir.

Lembre-se que no processo civil a existência de interesse de agir é aferida *in status assertionis*, ou seja, a partir das afirmações feitas pelo autor em sua petição inicial. Narrada situação de pretensão resistida, ainda que em tese, há necessidade e utilidade na atuação jurisdicional.

Assim, a assertiva de que o pedido é improcedente não se confunde com a falta de interesse de agir.

Rejeito a preliminar.

2. Mérito.

Inicialmente cabe ressaltar, novamente, face à incompreensão autoral, que o presente processo tem sim natureza coletiva.

O caráter coletivo de um processo é definido pela natureza da relação jurídica de direito material nele aduzido, e não pelas partes que o integram. Havendo discussão sobre relação jurídica de direito material coletivo em sentido amplo, estar-se-á diante de processo coletivo.

Perceba-se que a parte autora pretende tutelar direitos individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum” (CDC, art. 81, III), exprimidos na pretensão dos moradores da Residencial Campo do Melo de receber, em suas casas, a correspondência a eles remetida através dos Correios.

Perceba-se que, de acordo com a argumentação autoral, a existência de relação jurídica base entre os representados, referente à condição de associados da parte autora, não é determinante para a qualificação da espécie de direito coletivo discutido neste processo.

A autora pretende ver as ruas que integram a parte interna do Residencial Campo do Melo tratadas pela EBCT como logradouros comuns, afirmando sua natureza pública. Isto implica dizer que a existência dos muros e cercas que isolam o condomínio são elementos acidentais na demanda, que giraria apenas em torno do desatendimento imotivado dos Correios ao imperativo de entrega domiciliar de objetos postais.

Importante frisar também que, de acordo com a regulamentação da atividade postal, a pretensão autoral é divisível, ou seja, pode ser atendida de forma distinta para cada um dos representados.

Isto porque existem condições específicas, estabelecidas em regulamento, que subordinam o acesso à entrega de objetos postais em domicílio. Descumpridas essas condições, que são individualizadas por imóvel, não há direito à entrega domiciliar.

Superada esta questão, afastado, desde logo, a assertiva autoral de que o serviço postal não vem sendo prestado aos associados. Como afirmado por ambas as partes do processo, os objetos postais remetidos aos moradores são sim entregues pela EBCT, na portaria do condomínio.

A controvérsia cinge-se, pois, à existência de direito dos moradores do Residencial Campo do Melo ao recebimento domiciliar de objetos postais. O que está em discussão é a forma de prestação do serviço postal, e não a prestação do serviço em si.

Nessa perspectiva, entendo que o processo deve ser julgado improcedente.

Dispõe a Portaria Interministerial n. 4474/2018, art. 10:

“Art. 10. A ECT deverá realizar a entrega externa em domicílio, sempre que atendidas as seguintes condições:

I - houver a indicação correta do endereço de entrega no objeto postal com o correspondente Código de Endereçamento Postal - CEP;

II - o distrito possuir quinhentos ou mais habitantes, conforme o censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;

III - as vias e os logradouros:

a) oferecerem condições de acesso e de segurança ao empregado postal; e

b) dispuserem de placas identificadoras do logradouro, instaladas pelo órgão municipal ou distrital responsável; e

IV - os imóveis:

a) apresentarem numeração de forma ordenada, individualizada e única; e

b) dispuserem de caixa receptora de correspondência, localizada na entrada, ou houver a presença de algum responsável pelo recebimento do objeto postal no endereço de entrega.

Parágrafo único. Ainda que não atendida a condição prevista na alínea “b” do inciso IV deste artigo, a entrega em domicílio poderá ser efetuada por outras formas, a critério da ECT.”

Como já afirmado em outras oportunidades no curso deste processo, não existe prova nos autos do atendimento aos requisitos dispostos em regulamento para a realização da entrega externa em domicílio dos objetos postais.

Perceba-se que a Portaria não requer apenas a individualização de logradouros, mas também sua identificação por placas, a garantia de acesso irrestrito, desembaraçado e seguro dos carteiros às ruas, além da numeração ordenada dos imóveis e a existência de caixas receptoras em cada um deles.

É importante ressaltar que essas exigências derivam do exercício legítimo do poder normativo técnico da Administração Pública, regulamentando a L6538, art. 4, que assim dispõe:

“Art. 4º - É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama, observadas as disposições legais e regulamentares.”

As condições erigidas pela Portaria Interministerial n. 4474/2018, art. 10, que replicam o que já era disposto na Portaria 567/11 do Ministério das Comunicações, vigente à época da propositura da demanda, não desbordam dos limites da delegação feita na L6538, e não restringem de maneira desproporcional a prestação do serviço postal aos usuários.

O que se exige é apenas a criação de condições adequadas de acesso ao imóvel atendido, de sua identificação precisa, e de depósito seguro do objeto postal destinado.

Além da ausência de prova de cumprimento das condições de viabilização da entrega domiciliar externa de objetos postais, a procedência do pedido autoral enfrenta novo óbice regulamentar, também disposto na Portaria Interministerial n. 4474/2018, art. 13:

“Art. 13. A entrega de objeto postal, destinado a endereço situado em coletividade, será feita: I - por meio de caixa receptora única de correspondências, instalada no pavimento térreo do acesso à referida coletividade; ou

II - entregue ao porteiro, administrador, zelador ou à pessoa designada para esse fim.

§ 1º Mediante solicitação da coletividade, a ECT poderá efetuar a entrega postal em caixas receptoras individuais, instaladas na entrada do imóvel, desde que disponível o acesso do empregado postal para efetuar o depósito das correspondências.

§ 2º Para efeito deste artigo, considera-se coletividade:

I - condomínios residenciais e comerciais;

II - edifícios residenciais com mais de um pavimento; e

III - repartições públicas, edifícios, centros e estabelecimentos comerciais e comunitários, tais como instituições de ensino e religiosas, hotéis, bancos, pensões, quartéis, hospitais, asilos, prisões, escritórios, embaixadas, legações, consulados e associações.”

Como se percebe, há expressa previsão regulamentar de que a entrega de objetos postais destinados a endereços situados no interior de condomínios residenciais será feita a “porteiro, administrador ou zelador”, e não individualmente a cada imóvel.

Aí também não há excesso de poder regulamentar ou irrazoabilidade normativa.

Observe-se que, a despeito do afirmado pela autora em sua petição inicial quanto à natureza pública das vias que pavimentam o Residencial Campo do Melo, a criação de condomínio residencial representa uma inversão da lógica pública que orienta o regime jurídico de ruas e estradas, tornando-as, no plano fático, espaços privados, de uso exclusivo dos moradores do condomínio e dos que são por eles autorizados a usá-las.

A caminhada rumo à privatização do espaço público é simbolizada pelas cercas e muros que são erigidos ao redor dos condomínios, das guaritas que são construídas em seus acessos, e na restrição ao ingresso imotivado de terceiros em seu espaço interno.

Essa lógica é também seguida no Residencial Campo do Melo. As atas de assembleias juntadas aos autos consignam a existência de muros, cercas elétricas, câmeras, guaritas, catracas, vigias, cães de guarda, tudo orientado à criação de um ambiente privado, de acesso restrito apenas aos moradores.

Perceba-se que não há nenhuma ilegalidade nessa lógica, que é prevista na L6766, art. 2, §8, que dispõe sobre o chamado “loteamento de acesso controlado”. O que se afirma é apenas a existência de consequências logísticas para o serviço postal, derivadas do fechamento do espaço em que é criado o condomínio.

Essas consequências são justificadas na restrição do acesso ao interior do condomínio, que fica submetido ao consentimento daqueles que o administram. A assunção da obrigação de entrega domiciliar externa dos objetos postais poderia implicar inclusive eventual pleito de responsabilização civil dos Correios por não entrega de objetos, nos casos em que não fosse franqueada ao carteiro a entrada no condomínio em determinada dia ou hora.

É importante lembrar, ainda, que não há violação ao direito dos moradores ao serviço postal. Como já afirmado, o serviço é prestado através da entrega dos objetos postais na portaria do condomínio, que representa, na organicidade criada pelos muros e cercas, a porta de entrada para o espaço privado.

Derradeiramente, afasto o argumento autoral de que a entrega dos objetos postais na portaria do Residencial Campo do Melo estaria criando obrigação excessivamente onerosa aos associados, caracterizando negativa de acesso ao serviço postal.

As atas de assembleia trazidas ao processo revelam que a receita anual da associação no exercício social de 2017 foi de R\$ 5.945.570,37 (cinco milhões, novecentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e setenta reais e trinta e sete centavos), além da existência de diversos empregados e até mesmo de um carro, utilizado especificamente para a entrega de correspondência dos condôminos.

3. Dispositivo.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido.

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

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados em 15% do valor atualizado da causa (CPC, art. 85, §2).

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

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

Publique-se. Intimem-se. Registrada Eletronicamente.

Registro, 29 de setembro de 2020.

Juiz Federal Substituto GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE

AÇÃO POPULAR**0000029-94.2016.4.03.6135**

Autora: MARIA VAN DEURSEN GAVAZZI

Réus: RODOLFO LEMOS ERGAS, SPU - SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO, CETESB – COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DE SÃO PAULO E MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO

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

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/12/2020

SENTENÇA**I – RELATÓRIO**

Trata-se de ação popular com pedido de liminar *inaudita altera pars*, por meio da qual a parte autora pretende, em síntese, que seja reconhecida, ao final, “a ilegalidade da construção do píer e do deck no imóvel, determinando-se a demolição e restauração do local” e “a nulidade de qualquer ato ou processo que tenha por objeto o licenciamento da construção ilícita” (fl. 30).

Em sede de liminar, foi requerida a “a determinação da suspensão da construção do píer e do deck, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” e “a suspensão do processo administrativo nº. 04977.010796/2009-79, em trâmite na SPU, até o trânsito em julgado da decisão relativa à presente Ação Popular.” (fls. 02/31).

Proferida decisão deferindo a tutela de urgência, com ordem de “imediata paralisação da obra de construção do píer... bem como proibir o acesso a tal construção do píer”, sendo que após foi deferido em parte o pedido de reconsideração do réu “para permitir o acesso limitado ao píer para sua manutenção e limpeza, para se evitar deterioração, com a proibição de que seja destinado para fins de lazer ou outro (embarque/desembarque, pesca, recreio etc.), mantidas as ordens constantes da decisão que deferiu a liminar para imediata paralisação da obra do píer, proibição de acesso e isolamento da área e sinalização com placa de informação, nos termos e prazo que constaram na íntegra da decisão, sob pena de multa em caso de descumprimento.”.

Em face da decisão foi interposto recurso de agravo de instrumento, tendo o Eg. TRF da 3ª Região mantido na íntegra as decisões proferidas por este Juízo Federal, com subsequente processamento do feito e apresentação das contestações e manifestações das partes e interessados.

Com efeito, às partes foi oportunizada a apresentação de manifestações e documentos técnicos relativos às instalações onde se encontra situado o píer e deck no terreno objeto destes autos, tendo todos os documentos sido submetidos à ampla defesa e contraditório.

Ao final, houve manifestação pelas partes e órgãos interessados, inclusive em declínio a eventuais outras provas a serem produzidas, bem como parecer do Ministério Público Federal pela procedência da ação.

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

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**II.1 - PRELIMINARMENTE**

A) – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – CF, ART. 109, INCISO I

A autora da presente ação popular formula pedidos explícitos em desfavor da SPU – Secretaria do Patrimônio da União, integrante da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a quem compete a administração do patrimônio imobiliário da União Federal, consistentes no reconhecimento da “nulidade de qualquer ato ou processo que tenha como objeto o licenciamento da construção ilícita tratada” e, em caráter liminar, a “suspensão do processo administrativo nº. 04977.010796/2009-79 em trâmite na SPU” (fl. 30), sob alegação, em síntese, de dano ao patrimônio público em área de terreno de marinha.

Conforme decisão em sede de tutela e se ratifica neste momento, impõe-se o reconhecimento da legitimidade da União Federal para figurar no polo passivo da relação processual, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito (CF, art. 109, inciso I).

B) – LEGITIMIDADE ATIVA – AÇÃO POPULAR – REQUISITOS LEGAIS

Ainda observo, preliminarmente, que a autora possui legitimidade ativa para tal postulação.

A ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos, ilegais e lesivos ao patrimônio público, e o que a notabiliza é sua impessoalidade, já que não pode ser pleiteada em nome de interesse particular do cidadão.

É sabido que são requisitos da ação popular: (i) a condição de eleitor o autor, e (ii) a pretensão de anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (Lei nº 4.717/65, art. 1º). Sem qualquer desses requisitos, não se viabiliza a ação popular.

A condição de cidadã da requerente foi comprovada às fls. 91/92 dos autos, com a juntada do título de eleitoral e certidão de quitação eleitoral Justiça Eleitoral, cumprindo-se o comando do art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65.

Em relação ao requisito lesividade do patrimônio público, é matéria que se identifica e com o mérito da demanda, na medida em que houve alegação de que a obra de construção do píer foi iniciada sem expressa e prévia autorização da SPU (Portaria nº 404/2012 – SPU, art. 9º, incisos IV e VIII), havendo apontamentos na petição quanto à existência de ilegalidade e lesividade da construção do píer naquele local, justificando-se a legitimidade ativa da parte autora.

II.2 – MÉRITO**II.2.1 – PÍER E DECK – CONSTRUÇÃO IRREGULAR – LICENÇAS E AUTORIZAÇÕES NECESSÁRIAS – FAIXA DE AREIA – DEMOLIÇÃO E RESTAURAÇÃO**

A partir da análise dos fundamentos trazidos pela parte autora relativos ao mérito da presente ação, em sede de cognição sumária, verificou-se a presença dos requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273, I) e a concessão de liminar em ação popular (Lei nº 4.717/1965, art. 5º, §4º).

A existência de construção de píer em andamento, conforme imagens fotográficas de fls. 62/78, ante a ausência de autorização formal da SPU, conforme extrato de andamento do processo administrativo nº. 04977.010796/2009-79 (fls. 47/52), bem como o teor da decisão denegatória de liminar e sentença de parcial procedência no Mandado de Segurança nº 0005204-53.2011.403.6100 (20ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP) impetrado pelo corréu Rodolfo Lemos Ergas em face da SPU (fls. 54/59), demonstravam, a princípio e em cognição sumária, a inexistência de autorização prévia da SPU, de licenciamento ambiental prévio e

de autorização municipal (Portaria nº 404/2012 – SPU, art. 9º, incisos IV e VIII) para tal construção de estrutura náutica (píer), tendo sido apontados indícios de irregularidade da construção do píer e deck.

Com efeito, conforme constou da decisão que apreciou o pedido de tutela de urgência, não que afigurava razoável se permitir que o requerido prosseguisse a obra, sem a segurança jurídica necessária no sentido de que a construção estivesse devidamente regularizada junto a todos os órgãos públicos competentes, sob pena de irreparável prejuízo ao interesse público, ao meio ambiente e desrespeito aos órgãos públicos envolvidos.

De fato, em se tratando de edificação em bem público, em local sujeito, em tese, à prévia autorização da SPU, licenciamento ambiental e autorização do Poder Público Municipal, impõe-se que sejam tomadas medidas acautelatórias para bem do interesse público, sob pena de prosseguimento da construção e posterior conclusão, permitindo-se sua plena utilização pelo requerido, sem a necessária e imprescindível observância ao ordenamento jurídico.

A pretensa medida de suspensão se destinava inclusive a proteger interesse do próprio réu, visto que, em caso de eventual indeferimento da obra questionada, seriam evitados inúmeros e custosos atos tendentes a deixar o local em seu *status quo ante*.

Outrossim, quanto ao procedimento administrativo nº. 04977.010796/2009, houve sentença proferida no Mandado de Segurança nº 0005204-53.2011.403.6100, com determinação expressa do Juízo Federal da 20ª Vara Cível de São Paulo/SP, “para determinar ao impetrado que conclua em 10 (dez) dias, a análise do Processo Administrativo nº. 04977.010796/2009-79. Ressalto que esta decisão não implica qualquer consideração sobre o mérito do aludido processo” (fls. 58/59).

E, distribuída a presente ação popular em 2016, conforme restou consignado, pelo réu foram acostados documentos acerca da existência de “recurso” de 2009 perante o Município de São Sebastião (fl. 130 e 205/206), “protocolos” de 2011/2014 em situação “em trâmite” junto à SPU (fls. 132), “ofício” de 2011 da CETESB (fl. 243/249), “Nota Técnica” (parcial) de 2012 da SPU (fl. 253/255) e “Alvará” de 2014 da Prefeitura Municipal de São Sebastião (fl. 281), ou seja, todos documentos anteriores e que de fato não demonstravam a efetiva e necessária regularidade do píer e deck perante os órgãos públicos.

Em apreciação ao recurso de agravo de instrumento n. 0005776-97.2016.4.03.0000/SP interposto pelo réu em face da decisão e paralisação das obras e isolamento do píer, decidiu o Eg. TRF da 3ª Região em caráter liminar mantendo as medidas acautelatórias determinadas por este Juízo Federal:

“DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação popular, ajuizada sob nº. 0000029-94.2016.403.6135 perante a 1ª Vara Federal de Caraguatatuba/SP, no que deferiu a tutela antecipada e parcialmente o pedido de reconsideração (...).

Decido.

O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, na forma do art. 300 e seguintes do novo CPC/2015, está subordinado às situações em que houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo: (...)

Neste primeiro juízo, não vejo o prejuízo referido pela agravante com a manutenção da decisão agravada, nos termos do inc. I do art. 1019 do CPC/2015, na medida em que a determinação nela enunciada não parece vulnerar princípios constitucionais. (...)

O agravante pleiteia o livre acesso às edificações, além da suspensão do processo até final julgamento do presente recurso e ainda, o provimento do presente agravo para reconhecer a

falta de interesse processual da agravada, com a consequente extinção do processo em trâmite pela Vara Federal de Caraguatatuba/SP, além das cominações de praxe.

No caso, embora o Agravante traga aos autos ampla documentação acerca da regularidade da construção, observa-se que se trata de questão complexa que deverá ser analisada, nos termos propostos pela instrução de primeiro grau, onde as partes envolvidas deverão se manifestar no sentido de se aferir a legalidade dos atos praticados. De outra parte, garantido pela decisão o direito do agravante de imprimir incursões ao referido local a fim de evitar seu perecimento, restou afastado qualquer perigo iminente de sua evicção, não se vislumbrando qualquer prejuízo à postergação do uso das edificações para o final do processo, ou da instrução.

Por fim, observe que ante o entendimento acima traçado, fica inviabilizado o pedido de suspensão do processo, nos termos requerido. Desse modo, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO requerido. (...)

São Paulo, 30 de março de 2016. SOUZA RIBEIRO Desembargador Federal.” (Fl. 473/476 - Grifo nosso).

E, ao final, por acórdão foi negado provimento ao recurso do réu em Segunda Instância, mantidas na totalidade as decisões deste Juízo Federal, nos seguintes termos:

“a r. decisão recorrida está excelentemente fundamentada e não evidencia qualquer desvinculação à realidade dos autos no momento em que foi proferida, de modo que - ao menos nesta ocasião - acha-se ausente a possibilidade de acolhimento das alegações formuladas pela parte agravante. Nesse cenário, os fundamentos da interlocutória ‘agravada’ ficam aqui explicitamente acolhidos, conforme a técnica de fundamentação ‘Per relationem’ acolhida no STF (...) Ora, a leitura da r. interlocutória agravada mostra que o d. Juízo compreendeu exatamente o *petitum* e a causa *petendi* invocados pela autora popular, e dentro do cenário retratado até então nos autos, perscrutou com intensidade as alegações feitas, conferiu a documentação apresentada e concluiu pela presença dos requisitos necessários à concessão da medida, ao menos em parte, em desfavor do réu/agravante; assim, este . Relator adota *in, integrum* a fundamentação do excelente órgão judicante de 1º grau.”

O Município de São Sebastião apresentou contestação em que sustenta, em síntese, a improcedência do pedido no que se refere à alegada omissão no dever de fiscalização da Municipalidade.

No mesmo sentido, a CETESB apresentou contestação pela improcedência do pedido no que concerne à ilegalidade ou lesividade de sua própria conduta.

Em réplica, pelo réu houve a instrução dos autos com imagens das placas e situação do píer e deck.

A União apresentou manifestações nos seguintes termos:

“(...) A SPU emitiu através da portaria n. 37, de 20 de agosto de 2012, autorização de obras do píer proposto. Entretanto, a autorização não abrangeu o deck já existente, situado entre o píer e o terreno de marinha...

imóvel cadastrado na SPU não encontra sob responsabilidade do atual ocupante...

há divergência de área entre a efetivamente ocupada pelo imóvel (1.016,59m²) que excede em 101,59m² área cadastrada SIAPA (915 m²)...

entre a área ocupada e o empreendimento existe uma pequena “faixa” de terreno de praia, com 133,29 m², que se encontra parcialmente ocupada por um deck implantado posterior ao ano 1999...

é vedada a instalação de qualquer equipamento que obstrua o acesso do público à praia e ao tapiche...

Verifica-se pelas informações prestadas pela Superintendência do Patrimônio da União que o DECK CONSTRUÍDO SEM AUTORIZAÇÃO DA SPU LIMITA A UTILIZAÇÃO DO ESPAÇO FÍSICO EM FAIXA DE PRAIA, não permitindo sua utilização, razão pela qual dever ser julgado procedente o pedido de DEMOLIÇÃO do mesmo e restauração do local” (fl. 728 e 1149 – Em 23/11/2016 – ID 17621405 e ID 17627466).

Ainda, sobreveio RELATÓRIO DE VISTORIA da SPU pela área de Engenharia e Administrativa, após vistoria *in loco* (no local) realizada em 19/05/2016, com a seguinte CONCLUSÃO ao final:

“A vistoria ocorreu no dia 19/05/2016 às 14:00h, durante a maré alta (tábua de marés do Porto de São Sebastião das 12:45h com 1,2). Os pilares do deck e do píer estavam submersos, com a água batendo no muro de pedra da casa, porém, de acordo com a planta de número 99 (cartografia oficial do Estado de São Paulo, projeto MacroEixo, escala 1:2.000, ano de 1977), existia uma faixa de areia entre o mar e a cerca que delimitava o terreno. Diante dos fatos expostos, CONCLUÍMOS QUE HOUE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA. São Paulo/SP, 20 de outubro de 2016.” (Fl. 766 – ID 17623250).

E, conforme informações técnicas da SPU prestada no Processo 04977.210331/2004-10, juntada aos autos em 23/05/2019, consta que “entre a área ocupada pelo RIP e o empreendimento existe uma pequena ‘FAIXA’ DE TERRENO DE PRAIA, com área de 133,29 m2. Atualmente esta faixa está parcialmente ocupada por um deck. Uma outra porção é o terreno de praia. Comparando imagens aéreas cedidas pela PMSS, verificamos que a ocupação do deck é posterior a 1999, data do voo que deu origem ao levantamento da Prefeitura” (Fl. 1116 – ID 17624504).

E consta a juntada aos autos em 23/05/2019 de RELATÓRIO DE VISTORIA n. 007/1 - CMS da CETESB (ref. Ofício n. 161/11 – CMS, de 26/09/2011), realizado a partir de vistoria no local em 26/09/2011 “para verificação das instalações da residência, onde pretende-se construir um píer”, tendo se constatado:

“(…) existência de “DECK EDIFICADO SOBRE A FAIXA DE AREIA e uma escada de acesso à praia. O interessado não apresentou projeto de implantação pretendida, tendo entregue apenas planta de levantamento planialtimétrico e relatório de diagnóstico ambiental. Quanto ao deck atualmente instalado, não foi apresentado projeto aprovado pela Prefeitura Municipal e anuência da SPU. (...) (...) o interessado deverá requerer a autorização dos demais órgãos afins, tais como Capitania dos Portos, atestado de vistoria do Corpo de Bombeiros, quando couber, e AUTORIZAÇÃO DO SERVIÇO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. (...) (Fl. 981 – ID 7623884).

Portanto, a partir do conjunto probatório que instrui os autos, conforme contestações e manifestações das partes e órgãos interessados, sobretudo CONCLUSÃO DA ENGENHARIA DA SPU/UNIÃO em RELATÓRIO DE VISTORIA de 19/05/2016, de que “HOUE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA” (Fl. 766 – ID 17623250), bem como RELATÓRIO DE VISTORIA da CETESB no sentido da existência de “DECK EDIFICADO SOBRE A FAIXA DE AREIA... não foi apresentado projeto aprovado pela Prefeitura Municipal e anuência da SPU” (Fl. 981 – ID 7623884), evidencia-se a situação de IRREGULARIDADE DO PÍER E DO DECK objeto destes autos perante a legislação especial que rege a matéria:

LEI Nº 9.636, DE 15 DE MAIO DE 1998.

Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União...

Da Inscrição da Ocupação

(...)

Art. 90 É vedada a inscrição de ocupações que:

I - ocorreram após 10 de junho de 2014;(Redação dada pela Lei nº 13.139, de 2015)

II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo [PRAIA], de segurança nacional, de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais e de implantação de programas ou ações de regularização fundiária de interesse social ou habitacionais das reservas indígenas, das áreas ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação e das áreas reservadas para construção de hidrelétricas ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007).

Com efeito, em se tratando de edificação em bem público (terreno de marinha), sujeito, em tese, à prévia autorização da SPU, licenciamento ambiental e autorização do Poder Público Municipal, bem como de suposta construção sobre área de uso comum do povo (praia), como se aponta nos RELATÓRIOS DE VISTORIA DA SPU/UNIÃO E DA CETESB, impõe-se que sejam tomadas medidas acautelatórias para bem do INTERESSE PÚBLICO, sob pena de permitir sua plena utilização pelo particular, sem a necessária e imprescindível observância ao ordenamento jurídico e ao dever de todos de zelar pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*).

Cumprе ressaltar que a atual situação de irregularidade do píer e do deck já se encontra presente quando da propositura da presente ação popular em 2016, tanto que a ausência autorização formal da SPU (Processo Administrativo nº. 04977.010796/2009-79 - fls. 47/52), a falta de licenciamento ambiental prévio e de autorização municipal (Portaria nº 404/2012 – SPU, art. 9º, incisos IV e VIII) para tal construção de estrutura náutica (PÍER E DECK), que apontavam para sérios indícios de irregularidade da construção, motivaram a concessão e tutela de urgência pela paralisação de obras e isolamento do píer, decisão confirmada pelo Eg. TRF da 3ª Região ante a presença dos requisitos legais.

Tratando-se de demanda que tem como controvérsia a existência ou não de dano ao meio ambiente e a construção de píer e deck em desacordo ou não com as normas de proteção ambiental e patrimonial, no aparente conflito de interesses público e privado, com existência de critérios distintos para a tutela dos direitos envolvidos, impõe-se a observância dos meios que atendam, em um primeiro momento, ao interesse público, ante o princípio da supremacia do interesse público e a verticalidade das relações que envolvem a Administração Pública, bem como em aplicação do princípio da precaução quando se envolve potencial dano ao meio ambiente.

Neste sentido, faz-se oportuna a transcrição do seguinte teor do acórdão do Eg. Tribunal Regional Federal da Terceira Região no agravo de instrumento originário destes autos, que sinaliza pela necessária aplicação do princípio da precaução e do princípio da supremacia do interesse público:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. CONSTRUÇÃO DE PÍER E DECK EM IMÓVEL FRONTEIRIÇO AO MAR. POTENCIAL DANO AO MEIO AMBIENTE. AMPLA ANÁLISE DE PROVA: IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. FALTA DE ELEMENTO SEGURO QUANTO À APROVAÇÃO QUE TERIA SIDO DADA PELA SPU.

AUSÊNCIA ATUAL DE VEGETAÇÃO NATIVA: FATO IRRELEVANTE, NA ESPÉCIE. ACESSO AO DECK E AO PÍER PARA CONSERVAÇÃO: MELHOR SOLUÇÃO A SER ADOTADA. RECURSO IMPROVIDO, MANTENDO-SE A DECISÃO AGRAVADA TAMBÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A r. decisão recorrida está excelentemente fundamentada e não evidencia qualquer desvinculação à realidade dos autos no momento em que foi proferida, de modo que - ao menos nesta ocasião - acha-se ausente a possibilidade de acolhimento das alegações formuladas pela parte agravante. Nesse cenário, os fundamentos da interlocutória agravada ficam aqui explicitamente acolhidos, conforme a técnica de fundamentação “per relationem” acolhida no STF (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016) mesmo depois da superveniência do NCPC (ARE 1024997 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017).
2. Em sede de agravo de instrumento não há espaço para ampla análise de prova, nem para o acertamento de questões que possam conduzir à resolução da lide, tal análise será feita no bojo da ação popular, na fase de cognição exauriente.
3. Em sede de ação popular a autora - e aqui são desimportantes os motivos pessoais dela - pretende-se impedir que ganhe viço uma construção em terreno de marinha, na medida em que a obra não contou com a anuência - pelo menos a anuência válida - do Poder Público, além do que atenta contra a preservação do meio ambiente, cuja tutela é informada pelo princípio da precaução, a afastar a prevalência dos interesses patrimoniais e econômicos daqueles que são atingidos pelos efeitos tutelares do provimento jurisdicional (AgRg no REsp 1139791/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 26/10/2016).
4. Até o presente momento não há elemento seguro - ao contrário do asseverado pelo agravante - de que a Secretaria do Patrimônio da União - SPU aceitou a construção do deck e do píer, parecendo mesmo que se tratam de obras clandestinas.
5. Há dúvidas até de que o SPU tenha formalizado a cessão onerosa do terreno de marinha (bem público) à família que vem procedendo a edificações e obras no local aparentemente há muito tempo, sendo certo que “... é inegável a necessidade de conservação e proteção das praias, bens de uso comum do povo de extrema relevância para a qualidade da vida da população e para a economia nacional. Indispensável, nesse aspecto, ressalvadas específicas exceções legais, a garantia de livre acesso às praias e ao mar e a utilização em caráter igualitário pelos administrados” (REsp 1418932/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 24/05/2016).
6. A situação de uma possível “concessão” formal da área pela SPU há de ser vista “cum granum salis” à luz da Lei nº 9.636/98 (art. 9º, inc. II). Ou seja, é preciso convir que se as construções já prontas atingem o meio ambiente ou foram afrontosas da lei, de nenhum valor será a autorização “a posteriori” que provenha da SPU, porquanto o Poder Executivo não pode convalidar atos ilegais - que inclusive configuram em tese ilícitos penais - perpetrados pelos particulares.
7. Não se pode reconhecer neste agravo que o meio ambiente não está sendo prejudicado pela edificação clandestina, ainda mais à luz do art. 3º, XVI, da Lei nº 12.651/12, oportunamente citado no parecer da Procuradoria Regional da República. Além disso, não se pode perder de vista o texto do art. 10 e seu § 1º da Lei nº 7.661/88. No cenário desenhado por essas leis, não se pode aceitar a afirmação unilateral do agravante de que não há qualquer empeco ao uso da praia, ou da linha costeira no local, por força da obra por ele promovida.
8. A ausência atual de vegetação nativa ou fontes d’água no imóvel e seu entorno é irrelevante para - de pronto - escusar a conduta combatida na ação popular, pois existe a concreta possibilidade de as amplas construções operadas no local terem suprimido o que outrora ali existiu.

9. A permissão de acesso ao deck e ao píer para limpeza e conservação parece ser a melhor solução a ser adotada em sede de cognição sumária, pois preserva o meio ambiente e o patrimônio público na situação em que se encontram atualmente, bem como impede a deterioração da obra caso o réu/agravante, ao final, seja o vencedor da demanda. 10. Agravo de instrumento improvido.” (TRF-3ª Região, AI nº 0005776-97.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2018).

Por conseguinte, tratando-se de apontada ocupação irregular pelo autor de área correspondente a BEM DE USO COMUM DO POVO (PRAIA) (vide RELATÓRIOS DE VISTORIA DA SPU/UNIÃO E CETESB, a partir das construções do réu tidas por IRREGULARES PELA SPU, não lhe assiste razão em sua pretensão de manutenção das áreas privativas, visto que edificadas em sobreposição e detrimento de bem de uso comum do povo (PRAIA), fato em face dos quais o réu não se desincumbiu de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 372, inciso II).

Ainda, após embargos de declaração pelo réu/agravante, ainda decidiu o Eg. TRF3 pela rejeição dos embargos com aplicação de multa (CPC, art. 1.026, § 2º, ante o manifesto “abuso do direito de recorrer”, tendo o recurso do réu sido considerado “signo seguro de intuito apenas protelatório”, conforme acórdão de 25/07/2019.

Por oportuno, registre-se que o fato de a Portaria-SPU n. 37, de 20/08/2012 ter autorizado ao réu a “iniciar obras de uma estrutura náutica em águas públicas, portanto de domínio da União”, em “caráter temporário”, conforme constou do próprio ato, “não exime o interessado de obter as demais licenças pertinente às obras que serão executadas na área, especialmente em relação aos órgãos ambientais, de acordo com a legislação vigente, bem como não implica na constituição de direito ou domínio sobre a área, ou a qualquer tipo de indenização”. (Fl. 1081 – ID 17624481).

Com efeito, a ninguém é dado o direito adquirido ou qualquer expectativa de direito a realizar construção ou ocupação sobre área de faixa de areia, considerada bem da União e de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV), principalmente diante de posterior CONCLUSÃO DA ENGENHARIA DA PRÓPRIA SPU/UNIÃO em RELATÓRIO DE VISTORIA de 19/05/2016, de que “HOUVE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA” (Fl. 766 – ID 17623250), o que representa nítida degradação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*):

“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”.

E, apesar do RELATÓRIO DE VISTORIA, de 19/08/2009, da MARINHA DO BRASIL, relativo ao píer objeto dos autos, no sentido de que “em relação ao ordenamento do espaço aquaviário nada tem a opor” (fl. 840 – ID 17623527), de fato o réu não conta com a possibilidade de regularização administrativa do píer, na medida em que “HOUVE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA”, conforme informação técnica da SPU-SP, órgão de fiscalização patrimonial da União Federal (Fl. 766 – ID 17623250).

Ademais, o “nada tem a opor” da Marinha do Brasil não tem o condão de regularizar a construção do píer, visto que, é pacífico o entendimento jurisprudencial, reconhecendo a incompetência dos órgãos da Marinha para autorizar construção em praias, terrenos de marinha e plataformas marítimas:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PLATAFORMA MARÍTIMA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENS DE USO COMUM DO POVO. LEGISLAÇÃO PERTINENTE. EFEITOS.

ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 5, XXXVI, DA CF/88.

1-) No caso dos autos restou demonstrado que as plataformas de pesca foram construídas sobre a praia, em total desacordo com as normas assecuratórias do livre usufruto do como coisa comum ao povo, sem que se permita qualquer obstáculo, seja ao acesso a praia ou ao que a ela venha a ser pelo homem agregado, violando ainda normas ambientais de proteção da Zona Costeira e do ecossistema marinho da plataforma continental. Ao Ministério da Marinha cabe, precipuamente, o exercício do poder de polícia quanto à segurança da navegação, sendo incompetente para fornecer qualquer autorização para construção em bem da União, o que demonstra a irregularidade do ato expedido e elide qualquer presunção de legitimidade e legalidade na sua feitura e efeitos. (...)” (TRF 4 REGIÃO – APELAÇÃO CÍVEL 2001.0401019468/RS, 3ª TURMA, DJU 3/7/2002, Relator. JUIZ CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ) (grifei)

Outrossim, na própria Certidão emitida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO, de 22/03/2012, de que “nada tem a opor quanto ao processo de obtenção do licenciamento para um estrutura náutica (píer)”, consta a ressalva de que “não tem caráter de Alvará de Construção ou Funcionamento e sim apenas para o licenciamento da estrutura náutica junto ao órgão competente (SPU), visto que não compete ao licenciamento municipal a análise da atividade, devendo a mesma ser analisada pelo respectivo órgão [SPU]”. (fl. 1016 – ID 17623899).

Portanto, nesta fase de cognição exauriente a partir dos elementos e prova dos autos, conclui-se pela não observância pelo réu às formalidades legais e normativas relativas à construção e ocupação do píer e deck na área objeto desta ação popular, que culminou com a CONCLUSÃO DA ENGENHARIA DA SPU/UNIÃO em RELATÓRIO DE VISTORIA de que “HOUE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA” (Fl. 766 – ID 17623250), do RELATÓRIO DE VISTORIA da CETESB no sentido da existência de “deck edificado sobre a faixa de areia... não foi apresentado projeto aprovado pela Prefeitura Municipal e anuência da SPU” (Fl. 981 – ID 7623884), sendo manifesta a IRREGULARIDADE DO PÍER E DO DECK.

Em definitivo, o réu não se desincumbiu de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora (CPC, art. 373, inciso II), referente à comprovada irregularidade da construção do píer e deck de sua propriedade, visto que em desacordo com a legislação vigente que rege a proteção aos bens da União e ao meio ambiente.

Por conseguinte, a partir do conjunto probatório acostado aos autos restou suficientemente demonstrado que o réu realizou a construção de píer e deck em desacordo com as normas e leis de proteção ao meio ambiente e aos bens da União, motivo pelo qual o reconhecimento da procedência desta ação popular é medida que se impõe, para imposição de ordem de sua demolição pelo réu, com obrigação de fazer de restauração da área ao estado original (stato quo ante).

Registre-se que o presente reconhecimento em Juízo da irregularidade do píer e deck objeto dos autos, bem como a imposição de obrigação de fazer de sua demolição, não afasta obrigações patrimoniais perante a SPU/União relativas ao tempo de sua existência, tampouco afasta os ônus financeiros decorrentes da efetiva ocupação de terrenos de marinha, inclusive dever de atualização cadastral e recolhimento das taxas devidas relativas aos RIPs respectivos.

III – DISPOSITIVO

Ante ao exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos da parte autora, confirmando as medidas deferidas em sede de tutela de urgência no curso processual, extinguindo o feito com resolução de mérito nos termos do CPC, art. 487, inciso I, para CONDENAR A PARTE RÉ A:

A) OBRIGAÇÃO DE FAZER a partir da DEMOLIÇÃO TOTAL DO PÍER E DECK construídos no imóvel situado na Avenida Manoel Teixeira, nº 2.342, Bairro São Francisco, São

Sebastião/SP (Cadastro na SPU sob nº RIP 7115 0000246-03), aos seus custos, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, ficando desde já intimado o réu a comprovar nos autos seu cumprimento no prazo afixado independentemente de nova intimação, sob pena de multa diária em caso de descumprimento,

B) OBRIGAÇÃO DE FAZER a partir da DEMOLIÇÃO DA ESCADA DE ACESSO E DO CALÇAMENTO EM CONCRETO DE USO PRIVADO, COM RESTAURAÇÃO DO ACESSO PÚBLICO À ÁREA DE PRAIA ORIGINÁRIA, situados à Avenida Manoel Teixeira, nº 2.342, Bairro São Francisco, São Sebastião/SP (Cadastro na SPU sob nº RIP 7115 0000246-03), aos seus custos, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, ficando desde já intimado o réu a comprovar nos autos seu cumprimento no prazo afixado independentemente de nova intimação, sob pena de multa diária em caso de descumprimento,

C) OBRIGAÇÃO DE FAZER a partir da RETIRADA DOS ENTULHOS decorrentes da demolição do pier, deck e estruturas em concreto e RECUPERAÇÃO DA VEGETAÇÃO E ÁREA ORIGINAL, aos seus custos, que deve ser realizada a partir da apresentação de PROJETO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL (PRAD) da área degradada, nele incluindo cronograma das atividades, perante a CETESB e SPU/UNIÃO, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, para aprovação, implantação e monitoramento pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

Em caso de não cumprimento dos atos de demolição e remoção pelo réu, que são sob seus custos e responsabilidade, ficam desde já AUTORIZADOS o autor Município de São Sebastião, o Estado de São Paulo (CETESB), a União e o Ministério Público a procederem aos atos necessários para as demolições e remoções, através de eventual convênio ou parceria com a Administração Pública direta ou indireta, ressalvado o direito de regresso e cobrança das despesas em face do réu, visto ser ônus do réu cumprir com os custos e obrigações de fazer ora impostas em condenação por sentença, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados.

Após o trânsito em julgado, expeça-se MANDADO DE DEMOLIÇÃO do PÍER, DECK e ESCADA DE ACESSO E CALÇAMENTO EM CONCRETO DE USO PRIVADO construídos no imóvel situado à Avenida Manoel Teixeira, nº 2.342, Bairro São Francisco, São Sebastião/SP, devendo o Executante de Mandados estender seu cumprimento em face de eventuais terceiros desconhecidos e incertos que porventura sejam encontrados na área objeto da lide, tal como descrita ao longo desta sentença.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais, bem como aos honorários de sucumbência que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observados os critérios do art. 85, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, CETESB e SPU-SP, autorizados os meios eletrônicos, para plena ciência e providências necessárias, com subsequente informação nestes autos acerca de eventuais atos realizados na esfera administrativa.

Ciência ao Eminentíssimo Relator do agravo de instrumento n. 0005776-97.2016.4.03.0000/SP, Desembargador Federal Souza Ribeiro, com as homenagens deste Juízo Federal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba, 16 de dezembro de 2020.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**0005440-71.2016.4.03.6183**

Autora: EVELLYN JESUS SANTOS

Réus: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E IRACEMA DA ROSA OLIVEIRA

Terceira Interessada: CLAUDIA SANTOS DE JESUS

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

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/11/2020

SENTENÇA

PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO INTEGRAL A OUTRO DEPENDENTE DESDE 2003. POSTERIOR HABILITAÇÃO DE DEPENDENTE INCAPAZ. ARTS. 74, II, E 76 DA LEI 8.213/91. EFEITOS FINANCEIROS A PARTIR DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPROCEDÊNCIA.

EVELLYN JESUS SANTOS, nascida em 19/09/1993, incapaz representada por sua genitora CLÁUDIA SANTOS DE JESUS, ajuizou a presente ação em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS objetivando o pagamento de atrasados referentes a benefício da pensão por morte, em razão do óbito de seu pai, sr. SETASBIÃO OLIVEIRA DOS SANTOS, ocorrido em 08/06/2003 (fl. 28[i]). Juntou procuração e documentos (fls. 19-181).

O caso concreto é bastante singular.

De acordo com o CNIS do “de cujus”, consta ativo o benefício de pensão por morte NB: 130.489.492-1 desde a data do falecimento, 08/06/2003, em favor de sua companheira, sra. IRACEMA DA ROSA OLIVEIRA.

Na peça inaugural, a autora sustenta ser filha do segurado falecido e incapaz desde a data do óbito. Destaca ter sido abandonada pelo pai, motivo pelo qual desconhecia o falecimento.

Seu requerimento administrativo de concessão de pensão por morte NB: 173.077.018-2, DER: 08/06/2015, foi deferido, com rateio de valores com a companheira de seu genitor. DIB fixada em 07/10/2015.

Ou seja, a companheira do falecido recebeu pensão por morte integral de 08/06/2003 a 07/10/2015. A partir de tal data, ocorreu o desdobramento do benefício com a autora da presente causa.

Aqui reside o pedido inicial. A autora sustenta fazer jus ao recebimento de pensão por morte desde o óbito (2003), não somente a partir do requerimento administrativo (2015), suscitando a inaplicabilidade da prescrição no caso concreto.

Concederam-se os benefícios da justiça gratuita, enquanto a antecipação de tutela foi afastada (fls. 183-186).

O INSS contestou, destacando ser imperiosa a formação de litisconsórcio passivo necessário e prescrição (fls. 190-195).

O Ministério Público Federal – MPF se manifestou no sentido da citação da sra. Iracema da Rosa (fl. 235).

Sobreveio réplica à contestação (fls. 240-249).

A inclusão da companheira do segurado falecido foi deferida, determinando-se a expedição de carta precatória para citação (fl. 250).

Após diversas movimentações processuais, foi noticiada a citação positiva (fl. 467).

O MPF apresentou parecer. Na peça processual, à luz da legislação vigente na data do requerimento administrativo, opinou pelo afastamento da prescrição ao caso concreto, por ser a autora incapaz desde o nascimento (fls. 485-489).

Temos, portanto, dois enfrentamentos distintos na presente demanda: a aplicabilidade do instituto da prescrição e a correta data de início da pensão por morte em favor da autora.

É o relatório. Decido.

Da prescrição

A análise da aplicabilidade do instituto da prescrição é essencial ao deslinde da demanda, haja vista a cobrança de atrasados de 08/06/2003 a 07/10/2015.

Nos termos do relatório, o INSS apresenta preliminar de prescrição, enquanto a parte autora ventila, desde a peça inaugural, sua inaplicabilidade por ser absolutamente incapaz nos termos da legislação civil.

O MPF apresentou analítico parecer com de direito intertemporal. À luz da legislação vigente na data do requerimento administrativo, opinou pelo afastamento da prescrição ao caso concreto, por ser a autora incapaz desde o nascimento (fls. 485-489).

Sobre o tema, dispõe a Lei 8.213/91:

Art. 79. Não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei. (~~Revogado pela Medida Provisória nº 871, de 2019~~) (Revogado pela Lei nº 13.846, de 2019)

Art. 103. Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, *salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes*, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997). (Grifo Nosso).

O artigo 79 da Lei 8.213/91 somente foi revogado pela Lei 13.846/19. Assim sendo, vigorava na data do requerimento administrativo, 08/06/2015.

Além disso, as disposições civilistas vigentes à época do requerimento administrativo para apreciação do caso concreto, com redação anterior às modificações da Lei nº 13.146/15, cujo “*vacatio legis*” foi de 180 dias:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (Grifei).

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

Há prova documental nos autos apontando no sentido da incapacidade absoluta da autora, desde o nascimento.

Em primeiro lugar, juntou-se sentença do processo de interdição nº 1001156-08.2014.826.0554, cujo trâmite se deu na 1ª Vara de Família e Sucessões de Santo André/SP (fls. 59-62):

“O perito médico nomeado concluiu que a interditanda é portadora de surdez e desenvolvimento mental retardado, condição congênita e irreversível, relacionada a lesões neurológicas que a tomam incapaz em grau total e em caráter permanente para reger iam pessoa e interesses e para todos os atos da vida civil.

Ante o exposto e considerando tudo mais que do processo consta, julgo procedente o pedido, decreto a interdição de EVELLYN JESUS SANTOS, qualificada na inicial, e nomeio a requerente CLAUDIA SANTOS DE JESUS como curadora definitiva, sob compromisso, que será prestado na forma do artigo 1.187 do Código de Processo Civil”.

Nesses termos, apesar da sentença em destaque ser datada em 2014, o perito judicial daqueles autos concluiu pela existência de lesões mentais de caráter congênito, isto é, desde o nascimento.

O próprio INSS reconheceu a existência de impedimentos de ordem cognitiva e a condição de deficiente ao conceder à autora o benefício assistencial da LOAS, NB: 87/552.069.654-0, DIB: 28/06/2012 e posteriormente o rateio da pensão por morte NB: 173.077.018-2, em 06/10/2015, mesmo após ultrapassados os 21 anos de idade da filha do instituidor.

Também foram anexados aos autos diversos documentos médicos, inclusive datados no ano de 2003, atestando a severidade das condições de saúde da autora, com surdo-mudez e dificuldades cognitivas (fls. 68-111).

Os conceitos de incapacidade e deficiência não se confundem. Porém, no momento do requerimento administrativo, o art. 3º, II, do Código Civil de 2002 elencava a deficiência como uma das hipóteses legais de incapacidade absoluta.

Isto posto, diante do contexto probatório disposto, notadamente a sentença de interdição pautada em prova técnica atestando a existência de incapacidade absoluta congênita e juntada de documentos médicos datados em 2003, *afasto a aplicação do instituto da prescrição, com base nos artigos 79 da Lei 8.213/91 (à época em vigor) e art. 198, inciso I, CC/02.*

Do Mérito

A companheira do falecido, sra. IRACEMA DA ROSA OLIVEIRA, recebeu pensão por morte NB: 130.489.492-1, sozinha, de 08/06/2003 a 07/10/2015. A partir de tal data, ocorreu o rateio do benefício com a autora da presente causa.

Aqui reside o pedido inicial. A autora sustenta fazer jus ao recebimento de pensão por morte desde o óbito, em 08/06/2003, não somente a partir do requerimento administrativo, em 07/10/2015.

Estamos, portanto, diante de questão de direito.

A parte autora vindica o recebimento de parcelas de pensão já pagas pela autarquia previdenciária, desde o óbito do segurado instituidor.

Sobre o tema, dispõe o artigo 76 da Lei de Benefícios:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação. (Grifo Nosso).

Nesses termos, em que pese a narrativa inicial de desconhecimento do falecimento do instituidor da pensão por morte, mostra-se incompatível com a legislação previdenciária a condenação do INSS no pagamento de parcelas em duplicidade, havendo previsão legal explícita no sentido do rateio somente a partir do requerimento de habilitação/inscrição.

Além disso, o artigo 74, inciso II, da Lei 8.213/91 não faz nenhuma ressalva aos incapazes quando elege a data do requerimento administrativo como de início da pensão por morte, decorrido o prazo em dias fixado.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ fixou posicionamento no julgamento paradigma do Resp 1.479.948, com a fixação da data do requerimento administrativo para fins de efeitos financeiros:

PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE. ART. 76 DA LEI 8.213/1991. EFEITOS FINANCEIROS. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. REGIME PRESCRICIONAL. ART. 198, I, DO CC. INAPLICABILIDADE.*

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o direito à percepção de pensão por morte em período anterior à habilitação tardia da dependente incapaz, independentemente de o pai desta já receber a integralidade desde o óbito da instituidora do benefício (13.3.1994).

2. Comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias. Precedentes: REsp 1.405.909/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 22.5.2014, DJe 9.9.2014; AgRg no AREsp 269.887/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11.3.2014, DJe 21.3.2014; REsp 1.354.689/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.2.2014, DJe 11.3.2014.

3. Tratando-se de benefício previdenciário, a expressão “pensionista menor” identifica situação que só desaparece com a maioridade, nos termos do art. 5º do Código Civil.

4. *De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há falar em repercussão financeira para momento anterior à inclusão do dependente.*

5. *A concessão do benefício para momento anterior à habilitação do autor acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão.*

6. A propósito: AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015; AgInt no AREsp 850.129/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.5.2016; REsp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 5.8.2013; e REsp 1.513.977/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.8.2015.

7. Recurso Especial parcialmente provido

(REsp 1.479.948/RS. Relator: *Ministro Herman Benjamin*. T2 Segunda Turma. Julgamento: 22/09/2016. Publicação: 17/10/2016). (Grifo Nosso).

No mesmo sentido, aponta julgado muito similar de 2020 do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. *PENSÃO POR MORTE. PRESTAÇÕES EM ATRASO. BENEFÍCIO INTEGRALMENTE PAGO A OUTRO DEPENDENTE PREVIAMENTE HABILITADO. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ART. 76 DA LEI 8.213/1991.*

EFEITOS FINANCEIROS.

- O fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo, pois, ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência.

- *A habilitação posterior do dependente somente produzirá efeitos a partir do pedido de habilitação, não havendo falar em repercussão financeira para momento anterior à inclusão do dependente, ainda que comprovada nos autos a incapacidade absoluta do requerente do benefício.* Precedentes. (AgInt nos EDcl no REsp 1610128/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, j. 16/10/2018, DJe 22/10/2018, REsp 1655424/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 21/11/2017, DJe 19/12/2017, REsp 1.479.948/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 17/10/2016; AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18/12/2015; AgInt no AREsp 850.129/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27.5.2016; REsp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013). No mesmo sentido: (Apelação Cível 0003505-98.2015.4.03.6128/SP, Relator Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, j. 12/03/2019, D.E. 21/03/2019; Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, Apelação Cível 0007838-40.2016.4.03.6102/SP, j. 24/07/2018, D.E. 02/08/2018; Apelação Cível 0023233-50.2018.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal NELSON PORFIRIO, j. 23/04/2019, D.E. 06/05/2019).

- Comprovado nos autos a habilitação prévia de outro dependente, que recebeu a integralidade do benefício desde a data do óbito instituidor até o desdobramento, correto o deferimento do benefício ao autor, com termo inicial na data do óbito do instituidor, mas efeitos financeiros a partir do requerimento administrativo.

- Portanto, o pedido de pagamento das diferenças do benefício de pensão por morte, retroativo à data do óbito, é improcedente.

- Apelação não provida.

(ApCiv 5000420-34.2016.4.03.6144. Relator: Desembargadora Federal MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA. TRF3 - 10ª Turma. e - DJF3 Judicial. Publicação: 29/09/2020). *Grifo Nosso.*

No caso concreto já houve o pagamento integral de pensão por morte em favor da companheira do “*de cujus*”, desde o óbito (08/06/2003), não sendo admitida a condenação do INSS ao pagamento de parcelas em duplicidade (art. 76, II, Lei 8.213/91).

A duas, a Lei de Benefícios não faz ressalva quanto aos incapazes no dispositivo que trata da fixação da data de início dos benefícios (art. 74, II).

Isto posto, inviável o reconhecimento judicial do direito da autora de percepção de pensão por morte desde a data do óbito de seu genitor, dado o requerimento tardio em 2015 e o recebimento integral do benefício pela companheira do falecido, desde 08/06/2003. Mostrou-se acertada a fixação da data do requerimento administrativo para fins de efeitos financeiros e desdobramento da pensão.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo o pedido IMPROCEDENTE, resolvendo o mérito com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência de percentual de 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 4º, III do CPC. Presentes os requisitos da concessão da justiça gratuita, a execução fica suspensa, nos termos do art. 98, §º, CPC/15.

Sem condenação ao pagamento de custas, diante concessão da gratuidade da justiça.

P.R.I.

São Paulo, 16 de novembro de 2020.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

INQUÉRITO POLICIAL

0001620-37.2019.4.03.6119

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Investigada: FLAVIANE OLIVEIRA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

Disponibilização da Decisão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/02/2021

DECISÃO

O presente caso possui peculiaridades que o tornam muito interessante!

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Flaviane Oliveira Silva e Sandra Mara Souza da Silva, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 33, “*caput*”, c/c artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

Segundo a exordial (Id. 39100352), Flaviane Oliveira Silva e Sandra Mara Souza da Silva, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, SP, em 20.10.2018, no voo KL792, da empresa aérea KLM, com destino a Amsterdã/Holanda, trouxeram consigo, transportaram e tentaram exportar, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros no exterior, a massa líquida de 4.988g (quatro mil, novecentos e oitenta e oito gramas) de cocaína, substância entorpecente que causa dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

Consta dos autos que, no dia 21 de outubro de 2018, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, SP, no Terminal de Passageiros III, a Receita Federal do Brasil identificou uma mala contendo substância entorpecente em nome de Flaviane Oliveira Silva, que havia embarcado e viajado para Amsterdã/Holanda, no voo operado pela KLM, n. KL792, que havia deixado o país no dia anterior. No referido dia e local, uma funcionária da Companhia Aérea KLM, encontrava-se trabalhando no Terminal III de Passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos, no setor de bagagens perdidas, quando recebeu uma bagagem que não havia embarcado no voo KLM 792, de 20.10.2018, em nome de Flaviane Oliveira Silva, em razão do ‘check in’ ter sido realizado tardiamente. Ato contínuo, a referida mala foi encaminhada para o setor de desembarço aduaneiro da Alfândega, onde, ao ser submetida ao equipamento de Raio X, constatou-se a presença de matéria orgânica em seu interior. Diante de tal fato, a Polícia Federal foi acionada e a bagagem foi submetida a inspeção física, ocasião em que foram encontradas, em seu interior, duas sacolas de tecidos, onde foram localizadas, em fundos falsos, 5 (cinco) volumes de formatos retangulares achatados, formados por sacos plásticos transparentes, envoltos em fitas prateadas e pretas, que continham em seu interior substância em pó de coloração branca. A substância suspeita encontrada na bagagem que havia sido despachada por Flaviane Oliveira Silva, foi submetida a teste preliminar que resultou positivo para cocaína, na quantidade de 4.988g (quatro mil, novecentos e oitenta e oito gramas), massa líquida. Ocorre que das investigações realizadas pela Polícia Federal restou apurado, pela análise da reserva das passagens aéreas e pelos dados do sistema migratório, que Flaviane Oliveira Silva viajou para Amsterdã/Holanda, em companhia de Sandra Mara Souza da Silva. Verificou-se, ainda, que ambas são oriundas de Porto Velho, RO, e que as suas passagens foram pagas em dinheiro, modalidade de pagamento usualmente utilizada pelo

tráfico. Além disto, descobriu-se que chegando ao destino, abriu uma Flaviane reclamação em razão da mala extraviada, em Schiphol/Amsterdã. A data prevista para o regresso de ambas as passageiras seria no dia 29.10.2018, porém, não retornaram. Posteriormente, juntou-se a Informação de Polícia Judiciária n. 11/2019, em que se confirmou que ambas as denunciadas foram presas em Amsterdã, uma vez que na mala de Sandra Mara de Souza da Silva foi apreendida, com 3.966,6 gramas de cocaína. Ainda de acordo com a peça acusatória, verifica-se que Flaviane (4.988g) em unidade de desígnios com Sandra (3.966,6g) pretendiam transportar, em unidade de desígnios, para a Holanda, o total de 8.954,6 g (oito mil novecentos e cinquenta e quatro gramas e seis decigramas), massa líquida, de cocaína. Contudo, tendo em vista que nos presentes autos não há os laudos periciais da droga apreendida na Holanda, fato pelo qual, inclusive, Sandra Mara foi condenada, nestes autos a denúncia limita-se a droga apreendida no Aeroporto Internacional de Guarulhos, qual seja, 4.988g de cocaína, que as denunciadas pretendiam transportar ao exterior.

Conforme laudos periciais (Id. 39100387, pp. 19-21 e 26-29), os testes realizados na substância apreendida resultaram positivos para cocaína.

Antes de ser apreciada a denúncia, foi determinado o retorno dos autos ao MPF, para que se manifestasse sobre eventual “bis in idem” (Id. 43370277), tendo em conta que a autoridade holandesa entendeu que haveria “bis in idem” entre os fatos do pedido de cooperação. Foi explicitado pela autoridade holandesa que “tanto a bagagem apreendida no Aeroporto Schiphol (importação de narcóticos para os Países Baixos), quanto a bagagem apreendida no Aeroporto Internacional de Guarulhos (exportação de narcóticos do Brasil) foram consideradas pelo procurador público holandês na avaliação sobre quais fatos Oliveira Silva e Souza da Silva seriam acusadas”. Portanto, tanto a bagagem apreendida no Aeroporto Schiphol, quanto a bagagem apreendida no Aeroporto Internacional de Guarulhos foram consideradas um grupo de circunstâncias concretas intrinsecamente conectadas. Concluindo, a Procuradoria dos Países Baixos entendeu que os fatos do pedido jurídico mútuo brasileiro são os mesmos atos processados nos casos holandeses. A Procuradoria Holandesa, com base em precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia, considerou que o princípio “non bis in” aplica-se no caso em referência (Id. 39100468, pp. 52-56).

Por sua vez, o MPF entendeu que deveria ser aplicado ao caso os artigos 5º, “caput”, e 6º do Código Penal, de tal arte que as denunciadas deveriam ser processadas tanto no Brasil quanto na Holanda, sendo certo que em caso de condenação nos dois países as penas poderiam ser mitigadas, na forma do artigo 8º do Código Penal.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

A parte geral do Código Penal foi alterada em 1984.

Sem prejuízo dessa referida alteração legislativa, é necessário consignar que os atuais artigos 5º e 6º do Código Penal, que dariam suporte à denúncia oferecida no entender do MPF, são uma reprodução, com as devidas variações, do artigo 4º do Código Penal, em sua redação original (“aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado”), de 07.12.1940.

Desde 1940 as coisas mudaram significativamente. Em breve apanhado histórico, meramente aleatório, pode ser dito que: acabou a Segunda Guerra Mundial; houve a denominada

“Guerra Fria”; foi publicado “1984” de George Orwell; o homem caminhou na lua; o muro de Berlim foi construído e, mais importante, derrubado; o país União Soviética deixou de existir; Mario Vargas Llosa perdeu o segundo turno de uma eleição presidencial no Peru para Alberto Fujimori, e mais tarde ganhou o Nobel de Literatura; a rede mundial de computadores passou a ser utilizada por bilhões de pessoas; a vida de Alexander Hamilton, nascido nas “Índias Ocidentais”, um dos “pais fundadores” dos EUA, advogado, um dos autores dos “Federalist Papers”, primeiro Secretário do Tesouro dos EUA, virou tema de um musical “hip-hop” multipremiado da Broadway etc.

Houve também, de 1940 para cá, grande desenvolvimento e massificação do uso da tecnologia, com exacerbação do fenômeno da globalização, com inaudita circulação de bens e pessoas por todos os lugares do mundo.

Nesse passo, com a intensificação da circulação de bens e das pessoas por todos os lugares do mundo, deve ser dito que tratados e convenções internacionais passaram a ser internalizados pelos países com maior frequência. O Brasil internalizou, com certa tardança, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (de meados da década de 60), por meio do Decreto n. 592, de 06.07.1992.

No artigo 14, 7, do Decreto n. 592, de 06.07.1992 é dito que: “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Por ser oportuno, deve ser dito que a Holanda também é signatária e ratificou esse Pacto Internacional.

Observo que o STF entende que tratados e convenções sobre direitos humanos, internalizados sem os requisitos da Emenda Constitucional n. 45, possuem “status” normativo “supralegal”, como pode ser aferido abaixo:

“CLIPPING DO DJ

28 de novembro de 2008

(...)

HC N. 95.967-MS

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

DIREITO PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no *caput* do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional

em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

4. *Habeas corpus* concedido.”.

(Informativo STF, n. 530, de 24 a 28 de novembro de 2008)

Desse modo, tendo o referido Pacto Internacional sido assinado e ratificado por Brasil e Holanda (a Holanda é citada aqui apenas porque as denunciadas lá já foram presas e processadas. Esse Pacto Internacional foi assinado e ratificado por quase todos os países do globo), e considerando que se trata de diploma normativo “supralegal” deve prevalecer sobre o Código Penal.

Observo, ainda, apenas a título de curiosidade meramente informativa, que a Holanda está classificada entre os 10 (dez) primeiros países no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), ao passo que o Brasil está posicionado entre os 90 (noventa) primeiros países na mesma lista.

Destaco, também, que segundo o “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil terminou 2018 com, nada mais nada menos, 78.691.031 (setenta e oito milhões, seiscentos e noventa e um mil e trinta e um) de processos em tramitação.

Donde não parece ser nada razoável acrescer mais esse caso específico nessa lista já excessivamente dilatada de processos em tramitação no Brasil, por total e completa ausência de necessidade e utilidade, na medida em que as denunciadas efetivamente já foram presas e processadas na Holanda (uma foi condenada; a outra absolvida), um dos países de melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no astro que habitamos, havendo, sim, “bis in idem”, à luz *bis in idem* do artigo 14, 7, do Decreto n. 592, de 06.07.1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos), tal como admitido pela Procuradoria holandesa, com base em precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em face do expendido, REJEITO A DENÚNCIA, com fundamento no artigo 395, II, do Código de Processo Penal, tendo em conta que as denunciadas já foram presas e processadas na Holanda pelos mesmos fatos descritos na peça acusatória formulada pelo MPF, havendo manifesto “bis in idem”, à luz do Decreto n. 592, de 06.07.1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos), que é um diploma com “status” normativo “supralegal”, conforme entendimento consolidado do STF, que deve prevalecer, no caso concreto, sobre o Código Penal.

Não havendo recurso, façam-se as comunicações necessárias, e, na seqüência, arquivem-se os autos.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Guarulhos, 8 de fevereiro de 2021.

Juiz Federal FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL

5000087-12.2019.4.03.6004

Autora: UNIÃO FEDERAL

Réu: ESPÓLIO DE LOURDES GATTASS PESSÔA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS

Juiz Federal: DANIEL CHIARETTI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2020

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pela UNIÃO em desfavor de ESPÓLIO DE LOURDES GATTASS PESSÔA, com o objetivo de obter a anulação da Matrícula Imobiliária 20.097, aberta em 10/10/1996 pelo serviço de registro de imóveis da 1ª Circunscrição em Corumbá e referente ao imóvel rural denominado “Fazenda Paraíso”, localizado em parte da superfície da ilha “Ínsua”.

A União aduziu, em síntese, o seguinte: a) a anulação da matrícula imobiliária relativa à “Fazenda Paraíso” funda-se na segurança nacional e no usufruto indígena; b) tanto a venda quanto a doação do imóvel objeto do processo são nulos de pleno direito; c) o ato administrativo impugnado carece de pressuposto fático “motivo lícito”; d) o vício na transmissão do imóvel é absoluto, já que envolve a própria ilicitude do objeto nos termos do art. 145, II, do CC/1916; e) houve também agressão ao princípio federativo em razão do fato da alienação ter sido pela por Estado-membro de bem da União, sendo que à luz da Constituição de 1946 as ilhas fluviais na íntegra eram bens federais; f) o uso especial militar e o uso especial indígenas pela comunidade Guató reforçam o aspecto lesivo do ato impugnado, sendo aí identificada uma sobreposição de matrículas. Os pedidos foram de “anulação da matrícula imobiliária nº 20.097, com comunicação imediata ao Juízo do inventário, e, após o trânsito em julgado, com comunicação decisória ao 1º serviço registral imobiliário, em Corumbá, para que proceda ao cancelamento matricular”, bem como “tutela executiva ‘lato sensu’ que consista em ordem para desintrusão da área toda da fazenda Paraíso (2.657 hectares).”

Na decisão de Id. 15250817 foi determinada a comunicação do Juízo Estadual da 1ª Vara Cível de Corumbá e do 1º Serviço Registral Imobiliário e Corumbá sobre a presente ação.

Em contestação, a parte requerida arguiu a ocorrência de prescrição, litisconsórcio passivo necessário com o Estado de Mato Grosso do Sul e inadequação da via eleita. Alega que o lote objeto do litígio é propriedade privada, argumentando que de acordo com a legislação da época os negócios jurídicos impugnados pela União eram legais. Afirmou que a União foi a responsável pela suposta sobreposição de matrículas. Na contestação, a ré negou ainda a existência de uma ilha fluvial. Impugnou ainda o argumento da autora com base na segurança militar e na presença indígena, aduzindo que os índios no local são “falsos”. Formulou ainda pedido contraposto para que a autora seja condenada a indenizar a ré em caso de procedência da demanda (id 16367523).

Manifestação do Ministério Público Federal opinando pela procedência da inicial e pela improcedência do pedido contraposto (id 17871810).

Réplica pela União com os seguintes argumentos: a) a contestação foi apresentada pelo herdeiro Mauro Gattass Pessoa, o qual seria parte ilegítima, devendo ser decretada a revelia;

b) o réu não faz jus à gratuidade da justiça; c) não é o caso de reconhecimento do litisconsórcio passivo necessário; c) é incabível pedido contraposto em procedimento especial instaurado em ação civil pública e, ainda que fosse juridicamente viável, os pedidos estariam prescritos (id 20865282).

Em manifestação de Id. 21115424 a procuradoria do Estado do Mato Grosso do Sul aduziu não ter interesse em ingressar no feito.

Foi determinada a intimação das partes para especificação das provas (Id. 21875135).

Manifestação da parte ré (Id. 22271884).

Manifestação da parte autora (Id 23290297).

Nova manifestação do MPF manifestando-se favoravelmente ao recebimento da peça da ré como contestação e pugnando pelo julgamento antecipado da lide (Id. 24843200).

Em decisão de Id. 25798605, foi determinado à União a juntada aos autos de peças relevantes da ACO 132 e da ação de despejo 0001683-25.1996.403.6004. Foi determinada ainda a expedição de ofícios para obtenção de informações sobre o título do imóvel objeto da ação. Foi, por fim, indeferido o pedido de produção de prova testemunhal e pericial.

Juntadas certidões oriundas do Cartório de Registro de Cáceres/MT (Id. 26198255) e de Corumbá/MS (Id. 27374980).

A autora apresentou nova manifestação no evento de Id. 29006939 trazendo esclarecimentos sobre a ACO 132. Na manifestação, a AGU aduziu que os objetos litigiosos do presente processo e da ACO 132 são distintos: enquanto neste feito discute-se a fazenda “Paraíso”, a ACO discutiu a fazenda “Bela Vista”, sendo que os fundamentos jurídicos dos pedidos também são distintos. O objeto jurídico da ação de despejo nº 0001683-25.1996.403.6004 também é a fazenda “Bela Vista”, imóvel distinto da fazenda “Paraíso”. Foram trazidas peças dos referidos processos.

Foram apresentadas alegações finais pelo MPF pela procedência do pedido (Id. 33552584). O *Parquet* alegou, em síntese, que: a) os indígenas Guatós, em meados do séc. XX, se refugiaram na Ilha Ínsua diante do avanço de criadores de gado, mas também esse local passou a ser alvo de invasões; b) a partir de 1957 os Guatós foram considerados extintos, mas algumas famílias permaneceram na Ilha Ínsua; c) no mesmo período o Exército se instalou no local; d) as impugnações trazidas pela ré se referem a uma área que não é a mesmo objeto da ACP; e) não restou comprovada a possibilidade jurídica da transação de aquisição do imóvel já que o primeiro título era nulo de pleno direito; f) o pedido contraposto não deve ser provido. Em síntese, segundo o MPF, “conclui-se que o réu detinha posse irregular da área, já que nula de pleno direito a alienação promovida pelo Estado de Mato Grosso do Sul (a non domino), em razão de a área pertencer à UNIÃO, já que localizada em ilha fluvial próxima à divisa com território estrangeiro. Além disso, o notório histórico de comunidade indígena no local, aliado à posição estratégica para o Exército, corroboram o interesse e domínio originário da UNIÃO sobre a área.”

A parte ré apresentou manifestação no evento Id. 33907844, alegações finais (Id. 34654574) e nova manifestação (Id. 34907971). Aduziu, dentre outros pontos, que: a) a prova documental trazida pela União deve ser desconsiderada por ter sido juntada a destempo; b) o Estado do Mato Grosso do Sul se beneficiou com a compra e venda; c) reiterou o pedido de litisconsórcio passivo necessário com o estado do MS; e) aduziu que o imóvel objeto do litígio não está em área de fronteira, não há indígenas no local nem é uma ilha. Reiterou, ademais, argumentos já apresentados em sede de contestação, quais sejam: a prescrição, a inadequa-

ção da via eleita e a inexistência de nulidade do título originário. Reiterou, ainda, o pedido contraposto.

Postulou a parte ré ainda para que sejam riscados dos autos expressões que reputa ofensivas.

Razões finais pela União, reforçando os argumentos já apresentados (Id. 35896355).

Nova manifestação pela parte ré juntando filmagens da área (Id. 39531542).

É o relatório.

Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Preliminares

a) Da inexistência de listisconsórcio passivo necessário

O litisconsórcio é necessário quando sua formação é obrigatória, o que ocorre quando o provimento jurisdicional de mérito se aplique de forma uniforme a todos os litisconsortes (litisconsórcio unitário) ou na hipótese de expressa previsão legal.

De modo geral, a doutrina estabelece que o litisconsórcio é necessário quando, além da hipótese de previsão legal, a natureza jurídica da relação de direito material determina o litígio em conjunto. São relações incidíveis do ponto de vista do direito material. Ademais, decorre da própria relação processual que determina que apenas as partes envolvidas no processo sofrerão seus efeitos diretos.

No caso dos autos, a parte ré aduz que o estado do Mato Grosso do Sul deveria ter integrado a lide pelo fato de ter sido o responsável pela alienação do bem litigioso em 16/01/1955. Esse fato, contudo, não tem como consequência a necessidade de se trazer o estado do Mato Grosso do Sul ao polo passivo, já que o que se discute é a nulidade absoluta da alienação.

Ora, eventual regresso por parte da parte ré pode ser discutido em outro feito, de modo que as sanções quanto à não ocorrência do litisconsórcio necessário previstas no art. 115 do CPC sequer se aplicam. O réu invoca ainda o instituto do chamamento ao processo, mas não demonstrou que se enquadra nas hipóteses do art. 130 do CPC.

Por derradeiro, como bem pontuado pela AGU, o objeto do processo é a nulidade da matrícula imobiliária, não havendo qualquer repercussão para além das partes envolvidas nesta lide. Eventual ação regressiva, de novo, deve ser ajuizada perante o estado do Mato Grosso do Sul em ação própria.

Assim, afastado a alegação de litisconsórcio necessário.

b) Da adequação da via eleita

Entendo que a via eleita é legítima para o pedido veiculado pela AGU.

Aduz o autor, em síntese, que o objeto do processo é a nulidade de um contrato administrativo de ente federal com particular. No entanto, há nos autos interesse público que vai além dessa relação que teria caráter eminentemente privado.

Inicialmente, vale mencionar a lição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sobre o processo coletivo:

Os processos coletivos servem à 'litigação de interesse público' (LIP); ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida,

a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, saúde, educação, bem como, na defesa de interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não dos habituais polos dessas demandas, credor/devedor), como das crianças e adolescentes, das pessoas institucionalizadas em hospitais e presídios, dos negros, dos índios, das mulheres, podem ser passíveis de serem veiculados como situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela através de ações coletivas que permitam a tutela molecular de todo o grupo. (Curso de Direito Processual Civil. V. 4. 10^a. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 34-35).

É justamente nesta chave que a presente demanda foi ajuizada: a AGU deixou bem claro que o pedido principal é a desconstituição do ato jurídico matricular, sendo este pedido fundado na premissa que os títulos contratuais são nulos de pleno direito. Essa nulidade, a seu turno, funda-se, entre outros motivos invocados pela autora e que serão analisados a seguir, no fato do objeto do processo ser, à época da alienação, bem da União. E, além da discussão sobre a ilha fluvial, a União pontua que sobre o local desenvolvem-se dois usos especiais: vigilância militar e usufruto indígena. O MPF, por sua vez, alegou com lastro em amplo material probatório que há interesse indígena na área merecedor de proteção (Id. 17871810).

Tais temas serão enfrentados com mais profundidade no decorrer na análise do mérito, mas não há dúvidas que os temas que fundam a pretensão trazida em juízo envolvem interesses coletivos de dimensão pública e, conseqüentemente, podem ser judicializados através de ações coletivas.

Desse modo, afastado a alegação de inadequação da via eleita.

c) Da não exclusão das provas documentais

Insurge-se a parte ré contra os documentos acostados pela União nos eventos de Id. 29006939 a 29006949. Sem razão.

Este juízo determinou à União a juntada de documentos relativos à ACO 132 e da ação de despejo 0001683-25.1996.403.6004 (Id. 25798605) e, de fato, a documentação impugnada está relacionada a essa determinação judicial. O que a União trouxe são peças e documentos relacionados às demandas em questão.

Além disso, em que pese a regra processual seja a apresentação dos documentos junto com a inicial ou a contestação, é possível a juntada posterior de documentos em casos previstos no CPC. Ademais, essa juntada deve ser pautada pelos princípios que regem o processo civil, em especial o contraditório, a ampla defesa e a não surpresa.

Como lembra Cândido Rangel Dinamarco, as provas documentais cuja apresentação é obrigatória no momento da propositura são aquelas indispensáveis para o ajuizamento da demanda. A juntada posterior é possível “(a) sempre que o retardamento não seja fruto de um espírito de ocultação premeditada e do propósito de surpreender o juízo ou a parte contrária (STJ) e (b) desde que o estado do procedimento permita” (Instituições de Direito Processual Civil. V. III. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 609-610).

De fato, no caso dos autos, as provas trazidas não trazem qualquer inovação à demanda, esclarecendo apenas temas relacionados ao objeto da ACO 132 e da ação de despejo 0001683-25.1996.403.6004 a distinção com relação à demanda em tela.

Assim, rejeito esse argumento defensivo.

2.2. Mérito

a) Prescrição

A alegação de prescrição se confunde com o mérito da presente demanda, já que o reconhecimento da nulidade dos títulos de transferência das propriedades objeto do litígio

afastariam o prazo prescricional. Isto porque, conforme jurisprudência do e. STJ, mesmo na vigência do CC/1916, o ato nulo não se convalida com o tempo, não é ratificável diante da inércia das partes, não produz nenhum efeito jurídico e, pois, não se submete à prescrição (STJ, REsp 1.093.079/RS, 3ª Turma, DJe 22/04/2010).

Desse modo, essa alegação será analisada em conjunto com o mérito da presente ação, de modo que o reconhecimento da nulidade absoluta implica a imprescritibilidade no caso.

b) Da nulidade da matrícula

Aduz a União na inicial que “[a] área rústica, com extensão de 2.657 hectares e denominada fazenda Paraíso, para a qual se procedeu, em 10 de outubro de 1996, à abertura da matrícula impugnada, foi objeto, como acima se adiantou, de duas sucessivas alienações a non domino: a primeira foi a venda, em 16 de janeiro de 1965, pelo Estado de Mato Grosso, a Hid Alfredo Scaff, e a segunda, a doação, em 30 de outubro de 1972, pelo casal Hid Alfredo Scaff e Luciana Cuiabano Scaff à donatária Lourdes Gattass Pessoa (cf. documentos em anexo 1), em razão de cujo falecimento, não fossem absolutamente nulas as duas alienações da área, transmiti-la-ia aos 5 herdeiros necessários.” (Id. 14914122, pág. 06).

Ainda de acordo com a inicial, havia um projeto para dominar a ilha Ínsua inteira com base na influência na política estadual. Alegou a União que “a Scaff Gattass & Cia, extinta em outubro de 1972 e cujos sócios eram Hid Alfredo Scaff, Jorge Scaff Gattass, José Miguel Scaff, Fauze Scaff Gattass e Lourdes Gattass Pessoa, conseguiu, em 26/01/1955, do então Governador do Estado de Mato Grosso, Fernando Correa da Costa, outorga de domínio sobre vasta área (9.657 ha.) ao norte da Ilha, à qual se denominou fazenda Bela Vista.” E prosseguiu, concluindo que “[d]ez anos mais tarde (em 16/01/1965), o sócio Hid Alfredo Scaff conseguiu semelhante título, outorgado pelo mesmo governador, trespassando-lhe área (2.657 ha.) ao sul da Ilha Ínsua, à qual denominou fazenda Paraíso; completava-se a titulação sobre a Ilha.” (Id. 14914122, pág. 18).

O principal fundamento invocado pela autora é, portanto, o da alienação a non domino, ou seja, executada por aquele que não é dono da coisa objeto do contrato.

É importante, de pronto, delimitar bem o objeto da lide, pois em diversos momentos do feito parece ter havido confusão, proposital ou não, sobre esse ponto. A União está impugnando a matrícula 20.097, relativa especificamente ao imóvel conhecido como “Fazenda Bela Vista”. Assim, não é objeto do processo nem a extinta transcrição nº 19.253, registrada em Cáceres/MT, nem títulos relacionados à “Fazenda Bela Vista”, a qual foi objeto da ACO 132 no Supremo Tribunal Federal e situa-se ao norte da ilha, onde se situa a gleba “A” da terra indígena Guató.

Pois bem. Na inicial os fundamentos dessa natureza da alienação foram apresentados a partir de uma contextualização histórica dos fatos. Segundo narrou a União, “[n]o tocante à primeira alienação, ela ocorreu durante o segundo mandato (de 31/01/1961 a 30/01/1966) do então governador Fernando Corrêa da Costa, sob cuja administração era costumeiramente adotada a ‘venda’ como tipo contratual de alienação, pelo Estado de Mato Grosso, das terras que, a seu talante, reputava devolutas estaduais, a exemplo da venda, durante seu primeiro mandato, da área denominada fazenda Bela Vista à sociedade comercial Scaff Gattass & Cia (...), na mesma ilha da União, em que localizada a fazenda paraíso, coisa litigioso nesta demanda.”

Esse argumento é assento em algumas premissas a respeito do objeto das alienações. Aduz a autora que “[a] área de 2.657 hectares, registrada com a denominação de fazenda Paraíso na matrícula nº 20.097 e primeiramente alienada pelo Estado de Mato Grosso a Hid Alfredo Scaff em 16.01.1965, sempre foi um pedaço da superfície de terra na Ilha secularmente conhecida como ‘Ínsua’, circundada pelas águas navegáveis do rio Paraguai e localizada a bem menos de 10 léguas da divisa com a Bolívia, em Corumbá.”

Tratando-se de uma ilha fluvial, sua propriedade, já sob a égide da Constituição de 1946, era da União nos termos do art. 1º, “c”, do Decreto-Lei nº 9.760/1946. Aliás, vale anotar aqui que a peça inaugural da União faz uma detalhada reconstituição do regime dos bens públicos federais, sendo desnecessária sua reprodução nesta sentença, bastando apenas consignar que, à época dos fatos impugnados, ilhas fluviais eram bens da União.

Vale mencionar, especificamente, o art. 34, I, da Constituição então vigente:

Art 34 - incluem-se entre os bens da União:

I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

E a farta documentação trazida com a inicial não deixa dúvidas que o imóvel está situado em uma ilha fluvial com essas características, o que se conclui a partir dos diversos mapas cartográficos que demonstram onde está situada a “Fazenda Paraíso”, local que sempre foi circundado pelas águas navegáveis do Rio Paraguai e localizada em região de fronteira com a Bolívia. A esse respeito, o mapa da pág. 2 do Id. 14914131 é especialmente esclarecedor.

Destaco, ainda, o parecer no Processo 173/63, da lavra do Gen. Raul Silveira de Mello, o qual não deixa dúvidas que na época dos fatos, o local era domínio da União. Esclarece ainda que a Ilha Ínsua é formada “pelo Rio Paraguai, a leste, pela lagoa Uberaba, ao Norte, pelo canal ligando a lagoa Uberaba ao Rio Paraguai, a Nordeste, e pelo Canal Pedro II, a Oeste”, e prossegue afirmando que “[a] ilha, contudo – toda a ilha – com suas 9.700oha de superfície, foi titulada em 1955 pelo Governo do Mato Grosso, à firma Scaff Gattass & Cia, de Cáceres” (Id. 14914129, pág. 35).

Em documento contemporâneo ao presente processo denominado “Apresentação da Ilha Ínsua”, o local é assim descrito (Id. 14914131, pág. 1):

A ilha Insua está localizada a cerca de 300 Km por via fluvial da cidade de Corumbá/MS, na divisa entre os estados Mato Grosso do Sul e Mato Grosso.

O território insular é banhado a leste pelo rio Paraguai (que liga MS a MT) e a oeste pelo canal Dom Pedro II (que proporciona acesso ao Pelotão Especial de Fronteira de Porto do Índio). Para chegar ao local por aquavia deve-se, obrigatoriamente, transpor a lagoa Gaíba (ao sul).

Além disso, a partir da manifestação de Id. 29006939 e a documentação pertinente, especialmente aquela relativa à ACO 132, infere-se que a “Fazenda Paraíso”, objeto deste processo, e a “Fazenda Bela Vista”, objeto do feito que tramitou no STF, são imóveis distintos, mas ambos estão localizados na mesma ilha fluvial.

Este ponto merece ser explorado, já que um dos pontos defensivos é, justamente, a alegação que não se trata propriamente de região de fronteira. Em seu voto na ACO 132, o Exmo. Min. Aliomar Baleeiro assim explorou o tema:

O título expedido pelo Governador de Mato Grosso, em 26.11.55, testemunha que essa Unidade da Federação vendeu aos réus 10.000 há de terras em Bela Vista, Município de Cáceres, configurando a área um polígono irregular, achando-se os respectivos marcos colocados, o 1.0, na barra do Canal Pedro II com o Rio Paraguai (margem direita) e os outros em diferentes pontos dos canais que derivam para esse curso d’água, e ainda neste, como tudo consta de memorial

e planta, esta às fls. 35. Nela se vê, como na de fls. 6, que a área é circundada de água em todo o polígono, exceto pequena reta entre o Canal Paivarim e o Rio Paraguai (estações 22 e 23). Trata-se, parece, de área sem rio que separa o Brasil da Bolívia nesse trecho de seu curso. É essa área que a inicial descreve e reivindica, por estar situada na chamada faixa de fronteira e, exatamente numa ilha limítrofe, onde a União mantém destacamento do Exército, tendo construído quartel e casas para os soldados.

11. Embora não houvesse sido requerida qualquer perícia, não há juridicamente dúvida sobre a individualização do imóvel. Os réus não contestam a situação e confrontação do polígono de terras quase todo compreendido entre a margem direita do Rio Paraguai e os canais ou braços de rio adjacentes. Nem podem contestar fato certo, histórico, notório e oficialmente proclamado de que o Rio Paraguai constitui uma das linhas de fronteiras do Brasil com as nações vizinhas ao Oeste. Nesse ponto, militam a favor da Autora os arts. 209 e 211, do Código de Processo Civil. (...)

IV. A Constituição Federal de 1946, em cuja vigência Mato Grosso vendeu as terras aos réus, inclui no rol de bens da União, as ilhas fluviais nas zonas limítrofes com outros países e a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, etc.

É incontestável, nem foi contestado pelos réus, que a área comprada por estes, em 1955, constitui parte duma ilha fluvial na zona limítrofe com outro país. Além disso, estava na faixa de fronteira desde a delimitação da lei de 1850 até os diplomas em vigor ao tempo da venda celebrada por Mato Grosso.

O art. 5º do Decreto-lei n.9.760, de 5.9.46, que regula de modo geral os bens da União, conceitua, no art. 5.º, as terras devolutas na faixa de fronteira, e em nenhuma das suas categorias poderá ser enquadrado aquele polígono que o estado vendeu aos réus, sem ter o domínio dele. A Lei n. 2.597, de 13.9.55, alargou a faixa nacional de terras devolutas ao longo das fronteiras das 10 léguas, da Lei de 1850 e Decreto de 1854, ou 66 quilômetros, para 150 km. Mas isso é irrelevante para o caso concreto, porque a área disputada está à margem do rio divisório, o Paraguai, numa largura de menos de 10 km.

Situadas à margem desse Rio Paraguai, que divide o Brasil do território de outros países, as terras negociadas com os réus eram, sem sombra de dúvida, bens patrimoniais da União, os quais Mato Grosso não poderia arrogar-se a dono, nem muito menos vender como devolutas do estado.

Repito, no entanto, que a ACO 132 tem por objeto uma Fazenda distinta, qual seja, a Fazenda Bela Vista. Todavia, trata-se de imóvel situado na mesma ilha fluvial que a Fazenda Paraíso, o que tornam importantes as considerações tecidas na referida ação constitucional. Conferir, a esse respeito, os mapas das páginas 1 e 2 do documento de Id. 14914136.

Ora, neste sentido, os negócios jurídicos que deram causa à matrícula impugnada são nulos de pleno direito. Como bem ressaltado pela União em sua inicial, há no caso um vício com relação ao objeto da alienação, já que o ordenamento jurídico à época proibia a alienação de área de domínio federal. Mesmo é o destino da segunda alienação, já que se trata de vício que não se convalesce.

Aliás, sobre esse ponto, na ACO 132 o E. STF consignou que sequer a usucapião serviria para socorrer ao réu, já que bens públicos federais não podem ser adquiridos por esta forma originária de aquisição da propriedade, inclusive por força do Decreto-Lei nº 9.760/46 vigente em 1955.

Além do fato do local ser domínio da União, há outros dois argumentos importantes. O primeiro é que se trata de terra tradicionalmente ocupada por indígenas. Como comprovado pela União, a matrícula nº 24.809 se refere a uma área indígena cuja demarcação foi homolo-

gada pelo Decreto presidencial, expedido em 10/02/2003 e publicado (D.O.U) em 11/02/2003, o qual teve por objeto também a área da matrícula 24.808.

E, como bem demonstrado nos mapas do documento de Id. 14914139, há sobreposição entre a área da matrícula nº 24.809 e a Fazenda Paraíso.

Além disso, como desenvolvido pelo MPF no substancial documento trazido com o parecer de Id. 17871810, os Guatós passaram por um brutal processo de desterritorialização, inclusive graças “alienação” de terras federais que ocorreram no passado em franco desacordo com a legislação.

Como apontou o MPF em sua reconstrução histórico-antropológica desse povo, após a Guerra do Paraguai o território indígena começou a ser progressivamente ocupado para exploração econômica, fazendo com que muitas famílias se vissem obrigadas a procurar refúgio em locais distantes e de difícil acesso para os criadores de gado.

No séc. XX, contudo, mesmo a Ilha Ínsua, que tinha havia se convertido em um local de proteção para a etnia Guató, passou a ser alvo de invasão por fazendeiros, diminuindo consideravelmente a mobilidade da população indígena local e seus próprios costumes. Além disso, aqueles que se recusavam a trabalhar para os fazendeiros locais se viram obrigados a migrar para outros locais, inclusive para a cidade.

Por conta disso, a partir de 1957 os Guatós passaram a ser considerados extintos. Esse estado de extinção perdurou até 1976, quando a população passou a se reorganizar e lutar pelo próprio reconhecimento e reterritorialização, o que deflagrou embates pela demarcação das terras indígenas.

É importante destacar, deste modo, que a alienação das terras tradicionalmente ocupadas por este povo à revelia de seus interesses insere-se neste contexto de absoluto desrespeito aos direitos dos povos indígenas seja pelos fazendeiros que expulsaram os grupos, seja pelo próprio Estado, que patrocinou, muitas vezes de forma direta, essas violações, em especial durante o período da Ditadura Militar, a qual violou de forma sistemática os direitos dos povos indígenas (a esse respeito, v.g., “Os fuzis e as flechas: História de sangue e resistência indígena na ditadura”, de Rubens Valente).

Estes fatos, contudo, não podem ser referendados pelo Poder Judiciário, principalmente porque a própria Constituição Federal de 1988, cuja constituinte contou com a contribuição de indígenas nos debates, consagrou a proteção dos territórios tradicionalmente ocupados em seu art. 231. O texto constitucional consagra a ideia que os direitos indígenas possuem um caráter originário, independentemente assim de qualquer demarcação que possui caráter meramente declaratório.

Como bem ponderado pelo MPF, é certo que quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o STF adotou a teoria do fato indígena, segundo a qual a posse indígena deve ser aferida quando da promulgação da Constituição de 1988. No entanto, além do fato que este caso constitui um precedente que não possui caráter vinculante, apesar de não poder se ignorado, é importante ter em mente que a posse não deve ser avaliada de acordo com o conceito civilista, mas sim a partir das características culturais e sociais dos povos indígenas, bem como o momento histórico específico. Trago, a este respeito, as seguintes considerações de Robério Nunes dos Anjos Filho:

“Importante frisar, ainda, que muitas áreas se encontravam na posse de terceiros na data da promulgação da constituição devido a violências e espoliações cometidas contra os índios. Nesse ponto, não se pode olvidar que a Constituição afirmou que são nulos e extintos os atos de uso, domínio ou posse incidentes sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Aqui

se trata de posse no conceito civilista comum, já que a Lei Maior dirige-se aos não-índios. Esse raciocínio é agasalhado ainda pela posse permanente dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, bem como pela imprescritibilidade dos direitos indígenas (art. 231, §§ 3º e 4º). Está claro que o fato de alguém, não-índio, estar na posse de uma terra, em qualquer tempo, não afasta a ocupação tradicional indígena. Isso se aplica não só em relação às posses dos não índios sobre terras tradicionais indígenas que existiam em 05.08.1988 mas também àquelas que ocorrerem posteriormente ou que venham a ocorrer no futuro.” (Comentários à Constituição Federal de 1988 (org. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber Agra). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2409).

Ora, no caso dos autos, como bem demonstrado pelo MPF, os Guatós foram vítimas de inúmeras violações e espoliações, não sendo razoável invoca-las como modo de negar o acesso ao próprio território. Há registros de lutas pelo acesso a esse território desde antes de 1988.

Aliás, o território indígena não se resume ao local onde a comunidade efetivamente vive. O território indígena abarca também, como já mencionado, o local onde se desenvolvem as demais atividades culturais, sociais e de subsistência da comunidade. Por isso, a área da Fazenda Paraíso que se sobrepõe à demarcação é reconhecidamente importante para os Guatós.

Assim, entendo que não assiste razão à parte ré que reiterou alguns estereótipos típicos desta região ao alegar que os membros da etnia Guató são “índios falsos”, invocando inclusive vídeos de cunho político e absolutamente desvinculados da realidade.

Neste caso, também é importante um recurso a precedentes internacionais, já que é dever também dos tribunais nacionais aplicar tratados internacionais de direitos humanos, promovendo-se um Diálogo das Cortes.

Como lembra André de Carvalho Ramos, “no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos. No plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional”. Assim, é importante o controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional.

Nos casos Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai e Massacre Plan de Sánchez Guatemala, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) reconheceu que o direito à propriedade privada previsto no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) possui um significado especial para os povos indígenas.

Na interpretação dada pela CtIDH, a propriedade comunal das terras ancestrais possui funções que abarcam a preservação da identidade cultural e sua transmissão às gerações futuras. Essa interpretação decorre não apenas do texto da CADH, mas também de outros tratados internacionais de direitos humanos sobre o tema, em especial a Convenção nº 169 da OIT, a qual contém diversas disposições que têm relação com o direito à propriedade comunal das comunidades indígenas.

Segundo a CtIDH, “[a] cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural” (Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, Sentença, 135).

Isso significa que o reconhecimento dos costumes tradicionais desses povos, inclusive o acesso do território para caça, coleta e pesca – atividades que, como apontado pelo MPF, foram

sistematicamente negadas aos Guatós nas últimas décadas-, está ligado à própria garantia do direito de propriedade comunal nos termos do art. 21 da CADH, não podendo ser pensado de forma abstrata ou desvinculada com a realidade dos povos indígenas.

Isso significa que, ao violar o direito de propriedade comunal destes povos indígenas, o Estado brasileiro agiu de forma contrária à Convenção. Foi privilegiada a propriedade privada em detrimento da comunal, quando a CtIDH se manifestou no sentido de que “a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares pode ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista no sentido da Convenção Americana” (Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, Sentença, 148).

É claro que, como colocado pela própria CtIDH, isso não significa que em todo conflito deverá prevalecer a propriedade comunal indígena. O que se coloca é que, sempre que possível, deve ser privilegiado o acesso ao território, aqui compreendido na sua mais ampla acepção.

O segundo argumento é que o local é importante para a segurança. Estes detalhes são trazidos no documento juntado com a inicial intitulado “Apresentação da Ilha Ínsua” (Id. 14914131, pág. 6):

No item anterior foram apresentadas as atividades militares realizadas em Bela Vista e suas imediações, bem como sua importância estratégica na ligação entre os estados de MS e MT. A ocupação irregular da Fazenda Paraíso influi negativamente cada um dos aspectos comentados, proporcionalmente ao grau de intensidade da atividade econômica praticada no empreendimento particular. Atualmente esta atividade é a criação de gado para corte, porém existem poucos animais. Até porque seria um risco econômico realizar um grande investimento em área que não se detém a posse legal. Todavia, caso a posse dessa área seja transferida em definitivo para terceiros particulares, não há como se prever quais empreendimento econômicos serão efetivados no futuro (pecuária extensiva, turismo por meio da instalação de hotel Fazenda, entre outros), o fato é que restará prejudicada as ações de segurança na faixa de fronteira.

No mesmo documento, são detalhados os impactos para a segurança nacional decorrentes da Fazenda Bela Vista, a qual encontra-se também na Ilha Insua, mas é distinta do imóvel objeto deste processo, tendo sido objeto da ACO 132. Em suma, afirma-se que: a) a Bela Vista tem importância estratégica para o controle da navegação fluvial entre os estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; b) os militares utilizam esse local para combate a crimes ambientais e transfronteiriços; c) o local é explorado por turistas, de modo que a presença militar traz mais segurança aos presentes. Tais argumentos possuem reverberação, como já mencionado, para a Fazenda Paraíso, que está na mesma ilha fluvial.

É interessante consignar que houve, no caso, uma sobreposição de matrículas, já que a matrícula objeto do processo sobrepõe-se, ainda que em parte, em domínios da União. Esta questão da sobreposição, aliás, foi devidamente detalhada na inicial:

77. *A matrícula impugnada (nº 20.097), referente à denominada fazenda Paraíso, sobrepõe-se, pelos seus dados topográficos, aos que constam de duas matrículas vigentes e em nome da União, sobrepondo-se, simultaneamente, ora em parte de uma, ora na totalidade da outra matrícula da União.

78. Da matrícula nº 19.854 retira-se área de 3.240 hectares em que o Exército mantém a sede de destacamento especializado na atividade de vigilância da segurança nacional: o pelotão especial de fronteira de Porto Índio, integrado por 40 militares, em substituição bimestralmente.

79. A prevenção e repressão a crimes internacionais, a exemplo do tráfico de drogas e ambientais, além do monitoramento da utilização aquaviária na região (em auxílio à Marinha), fazem-se pela atuação diária desses militares especializados; em pouco mais da metade dessa área militar, ocorre sobreposição da matrícula nº 20.097, ou seja, sobreposição parcial.

80. No tocante ao restante de área dessa matrícula impugnada, ocorre sobreposição total para com a matrícula nº 24.809, que documenta a demarcação administrativa de 1.434,4652 hectares de terra indígena Guató (art. 231 da CF) ao sul da Ilha Ínsua e identificada como Gleba indígena “B”.

Em suma, por diversos ângulos restou devidamente comprovado pela parte autora que a matrícula objeto do processo funda-se em alienações a non domino, já que a área objeto sempre foi domínio da União.

Assim, de rigor o provimento da ação para a anulada a matrícula imobiliária nº 20.097. E, tratando-se de ato nulo de pleno direito, não há que se falar em prescrição.

c) Do pedido contraposto

Não deve ser dado provimento ao pedido contraposto. Não há como, pela própria natureza das terras indígenas, declarar-se a nulidade da demarcação administrativa. Como aponta a própria Constituição Federal em seu art. 231, § 6º, esses títulos privados que estão em terras indígenas são nulos de pleno direito. Não houve assim, como argumentou o MPF, qualquer propriedade privada desrespeitada. Ao contrário: houve ocupação privada indevida de área pública, conforme já apontado acima.

A União trouxe documentos, ademais, que quando do início da regularização da terra indígena dos Guató em 1977, havia apenas um único ocupante não indígena de boa-fé no local (Id. 14914129, pp. 25-27). Assim, não há indícios que a ocupação ocorreu de boa-fé, o que seria imperioso para qualquer tipo de indenização nos termos do texto constitucional.

Os argumentos trazidos pela parte ré, na verdade, são genéricos e não entram os detalhes necessários, não tendo se desincumbido do ônus de comprovar a nulidade do procedimento demarcatório.

Também não é o caso de reconhecimento de qualquer indenização. Como já amplamente demonstrado nesta sentença, as alienações sucessivas são nulas de pleno direito. Eventual argumento sobre a aquisição da propriedade – que, represso, não poderia ter sido alienada – deve ser ajuizada no foro adequado contra o ente federativo que, à época, fez a alienação a non domino.

A União, a este respeito, deixou claro que não está impugnando, de forma direta, os contratos particulares, mas sim a matrícula em si. Daí porque não e mostra adequada, do ponto de vista processual, a ampliação da lida proposta pela parte ré.

d) Das expressões reputadas ofensivas

Também entendo que não assiste razão à parte ré quanto à ocorrência de expressões ofensivas. Em que pese a União pudesse ter articulado seus argumentos em termos mais técnicos, as expressões utilizadas não extrapolaram o razoável, não sendo o caso, assim, de se determinar que sejam riscadas dos autos.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, com fundamento no art. 487, I, do CPC, para anular a matrícula imobiliária nº 20.097, registrada no Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Corumbá/MS. Julgo IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTRA-POSTOS, igualmente com fulcro no art. 487, I, do CPC.

Defiro o pedido de desintrusão da área com fulcro no art. 497 do CPC. Tratando-se de área estratégica do ponto de vista de segurança e que constitui, em parte, terra tradicionalmente indígena, deve ser dada destinação adequada ao local. Todavia, considerando o período de ocupação, entendo razoável que seja concedido um prazo exequível para a medida. Assim, determino que a desocupação seja feita em 120 (cento e vinte) dias contados da intimação, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento.

Oficie-se ao Juízo Estadual da 1ª Vara em Corumbá/MS, nos autos do inventário nº 0104826-05.2007.812.0008, informando-o da presente sentença.

Após o trânsito em julgado, comunique-se o Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Corumbá/MS para a anulação da matrícula.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo no valor de 10% (dez por cento) do valor da causa. Defiro o pedido de gratuidade de justiça à parte ré. Anote-se.

Sentença não sujeita ao reexame obrigatório.

Transitada em julgado esta sentença, ao arquivo.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Corumbá, MS, 16 de dezembro de 2020.

Juiz Federal Substituto DANIEL CHIARETTI

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001430-83.2019.4.03.6120

Autora: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO

Réu: SERGIO TERUAKI TAKAHASHI

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/09/2020

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação de cobrança proposta pela Companhia Nacional de Abastecimento – Conab contra Sergio Teruaki Takahashi, por meio da qual a autora busca a condenação do réu ao pagamento de multa aplicada por infração cometida em leilão do Prêmio Equalizador Pago ao Produtor Rural – Pepero. Em resumo, a inicial (Num. 16405690) narra que em 2013 o réu participou de leilão de Pepero, comprometendo-se a vender e escoar 17.220 caixas de laranja produzidas no Sítio Nossa Senhora Aparecida. Todavia, fiscalização da Conab constatou que a mesma propriedade foi indicada em outras quatro operações do Pepero por outros produtores, sendo que o volume arrematado superava em muito a capacidade produtiva do Sítio Nossa Senhora Aparecida. Em razão disso, a operação foi cancelada e resultou na cominação de multa. A penalidade foi imposta após a conclusão de processo administrativo que se pautou pela observância das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Na contestação (Num. 22935829) o réu arguiu preliminar de prescrição, uma vez que decorridos mais de três anos entre a suposta infração e o ajuizamento da ação de cobrança. Ressalta que a pretensão está fulminada pela prescrição mesmo se aplicado o prazo quinquenal. No mérito, defendeu a regularidade da operação do Pepero. Sustentou que a produtividade do Sítio Nossa Senhora Aparecida era suficiente para o fornecimento do volume arrematado pelo requerido e por seu sócio Rodrigo Albano, ambos arrendatários dessa propriedade. Alegou que “se posteriormente, outros produtores resolveram arrematar nos leilões que sucederam, utilizando parte da sobra da produção da propriedade (Sítio Nossa Senhora do Quinhão 1), bem como frutas tidas como “temporãs”, e ainda, utilizaram frutas de terceiros para entrega em seu nome, justo seria que cada qual respondesse na medida e proporção de cada operação, devendo ser analisado o caso concreto e verificado se é o caso de cancelamento das operações e aplicações de sanções”. Ponderou que eventual irregularidade é inexpressiva, de modo que cabível a aplicação do princípio da insignificância.

Em réplica (Num. 32499252) a autora afirmou que “o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da ação da Administração contra o infrator é a constituição definitiva do crédito, que se dá com o término do processo administrativo de apuração da infração e constituição da dívida”. No mais, reforçou os argumentos expostos na inicial.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Começo pelo exame da preliminar de prescrição levantada pelo réu, que consiste em definir o prazo aplicável e a forma de contagem desse prazo.

Quanto ao primeiro aspecto, a natureza pública da operação questionada, promovida por empresa pública que atua na prestação de serviço próprio do Estado, sem a exploração de atividade econômica visando o lucro, atrai a incidência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.

No que diz respeito à forma de contagem, a prescrição se regula pela Lei 9.873/1999, que estabelece três prazos para a constituição da penalidade: (i) cinco anos para a deflagração do processo administrativo de apuração da infração, contados da prática do fato; (ii) três anos para o impulso do processo administrativo paralisado, pendente de julgamento ou despacho (prescrição intercorrente) e (iii) cinco anos para a execução da penalidade, contados do encerramento do processo administrativo.

No caso dos autos, os documentos que acompanham a inicial revelam que em 05/11/2013 o réu foi notificado de irregularidades identificadas por técnicos da Conab, referentes ao Pepro, e poucos dias depois apresentou defesa. Em 21/03/2014 foi proferida decisão que rejeitou a defesa e confirmou a imposição da multa (Num. 16406039). Na sequência, em abril de 2014, o autuado recorreu da cominação da penalidade (Num. 16406046). O recurso foi desprovido por decisão de janeiro de 2015 (Num. 16406047, a partir da p. 5), da qual o autuado foi intimado no mesmo mês (Num. 16406050). Como a multa não foi recolhida, em 20/05/2019 a Conab ajuizou a ação de cobrança.

Como se vê, a apuração administrativa foi deflagrada antes do decurso de cinco anos contados da data do fato, o processo administrativo não ficou paralisado mais de três anos aguardando decisão e a ação de cobrança foi ajuizada antes de cinco anos após a constituição definitiva do crédito.

Superada a prefacial, passo ao exame da questão de fundo.

O Prêmio Equalizador Pago ao Produtor Rural — Pepro é um subsídio estabelecido para assegurar a viabilidade econômica de determinados setores rurais. Trata-se de um programa de sustentação de preços, viabilizado por um complemento pago ao produtor que se proponha a vender determinado produto pela diferença entre o valor de referência estabelecido pelo governo (preço mínimo) e o valor do prêmio equalizador arrematado em leilão. No caso do leilão de Pepro para laranja nº 16/2013, o edital estabelecia que o preço de referência da caixa seria de R\$ 10,10 e o valor máximo do prêmio de R\$ 4,20 por caixa, com volume limitado a 40 mil caixas por participante.

No caso dos autos, o requerido arrematou um prêmio de R\$ 4,0010 por caixa de laranja, para um volume de 17.220 caixas, o que corresponde a um prêmio de R\$ 68.897,22. O formulário de inscrição informava apenas uma área de plantio, no caso o Sítio Nossa Senhora Aparecida do Quinhão I (Num. 16406029), localizado em Itápolis, com área de 30 hectares. Ocorre que essa mesma área foi cadastrada em cinco inscrições no leilão, pelos produtores Marcio Fernando Florido (40 mil caixas), Rodrigo Albano Pinheiro (16.210 caixas), Sergio Teruaki Takahashi (17.220 caixas), Eliana Aparecida Micheletti (18.440 caixas) e Marcos José Florido (25.320 caixas). Ou seja, a julgar pelos documentos apresentados pelos arrematantes, a produção do Sítio Nossa Senhora Aparecida na safra de 2012/2013 deveria corresponder a no mínimo 117.190 caixas de laranja.

Todavia, a fiscalização da Conab apurou que não havia como o Sítio Nossa Senhora Aparecida produzir as caixas de laranja comprometidas pelos arrematantes, a começar pelas modestas dimensões da área, que soma apenas 30 hectares. Levando em consideração a estimativa de produtividade de 68 mil quilos por hectare informada no Demonstrativo de Lavoura Cultivada apresentado pelo arrematante Sergio Teruaki Takahashi (Num. 16406029), a área

poderia render 50 mil caixas de laranja. Esse volume é menor do que o arrematado pelo réu, porém é menos da metade do total de caixas arrematadas nas cinco operações incidentes sobre a mesma área.

Na fase administrativa o requerido justificou o descompasso entre a capacidade total da área e o volume comprometido em leilão na existência de “arrendamento verbal”, sem esclarecer quantas caixas efetivamente saíram do Sítio Nossa Senhora Aparecida e quantas resultam de outras propriedades que o arrematante explorava mediante ajuste regido pelo fio do bigode. A despeito de não estar amparada em elementos concretos e carecer de dados precisos sobre a área, localização e o volume de laranjas que saíram de outras glebas, a justificativa é plausível. Sendo incontroverso que a maior parte das laranjas comercializadas em nome do réu e de outros quatro arrematantes não saiu do Sítio Nossa Senhora Aparecida, por certo foi produzida em outra propriedade. Todavia, isso não afasta a infração ao leilão, senão a confirma.

A participação no leilão do Pepro implica a aceitação das regras da seleção pública, veiculada por meio de aviso que na essência repete o regulamento do programa. E segundo essas regras, na inscrição o licitante deve informar a propriedade de produção, por meio do Demonstrativo de Lavoura Cultivada e comprovar o escoamento dos produtos por meio do Documento Confirmatório da Operação, que por sua vez deve estar amparado em notas fiscais das operações de compra pela indústria. E tanto o Demonstrativo de Lavoura Cultivada quanto o Documento Confirmatório informam que toda a laranja escoada nos termos do Pepro saiu do Sítio Nossa Senhora Aparecida, o que não corresponde à verdade, conforme o próprio arrematante admitiu.

Melhor sorte não assiste ao réu quando tenta se imunizar das irregularidades constatadas pela Conab, imputando o descompasso entre o volume comprometido e a capacidade produtiva do Sítio Nossa Senhora Aparecida aos outros quatro produtores que arremataram prêmios no mesmo leilão do Pepro. O requerido pondera que “Se posteriormente, outros produtores resolveram arrematar nos leilões que sucederam, utilizando parte da sobra da produção da propriedade (Sítio Nossa Senhora do Quinhão 1), bem como frutas tidas como “temporãs”, e ainda, utilizaram frutas de terceiros para entrega em seu nome, justo seria que cada qual respondesse na medida e proporção de cada operação, devendo ser analisado o caso concreto e verificado se é o caso de cancelamento das operações e aplicações de sanções”.

A justificativa por si só é frágil, uma vez que não veio acompanhada de outros elementos que não a palavra do interessado, o que é pouco, é quase nada. Ademais, a análise da alegação no contexto geral torna ainda mais difícil aceitar a tese segundo a qual, na perspectiva do produtor, as irregularidades relacionadas ao lote dizem respeito apenas a terceiros. É que a mesma argumentação consta nas contestações dos arrematantes Rodrigo Albano Pinheiro e Marcio Fernando Florindo, também enredados no mesmo tipo de irregularidade. Não há como aceitar que os três arrematantes sejam simultaneamente responsáveis e inocentes pelas irregularidades apontadas pela Conab.

Também não procede a tese de inexpressividade da lesão causada à administração pública. O próprio regulamento do Pepro cuida de definir o que se pode entender por inexpressividade da lesão, que se limita à diferença de até 5% entre o volume arrematado e o efetivamente entregue. No caso dos autos, contudo, as irregularidades levantadas pela Conab acarretaram o cancelamento integral da operação e cominação de multa, ambas punições cabíveis à hipótese de fraude ao Pepro.

Tudo bem pesado e medido, se conclui que o réu não foi bem-sucedido em infirmar as irregularidades que fundamentaram a cominação da multa, de modo que a penalidade deve ser confirmada.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE O PEDIDO extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC, para o fim de condenar o réu a pagar à Conab multa no valor de R\$ 14.427,16, atualizada até 12/04/2019 e corrigida a partir daí até o pagamento pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês, sem capitalização.

Condeno o réu ao pagamento das custas e de honorários à Conab, que fixo em 10% da condenação. A condenação ao pagamento das custas abrange o ressarcimento das custas adiantadas pela autora quando do ajuizamento da ação.

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

Publique-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5000485-29.2020.4.03.6131

Autor: CLAUDINEI APARECIDO TEIXEIRA
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/11/2020

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, com pedido liminar, proposta por CLAUDINEI APARECIDO TEIXEIRA em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF que tem por objeto a obtenção de provimento jurisdicional que garanta saque integral de verbas depositadas junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, gerido pela instituição ré. Para tanto, argumenta, em suma, que com o caótico quadro econômico-financeiro gerado a partir da pandemia do COVID-19, com decretação do estado de calamidade pública (Dec. Legislativo n. 06/2020), há a possibilidade de ser realizado o saque integral do FGTS, o qual aduz ser direito dos trabalhadores (art. 7º, III, CF), sendo possível o empregado sacar integralmente o saldo da sua conta vinculada, com base no sopesamento de princípios constitucionais e pela própria finalidade do FGTS.

Liminar indeferida por força da decisão que se encontra registrada sob o id n. 37479313.

Contestação da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF (id n. 38404213), em que articula preliminares de ausência de interesse processual e prescrição. Quanto ao mérito, sustenta a improcedência do pedido inicial, fundamentada na ausência de previsão para saque na hipótese divisada na inicial, no argumento de que a postulação invade providência reservada aos demais poderes da República, intangível ao Poder Judiciário, e argumentam com o risco para a integridade econômico-financeira do Fundo Gestor do FGTS. Puga pela improcedência do pedido.

Vieram os autos.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, cumpre afastar a arguição de ausência de interesse processual deduzida com a resposta da requerida, na medida em que, em primeiro lugar, a edição da MP n. 946/20 não esvazia e nem prejudica o objeto da lide ora posto em discussão. O âmbito do pedido aqui deduzido é muito mais extenso e abrangente que a hipótese de saque regulamentada através da MP em questão, já que postula o direito ao saque de forma ampla, ao revés do formato condicionado, limitado e restritivo divisado no ato normativo aqui em causa. De mais a mais, cediço que a Medida Provisória é um ato normativo de natureza precária, temporária (o próprio nome a tanto faz referência), pode não se converter em lei, o que não ocorre com uma postulação de parte que venha a ser acatada em definitivo pelo Poder Judiciário. Irrelevante, portanto, para o contexto dos direitos discutidos em lide, tenha sido editada uma MP, pelo Governo Federal, a fim de regulamentar a matéria. A lide aqui vertente supera e aprofunda o trato da questão, para possibilitar o saque em circunstâncias e valores não divisados pelo administrador Público. Com tais considerações rejeito a preliminar.

Por outro lado, veja-se que a preliminar de inadequação da via processual eleita pela parte resta integralmente superada a partir da adequação do rito procedimental para ação de cognição pura, processada sob rito comum.

Dito isto, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há outras preliminares a decidir, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Desnecessária a confecção de quaisquer outras provas, tendo em vista a natureza, da lide, os autos estão em termos de julgamento, nos termos do que dispõe o art. 355, I do CPC.

Na linha daquilo que já se ponderava quando da apreciação da postulação liminar da requerente, afigura-se inviável a concessão do quanto requerido no âmbito da presente demanda.

Malgrado possa, pessoalmente, comungar de compreensão diversa acerca dessa questão, o certo é que – sobre o tema – sobreveio manifestação recente, oriunda do C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proferida no âmbito de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's n. 6371 e n. 6379), em que se chancela o entendimento de que, ainda que se reconheça que o art. 20 da Lei n. 8.036/1990 permita a movimentação do FGTS em caso de necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, seria necessária a, *verbis*:

“(...) regulamentação do referido dispositivo, de modo a viabilizar o exercício do direito subjetivo. No caso, o regulamento existente, quando do ajuizamento da ação, aparentemente não se aplica ao caso de pandemia mundial, como a reconhecida pelo Decreto de Calamidade Pública do Congresso Nacional. Ocorre que, após a distribuição desta ADI, o Presidente da República editou Medida Provisória buscando regulamentar o saque do FGTS para o caso da Pandemia Mundial da Covid-19, conforme informações apresentadas pelo Congresso Nacional e pela Presidência da República” (g.n.).

[MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.371 DISTRITO FEDERAL; RELATOR :MIN. GILMAR MENDES; REQTE.(S) :PARTIDO DOS TRABALHADORES; INTDO.(A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA; PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO; INTDO.(A/S) :CONGRESSO NACIONAL; AM. CURIAE. :CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF; AM. CURIAE. :ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS – ABRAINC].

Para além, o C. Pretório Excelso se manifesta, no âmbito da mesma decisão, no sentido de que o deferimento da medida postulada na inicial poderia causar danos expressivos ao Fundo gestor do FGTS, ocasionando perdas econômicas irreparáveis. *Verbis*:

“Assim, ao menos nesse juízo preliminar, parece que nem o *fumus boni iuris*, nem o *periculum in mora*, colocam-se presentes para o deferimento da medida cautelar pleiteada pelo partido autor, uma vez que a intervenção do Poder Judiciária na política pública, pensada pelo poder executivo e em análise pelo poder legislativo, poderia casuar danos ao Fundo gestor do FGTS, ocasionando danos econômicos imprevisíveis.

Na verdade, como sabemos, o FGTS, embora seja um direito do trabalhador, nos termos do art. 7º, inciso III, da Carta de 1988, é um Fundo alimentado por empregadores para a consecução de importantes fins sociais, financiando iniciativas que atendam à sociedade como um todo. Entre essas finalidades, destaca-se o financiamento de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento urbano, à habitação popular, ao saneamento básico e à infraestrutura urbana, nos termos do art. 5º, I, da Lei 8.036/1990.

Satisfeito, em parte, o pedido formulado na petição inicial pela edição da MP 946/2020, que

permite o saque do FGTS no valor de R\$ 1045 por empregado, não verifico, em juízo de caráter liminar, como o pedido cautelar possa ser deferido, notadamente em razão da ausência da probabilidade do direito pleiteado” (g.n.).

Daí, embora não se trate de ingerência indevida de decisões do Poder Judiciário sobre esferas de atuação dos demais Poderes da República (até porque a pretensão inicial vem calçada na interpretação de hipóteses de saque previstas em lei), mas, isto sim, de divergência de interpretação quanto ao alcance das normas legais que permitem o levantamento de valores depositados junto às contas fundiárias em casos de calamidade pública ou desastre natural, o certo é que, na linha do indigitado decisum, se materializa sinalização relevante no sentido de que o caso concreto ora em análise não aparenta se enquadrar nas hipóteses de saque previstas na legislação.

De sorte que, na linha do que ora se expõe, não há, com base na superveniência da eclosão da pandemia ora em curso no planeta, embasamento suficiente a autorizar o levantamento dos valores depositados junto às contas fundiárias titularizadas pelo ora postulante.

Por fim, ainda insta rechaçar o argumento de que estaria configurado o cancelamento da opção pelo saque-aniversário, em razão do fato de que a dispensa ocorreu anteriormente ao mês de aniversário do cotista, na forma do que dispõe o art. 20-C, § 1º, II, da Lei n. 8.036/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.932/19.

Mera inspeção visual do novel dispositivo legislativo invocado pelo aqui requerente haverá de demonstrar que o cancelamento desta opção de saque não é imediato, automático ou simples decorrência de dispensa imotivada do trabalho do titular cotista, mas deve ser por ele requerido à instituição depositária, hipótese em que, em sendo aceito esse pedido de cancelamento, nova solicitação de saque estará sujeita ao disposto no inc. I do *caput* do art. 20-C da legislação aqui em comento. Observe-se o texto da lei:

Art. 20-C. A primeira opção pela sistemática de saque-aniversário poderá ser feita a qualquer tempo e terá efeitos imediatos. (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

§ 1º. Caso o titular solicite novas alterações de sistemática será observado o seguinte: (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

I - a alteração será efetivada no primeiro dia do vigésimo quinto mês subsequente ao da solicitação, desde que não haja cessão ou alienação de direitos futuros aos saques anuais de que trata o § 3º do art. 20-D desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

II - a solicitação poderá ser cancelada pelo titular antes da sua efetivação; e (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

III - na hipótese de cancelamento, a nova solicitação estará sujeita ao disposto no inciso I do *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

§ 2º. Para fins do disposto no § 2º do art. 20-A desta Lei, as situações de movimentação obedecerão à sistemática a que o titular estiver sujeito no momento dos eventos que as ensejarem. (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

No caso dos autos, o requerente não demonstra, em primeiro lugar, que requereu esse cancelamento perante a instituição acionada, disso não havendo prova absolutamente nenhuma no processo. Pelo contrário, nesse particular específico, o que existe é justamente a prova do fato oposto, qual seja, a adesão do autor à opção pelo saque-aniversário, relizada a partir de aplicativo disponibilizado pelo banco, do que faz prova a documentação acostada aos autos sob o id n. 34726527. Razão porque, sem a prova de que requereu o cancelamento da opção efetivada e esse pedido restou recusado pela CEF, não há sequer demonstração da pretensão resistida da ré quanto ao ponto específico, o que não atende ao disposto no art. 17 do CPC.

Em segundo lugar, mas ainda com relação a este ponto específico da controvérsia, também se deve objetar que o autor também não demonstra que – para além do requerimento efetuado e indeferido pela instituição financeira –, ao tempo do ajuizamento, a sua solicitação de saque atendia aos termos do que dispõe o art. 20-C, § 1º, I da legislação em comento, de molde a cumprir as exigências constantes do inciso III, *in fine*, do mesmo dispositivo legal (alteração efetivada no primeiro dia do vigésimo quinto mês subsequente ao da solicitação, desde que não haja cessão ou alienação de direitos futuros aos saques anuais de que trata o § 3º do art. 20-D da lei em questão).

Por tais razões, é improcedente o pedido inicial, cabendo ao requerente procurar se valer das medidas previstas pelas autoridades públicas competentes, para prover-lhe a assistência necessária ao enfrentamento da corrente pandemia.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 487, I do CPC.

Arca a autora, vencida, com o pagamento das custas e despesas processuais incidentes, e mais honorários de advogado da parte *ex adversa*, que, com esteio no que prescreve o art. 85, §§ 2º e 3º do CPC, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito. Execução, na forma do art. 98, § 3º do CPC.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL**5004025-90.2020.4.03.6000**

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Paciente: TODOS OS INTERNOS RECLUSOS NA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE/MS

Impetrado: DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE

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

Juíza Federal: MARCELA ASCER ROSSI

Disponibilização da Decisão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/08/2020

DECISÃO

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO impetrou o presente HABEAS CORPUS COLETIVO, com pedido de liminar, contra ato do DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE/MS, alegando, em síntese, que por diversas vezes tem-se suspenso ou reduzido indevidamente o tempo de banho de sol dos internos da PFCG/MS, em patamar inferior a 2 horas. Sustenta a violação ao disposto no art. 5º, III, da Constituição Federal, no artigo 3º, §1º, III, da Lei n. 11.671/2008, artigos 40 e 41 da Lei de Execução Penal e tratados e convenções internacionais. Aduz que o banho de sol é um direito expresso e essencial para prevenir inúmeras doenças.

Pleiteia a concessão de liminar para que se determine à Autoridade Administrativa da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS, providências para imediata garantia do direito ao banho de sol, diariamente, mas nunca por tempo inferior que duas horas diárias.

O feito foi distribuído para o Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que declinou da competência para este Juízo (ID 33973647).

Foi postergada a apreciação da liminar para após a vinda das informações (ID 34865275).

A Autoridade apontada como Coatora prestou as informações (ID 35192002) e juntou documentos.

É um breve relato. Decido.

A concessão da liminar está condicionada à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito invocado se vier a ser reconhecido na decisão de mérito.

No caso, não se verifica a presença do *fumus boni iuris*.

Explica-se.

A Lei 11.671/2008 que dispõe sobre a execução da pena no Sistema Penitenciário Federal, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, em seu art. 3º, § 1º, inciso III, prevê a concessão de banho de sol com duração de até 2 (duas) horas diárias.

Dispõe o art. 3º, inciso III, da Lei nº 11.671/2008:

“Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);”

Destarte, tem-se que os custodiados no Sistema Penitenciário Federal não tem direito líquido e certo a 2 (duas) horas de banho de sol, mas a um período de até 2 (duas) horas diárias.

Segundo as informações prestadas pela autoridade coatora, em condições de normalidade, sempre foi garantido aos custodiados o direito de 2 (duas) horas diárias de banho de sol. Ademais, informa que em decorrência das medidas adotadas para conter a Pandemia da COVID-19, tem-se reduzido o banho de sol diário, mas se tem implementado o revezamento entre custodiados, para evitar o contato entre eles, lhes garantindo este direito, inclusive, com a ampliação do tempo total da duração do banho de sol na rotina da Penitenciária para 04 (quatro) horas diárias, para que o banho seja feito de forma alternada e com redução do contato social entre os internos que utilizem o mesmo local para o banho de sol (ID 35192002, fl. 13).

O procedimento interno para o banho de sol é complexo, como narra o Diretor da Penitenciária, na fl. 11 do ID 35192002:

“A título de exemplificação do procedimento executado para a liberação ao pátio, os servidores deverão realizar, em suma, os seguintes procedimentos elencados no Manual de Procedimentos e Rotinas e aplicável a todos os presos que irão ter acesso ao banho de sol: o pátio de banho de sol deve ser previamente revistado pelos Agentes Federais de Execução Penal para garantir a inexistência de materiais e objetos que possam representar riscos à segurança; após isso, cada preso é submetido a uma revista pessoal, com os procedimentos de segurança, e realizado o algemamento; após, todos os custodiados são encaminhados ao pátio de banho de sol, de forma ordenada e com obediência à alocação interna de cada preso, com o posicionamento de todos os presos no fundo do pátio de banho de sol para que o preso saia de costas, mostre as plantas dos pés e coloque o calçado, vire-se e se desloque sobre a faixa amarela, de forma ininterrupta, silenciosa e desacompanhada, com a cabeça abaixada, até o portão de acesso ao pátio de banho de sol para o desalgemamento de todos os presos.

Nesse sentido, todo o procedimento é feito com a realização de uma segurança e vigilância aproximada em todos os custodiados, de forma que exista sempre a superioridade numérica de Agentes Federais sobre custodiados, sendo um dos momentos mais críticos das rotinas internas da Unidade, momento em qual todas as normas de segurança devem ser observas.”

A complexidade do procedimento, com a garantia do banho de sol e ao mesmo tempo manutenção da segurança e da ordem, aumenta ainda mais em virtude da necessidade de se respeitar o distanciamento social e a higienização necessários para prevenir o contágio pelo coronavírus. É natural e até esperado que haja alterações no tempo do banho de sol dos detentos, em virtude da necessidade de adoção de todas as medidas de segurança e higienização, retirando-se os presos das celas em forma de rodízio.

Ressalto que estamos vivendo tempos difíceis. Milhares de pessoas tem morrido mundo afora. No Brasil, a situação não é diferente. O estado do Mato Grosso do Sul é hoje um dos epicentros da Pandemia da COVID-19. Tudo que era normal até então, passou a ser anormal, excepcional. Diante disso, direitos, que nunca foram considerados absolutos, devem ser relativizados, restringidos, em garantia do bem maior, a vida, tanto dos detentos, quanto dos agentes penitenciários federais.

Ressalte-se que, em inúmeras ocasiões, o Supremo Tribunal Federal busca enfatizar que “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.” (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000). Ou seja, diante de determinadas circunstâncias fáticas, certos direitos devem ceder em face de outros com maior proeminência no caso concreto. E se pode afirmar que a prioridade, no momento, é evitar que haja a contaminação generalizada dos detentos e agentes públicos pelo coronavírus. Ou seja, o direito ao banho de sol pode ceder em algumas frações de tempo em prol da saúde, assim como milhares de brasileiros tem cedido e abdicado de inúmeros direitos igualmente garantidos constitucionalmente, como o direito ao lazer, direito à reunião pacífica, direito de acesso a fontes culturais, dentre outros, em prol de um bem maior à sociedade, que é a contenção da pandemia.

Destarte, considerando que houve apenas restrições quantos aos dias e horários, mas que está sendo garantido, dentro da excepcionalidade que a situação requer, o banho de sol aos encarcerados na PFCG/MS, bem como que a legislação, conforme acima se viu, não garante o tempo diário de 2 (duas) horas de banho de sol, mas de até 2 (duas) horas, não é o caso de concessão da liminar.

Assim, não se vislumbra a presença de pressuposto indispensável para a concessão da liminar, ou seja, o *fumus boni iuris*.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

Dê-se vista ao MPF para parecer.

Intime-se. Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 14 de julho de 2020.

Juíza Federal Substituta MARCELA ASCER ROSSI