

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0002607-43.1999.4.03.6000

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

Assistentes do Autor: UNIÃO e ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Réus: NELSON BARBOSA TAVARES E OUTROS

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

Juiz Federal: RENATO TONIASSO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2018

Trata-se ACP “de recomposição do patrimônio público c/c ação ordinária por prática de atos de improbidade administrativa e de indenização por danos morais” através das quais o autor pleiteia a condenação dos réus a: 1) recomporem, solidariamente, o patrimônio público, recolhendo aos cofres da União Federal, o montante de R\$ 145.974,46 (cento e quarenta e cinco mil, novecentos e setenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), em valor a ser devidamente corrigido a partir de 10/02/1999, “aplicando-se as taxas de juros do RDB – Recibo de Depósito Bancário, a crédito da conta convênio nº 2.100”, Agência 0048-5, do Banco do Brasil S/A; 2) pagarem “os valores a serem apurados (...), sobre os acréscimos dos custos da obra, oriundos da demora da (sic) construção do Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados”, MS; 3) sofrerem individualmente as sanções previstas pelo artigo 12, II, da Lei nº 8.429/92, con-substanciadas na perda da função pública “que eventualmente exerçam”; na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos; na proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 (cinco) anos; e no pagamento de “multa civil individualizada, em valor a ser fixado por esse Juízo no limite de até duas vezes o valor do dano”. Como alternativa, para o caso de o Juízo concluir “pelo não enquadramento dos atos (dos réus) no artigo 10 da Lei nº 8.429/92”, requerem “a adequação das penalidades (...) aos limites do artigo 12, III, (da lei de regência), porque verificada, ainda, a prática de atos previstos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa”. Por fim, dizendo que a atuação conjunta dos réus implicou “na negação, aos cidadãos sul-mato-grossenses, do direito fundamental de acesso à saúde”, pedem a condenação dos mesmos em indenização por danos morais “causados à Sociedade do Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente a de Dourados e Região, traduzida no pagamento de valor a ser definido” pelo Juízo.

Alega que, em 31/12/1997, o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio da sua Secretaria de Estado de Saúde, firmou com a União, através do Ministério da Saúde, o *Convênio nº 2.100/97*, “visando a implementar o Sistema Único de Saúde – SUS” no Estado - e tendo como objeto específico “dar apoio financeiro para a construção do CENTRO DE ESPECIALIDADES DA SANTA CASA DE DOURADOS-MS, com o consequente desenvolvimento técnico operacional” do SUS. O aporte financeiro previsto para a realização da obra foi de R\$ 1.940.089,00 (um milhão, novecentos e quarenta mil e oitenta e nove reais), sendo que, desse valor, R\$ 1.763.718,00 (um milhão, setecentos e sessenta e três mil e setecentos e dezoito reais) seriam de responsabilidade da União, e o restante (R\$ 176.371,00), de responsabilidade do Estado. Os recursos a cargo da União “começaram a ser disponibilizados para o Estado de Mato Grosso do Sul a partir de 11/05/98, a crédito da conta corrente nº 114.338-7 – Agência 0048-5, Banco do Brasil, em nome da SES – Secretaria de Estado de Saúde”, até serem integralizados em 25/09/98, e foram aplicados em RDBs, “conforme pactuado e estabelecido nos atos normativos atinentes à matéria”.

Todavia, em 25/09/1998, “por orientação da Governadoria do Estado de Mato Grosso do Sul, na pessoa do réu PLÍNIO SOARES ROCHA, o então Secretário de Estado de Fazenda, réu JOSÉ ANCELMO DOS SANTOS, o Secretário de Estado Adjunto da Fazenda, réu JAIR SERRATEL NOGUEIRA e o Secretário de Estado da Saúde, réu NELSON BARBOSA TAVARES, ‘desviaram’ os recursos do Convênio nº 2.100/97, transferindo-os para outras finalidades, em total desrespeito à Constituição Federal e à Lei Orçamentária de n. 4.320/64”. A verba que, conforme já dito, se destinava “à construção do Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados”, foi “desviada para a conta corrente do TESOIRO do Estado de Mato Grosso do Sul, através da Transferência Bancária – TB – nº 26 de 25/09/98, emitida pelo DOP – Departamento de Obras Públicas de Mato Grosso do Sul, com a finalidade de simular o saque dos valores da conta convênio, como se estivesse sendo empregada corretamente no fim específico a que se destinava”. Essa estratégia teria sido planejada no Gabinete do então Secretário de Estado de Fazenda, JOSÉ ANCELMO DOS SANTOS, que, em 24/09/98, “um dia antes da transferência, convocou reunião com o Secretário de Saúde (...), NELSON BARBOSA TAVARES, o Secretário Adjunto da Fazenda, (...), JAIR SERRATEL NOGUEIRA, o Secretário Executivo de Programação Financeiro, (...) ROBERTO FAUSTINO NEY e a Sra. Neusa Simabuco”, com o objetivo de encobrir o alegado desvio, sendo que se pretendia devolver os recursos ao DOP, mas sem o acréscimo dos juros que o capital teria amealhado se tivesse continuado aplicado em ativo financeiro durante o período, o que, mesmo que ocorresse, não afastaria a irregularidade e, conseqüentemente, a materialização de ato de improbidade administrativa, diante da quebra de contrato em relação ao Convênio nº 2.100/97. No entender do Ministério Público Federal, os réus Plínio Soares Rocha, José Ancelmo dos Santos, Nelson Barbosa Tavares, Jair Serratel Nogueira, Dioscoro de Souza Gomes Filho, Elizeu Tabosa e Roberto Faustino Ney tinham a obrigação de lhe comunicar essa irregularidade ou ao Tribunal de Contas da União, para as devidas providências, mas não o fizeram “justamente porque foram os autores da ilegalidade e da imoralidade”.

O réu WILSON BARBOSA MARTINS, que, à época, ocupava o cargo de Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, “tinha o dever de ofício de apurar as irregularidades, afastar os infratores, abrir processo administrativo, comunicar ao Tribunal de Contas da União e providenciar a competente auditoria interna”, mas “ficou silente, incidindo em grave omissão” e tornando-se, dessa forma, corresponsável “junto aos demais réus”.

Todos os réus teriam agido de forma consciente e premeditada, no caso; e a pretensa irregularidade só teria sido descoberta diante da falta de recursos na Conta-Corrente do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul, “para se operacionalizar o retorno das verbas à origem”.

Além do uso indevido dos recursos do Convênio nº 2.100/97, a ação dos réus teria implicado em perda dos juros com os quais o capital teria sido remunerado se tivesse permanecido aplicado junto ao Banco do Brasil e, bem assim, na demora na construção do Centro de Especialidades Médicas à qual se destinava, com o conseqüente incremento dos custos da obra e a ocorrência de danos morais à população de Dourados e Região, “pela não implementação de seu direito fundamental e constitucional de acesso à Saúde, além da desonestidade administrativa com que agiram todos os réus”.

A ação dos réus teria infringido os artigos 2º e 3º, *caput*, da Lei nº 4.320/64, bem como o artigo 167, VI, da Constituição Federal, o artigo 15, § 1º, da Instrução Normativa nº 1, de 15/01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, o artigo 165, VI, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, e, em especial, a Cláusula Segunda, II, 2.2., do Convênio nº 2.100/97, que, ao fixar as obrigações da Secretaria Estadual conveniente (Secretaria de Estado de Saúde), determinava a aplicação dos “recursos recebidos do MINISTÉRIO, a contrapartida e os

RENDIMENTOS auferidos das aplicações financeiras, EXCLUSIVAMENTE na consecução do objeto previsto pactuado”.

Na sequência, o autor delinea a sistemática de cálculos utilizada e indica o valor dos prejuízos que a ação dos réus teria causado ao Convênio nº 2.100/97, e, por extensão, “ao Patrimônio Público”, bem como procura demonstrar a responsabilidade de cada um dos réus, na referida ação, de sorte a definir os atos de improbidade administrativa por eles praticados e dar suporte aos pedidos de condenação, inclusive em indenização por danos morais.

A fim de assegurar a eficácia da proteção ao patrimônio público que entende haver sido lesado, o autor pediu a implementação de extenso rol de providências instrumentais, com a autuação dessas informações em autos apartados, possibilitando-lhe examiná-las e, se for o caso, formular possíveis pedidos de sequestro de bens e direitos dos réus.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 46/350.

Às fls. 352/354 o Juízo indeferiu o pedido de “quebra de sigilo fiscal e bancário dos réus” e determinou a intimação da União e do Estado de Mato Grosso do Sul para se manifestar acerca de eventual interesse no Feito.

Às fls. 359/371 o MPF comunicou a interposição de recurso de Agravo de Instrumento em relação à decisão de fls. 352/354, “tendo em vista eventual formação de juízo de retratação”.

À fl. 379 a União manifestou interesse em ser admitida no processo, como assistente do autor. Idem, no mesmo sentido, de parte do Estado de Mato Grosso do Sul, às fls. 394/395.

Às fls. 399/401, cópia de decisão do E. TRF-3, negando efeito suspensivo ativo ao Agravo de Instrumento interposto pelo MPF.

Às fls. 411/439 os réus contestaram a ação. Arguiram preliminar de falta de interesse de agir, por cerceamento de defesa, mediante violação ao princípio do devido processo legal; denunciaram a lide ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao então Governador do Estado e ao então Secretário de Fazenda; e, quanto ao mérito, justificaram o atraso no reinício das obras, de maio de 1998, para 03/11/1998, ao fundamento de que havia necessidade de se proceder a uma renegociação com a empreiteira, por conta da existência de forte desequilíbrio financeiro no contrato, onde se conseguiu uma “redução do valor do saldo para conclusão da obra, de R\$ 12.318.177,72, para R\$ 7.048.527,89”, o que afasta a possibilidade de ocorrência de prejuízo à União e ao Estado de Mato Grosso do Sul, eis que, de fato, houve uma economia de R\$ 5.269.650,00. Durante essa renegociação, os recursos ficaram temporariamente alocados no DOP/MS, mas, em 03/11/1998, com o reinício da obra, “foram retornados ao Tesouro Estadual, com o pagamento das 25ª e 27ª medição (sic), no valor respectivo de R\$ 142.854,68 e R\$ 154.918,47, sem, portanto, causar qualquer violação ao objetivo do Convênio”. Porém, em 1999, com a troca do Governo do Estado, o retorno dos recursos, para aplicação na obra, foi obstado pelos novos gestores estaduais (o que justificou a denúncia da lide anteriormente referida), mas depois tal aplicação foi retomada. “Nada do que alega o Autor da Ação prejudicou ou tem prejudicado o objetivo do convênio (portanto a União, o Estado de Mato Grosso do Sul e a população de Dourados-MS), porquanto a obra prossegue e os pagamentos estão sendo efetuados com recursos da conta convênio, mediante prévia reposição do Tesouro”. Alegam, ainda, que não houve utilização indevida dos recursos do Convênio nº 2.100/97, “encaminhados indevidamente ao Tesouro Estadual”, pois o que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais vedam, em situações da espécie, é o remanejamento de recursos “com definitividade”, o que não ocorreu, pois a obra foi retomada e os recursos foram aplicados na “finalidade predeterminada”. Não ocorreu fraude na emissão do documento de Transferência Bancária – TB – dos recursos do Convênio, da Secretaria Estadual de Saúde, para o DOP,

e depois para o Tesouro Estadual. É infundada a alegação de responsabilidade dos agentes públicos, ora réus. Não houve danos morais à Sociedade Douradense e da região, pois a obra fora iniciada em 1991 e estava paralisada desde 1994, sendo que, com a assinatura do Convênio nº 2.100/97, ficou paralisada por alguns meses, para renegociação com a empreiteira, onde, inclusive, conseguiu-se uma substancial redução do seu custo, mas depois foi retomada, com a regular aplicação dos recursos provenientes do referido convênio. O MPF omitiu do Juízo dados importantes a esse respeito. Também não houve lesão ao patrimônio público, mas sim economia de recursos, pela redução do custo da obra, via renegociação com a empreiteira, conforme já dito. Não houve atos de improbidade administrativa, por parte dos réus, nos termos dos artigos 10, *caput* e inciso XI e 11, I e II da Lei nº 8.429/92, capitulados na inicial, pois não ocorreu “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º” da referida lei. Na sequência, analisam a tipificação dada pelo MPF às suas ações individuais e argumentam no sentido da não subsunção dos fatos às normas de regência, em especial, porque “em nenhum momento se cogitou que os recursos teriam sido desviados para contas particulares”. Por fim, insurgem-se em face do pedido de investigação e quebra de sigilo bancário, e pedem pela improcedência dos pedidos materiais da ação, com a condenação do autor à pena “prevista no artigo 18 do CPC, por litigância de má-fé”, bem como “nos consectários sucumbenciais cabíveis à espécie”.

Com a contestação vieram os documentos de fls. 440/466.

Às fls. 468/469 foi comunicado o deferimento do pedido de efeito suspensivo ativo em sede de Agravo de Instrumento aviado pelo MPF em face da decisão de indeferimento do pedido de quebra do sigilo bancário dos réus.

Impugnação à contestação, de parte do MPF, às fls. 508/514.

À fl. 531 a União Federal e o Estado de Mato Grosso do Sul foram admitidos na lide como assistentes da parte autora.

Às fls. 539/541 a União manifestou-se, em 13/07/2001, acerca dos pedidos da presente ação. Disse que a conduta dos réus foi ilegal “porque violou a lei e a Constituição Federal, além de cláusulas do Convênio”; além disso, causou prejuízo ao patrimônio público, pois o Estado de Mato Grosso do Sul “deixou de auferir os rendimentos da aplicação bancária” e a população local, em especial, a de Dourados, sofreu com a falta de serviços de saúde. O “Estado de Mato Grosso do Sul obteve autorização do Ministério da Saúde para efetuar o retorno dos recursos à finalidade para a qual foram destinados no convênio de forma parcelada, (...), o que assegurou a continuidade de sua execução”; (...) “a obra encontra-se em andamento, com 85% concluída”. Ratificou a petição inicial.

Especificação de provas pelas partes: pelo MPF, às fls. 710/711, e pelos réus, às fls. 713/716.

Despacho saneador, com o deferimento de provas (fls. 753/754).

Juntada de cópia de Agravo de Instrumento interposto em face da decisão de quebra do sigilo bancário dos réus (fls. 771/785), e decisão do E. TRF-3 concedendo efeito suspensivo ao recurso e “proibindo a quebra do sigilo bancário dos réus” (fls. 759/766).

Pedido de busca e apreensão de documento, pelo MPF, às fls. 787/788, com os documentos de fls. 789/784.

Decisão, à fl. 805, indeferindo, “por ora, o pedido de busca e apreensão” e deferindo “o pedido contido no último item da petição de fl. 796, a fim de garantir a eficácia da medida”.

Às fls. 812/813 consta cópia de resposta enviada pela empresa SBT – Sistema Brasileiro

de Televisão, ao MPF, acerca do pedido feito às fls. 787/788 e tratado pelo Juízo à fl. 805.

Insurgência de parte do MPF quanto às informações prestadas pelo SBT e reiteração do pedido de busca e apreensão (fls. 814/816).

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu a juntada “do OFÍCIO Nº 6309/03/PPP.GAB/SES/MS que noticia a devolução integral do numerário indevidamente transferido, bem como do Parecer Técnico nº 205/01, de 23 de Novembro de 2001, que aprovou a Prestação de Contas do Convênio nº 2.100/97” (fl. 836), com os documentos de fls. 837/845.

Despacho saneador complementar, às fls. 846/849, onde restou indeferido o pedido de expedição de mandados de busca e apreensão, deferida a produção de prova testemunhal e determinadas outras providências.

Às fls. 858/864 o MPF pleiteia providências e arrola testemunhas.

Rol de testemunhas, pelos réus, às fls. 882/883.

Às fls. 884/888 o MPF faz novos requerimentos.

Às fls. 948/951 consta Termo de Audiência, onde o Juízo rejeitou o pedido de denúncia da lide ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao então Governador do Estado e ao então Secretário Estadual de Fazenda, e, acolhendo pedido do MPF, redesignou o ato instrutório.

Às fls. 962/966 os réus interpuseram Agravo Retido em face da decisão de que rejeitou a denúncia da lide ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao então Governador e ao Secretário de Estado de Fazenda.

Termo de audiência as fls. 970/976, onde foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo MPF e três arroladas pelos réus.

Às fls. 979/981 o MPF pediu a juntada de documentos e a expedição de ofício para fins probatórios.

Oitiva de testemunha arrolada pelos réus (Luiz Antônio Maksoud Bussuan), por Carta Precatória, às fls. 1.150/1.152.

Oitiva de testemunha arrolada pelos réus (Eduardo Otávio Teixeira Marcondes), por Carta Precatória, às fls. 1.168/1.170.

Contrarrrazões ao Agravo Retido de fls. 962/966: pelo MPF, às fls. 1.173/1.183; e pelo Estado de Mato Grosso do Sul, às fls. 1.189/1.193.

Alegações finais: pelo MPF, às fls. 1.308/1.312, pugnando pelo acolhimento dos pedidos iniciais, com a condenação dos réus “às sanções preconizadas pela Lei de Regência”; e pelos réus, às fls. 1.315/1.345, pedindo o acolhimento das questões preliminares arguidas, com a extinção do processo, sem julgamento de mérito, ou, caso este seja enfrentado, com o julgamento pela improcedência dos pedidos materiais da ação.

É o que se fazia necessário relatar.

Passo a *decidir*.

Nos termos da petição inicial, os réus foram acusados de violação ao disposto no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992; do que se pede sejam-lhes aplicadas as sanções do artigo 12, II, dessa lei de regência (fl. 41).

Alternativamente, porém, para o caso de o Juízo concluir “pelo não enquadramento dos atos (dos réus) no artigo 10 da Lei nº 8.429/92”, requer-se “a adequação das penalidades (...) aos limites do artigo 12, III (da Lei nº 8.429/92), porque verificada, ainda, a prática de atos previstos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa” (fl. 42).

Pois bem.

Do que se apurou no decurso desta ACP, restou efetivamente provado que em 25/09/1998 os réus movimentaram de forma irregular o valor de R\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais), proveniente de repasses feitos pela União, ao Estado de Mato Grosso do Sul, no âmbito do *Convênio nº. 2.100/97*, firmado entre esses entes federativos com o objetivo de se construir o chamado “Centro de Especialidades” Médicas do Hospital da Santa Casa de Dourados, MS, e que se encontrava depositado na Conta-Corrente nº 114.338-7, da Agência 0048-5 (Agência Centro), do Banco do Brasil S/A, nesta Capital, e aplicado em *Recibos de Depósitos Bancários - RDBs*.

Tratava-se de conta bancária específica, para o aporte e aplicação dos recursos financeiros do referido Convênio, que só poderia ser movimentada pela Secretaria de Estado de Saúde do Mato Grosso do Sul, mediante aplicação efetiva dos recursos na obra a que se destinavam, inclusive daqueles provenientes dos “rendimentos auferidos das aplicações financeiras”, conforme diz a Cláusula Segunda, II, 2.2., de cópia do termo do ajuste, que consta às fls. 127/128.

Todavia, pressionados por necessidades financeiras de parte do Estado de Mato Grosso do Sul, os réus, em ação conjunta, cuja individualização, para fins de fixação de responsabilidade - se for o caso -, será feita mais adiante, realizaram, na referida data, sem que a construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados tivesse começado, a transferência desses recursos para o Tesouro do Estado, através de triangulação com a conta do DOP/MS, órgão esse que, à época dos fatos, era o responsável pelo pagamento das despesas de obras públicas estaduais em andamento. A operação foi feita sob a denominação de “empréstimo financeiro”, com a perspectiva de que os recursos seriam devolvidos à conta do Convênio no mês de novembro subsequente, diante do recebimento, pelo Estado, “de parcela do ressarcimento da Lei Kandir”, o que, porém, não veio a se confirmar.

A manifestação de fls. 47/48 – que transcrevo a seguir, na parte em que interessa para esta decisão –, da lavra de Neusa Simabuco, à época, servidora da Secretaria Estadual de Saúde de Mato Grosso do Sul, relata bem a dinâmica dos fatos que restou confirmada nos autos:

Campo Grande, 18 de janeiro de 1999.

Senhor Diretor,

Venho pelo presente apresentar a Vossa Senhoria o relatório sobre o Convênio 2100/97, cujo objeto é a construção do Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados/MS. (...).

No dia 24 de Setembro de 1988 às 18:00 o Secretário de Saúde, Dr. Nelson Barbosa Tavares foi convocado para comparecer ao Gabinete do Secretário da Fazenda Sr. José Ancelmo dos Santos para tratar de assunto relacionado a um empréstimo financeiro ao Tesouro do Estado. O Sr. Secretário convidou-me a acompanhá-lo e no Gabinete encontravam-se além do Secretário da Fazenda, o Sr. Roberto Faustino Ney, Diretor de Contabilidade e Superintendente da Junta de Programação Financeira, além do Assessor de Gabinete, Sr. Jair.

O Secretário de Fazenda informou que necessitava urgente de um empréstimo em torno de R\$ 2.000.000,00 e que seria devolvido em meados de novembro, com o recebimento da parcela do ressarcimento da Lei Kandir.

O Dr. Nelson explicou que não havia recurso disponível na fonte 40 (recursos próprios da SES) pois os existentes já estavam comprometidos e o motivo da minha presença na reunião era justamente para ajudá-lo a informar sobre a impossibilidade do empréstimo.

Como a conta corrente do Convênio 2100/97 apresentava saldo de R\$ 1.700.000,00 e as obras estavam paralisadas há tempos, o Dr. Nelson aceitou fazer o empréstimo, lembrando que os recursos eram do Ministério da Saúde e que ele era o responsável pela prestação de contas e que por isso a devolução deveria ser feita com a maior urgência, inclusive com o acréscimo

dos rendimentos da aplicação financeira.

Em 25 de setembro de 1988, mantive contato telefônico com funcionário do Banco do Brasil solicitando baixa da aplicação financeira e o mesmo informou-me que não havia condição de desfazer a operação. Imediatamente entrei em contato com o Sr. Roberto Ney explicando o ocorrido. Após alguns minutos recebi instrução do Banco de que a SES deveria solicitar através de ofício endereçado ao Gerente Geral do Banco do Brasil, a baixa da aplicação financeira. Também deveria enfatizar que a SES estaria ciente que não haveria rendimento da aplicação dos valores baixados (anexo I).

A transferência foi efetuada em 25.09.98 através da Transferência Bancária (TB) 0026 (anexo II) em favor do DOP na conta corrente 88.368-9 que é a conta específica para movimentar o convênio. Em seguida o DOP emitiu a TB número 0869 (anexo III) em favor do Tesouro do Estado, na conta 0003000-7 do Banco do Brasil.

Apesar das promessas feitas ao Dr. Nelson pelo Sr. Governador juntamente com seus assessores financeiros, de que os recursos seriam devolvidos até o final de dezembro, o mesmo não aconteceu até o presente momento.

É o que tenho a relatar.

Atenciosamente,
NEUSA SIMABUCO.

Os documentos de fls. 49/52 confirmam essa transferência, em 25.09.98, no montante de R\$ 1.700.000,00, da *conta corrente nº 114.338-7*, que, conforme já dito, era a conta específica do *Convênio nº 2.100/97*, para a *conta corrente nº 88-368-9*, do *DOP/MS*, e, logo a seguir, para a *conta corrente nº 0003000-7*, que é (ou pelo menos era, à época) a conta corrente geral do Estado de Mato Grosso do Sul; e os depoimentos colhidos às fls. 970/977 ratificam a dinâmica dos fatos, conforme restou informada pela Sra. Neusa Simabuco. Aliás, as partes não dissentem quanto a esses fatos.

O MPF alega que a conduta dos réus implicou em improbidade administrativa, pois os recursos foram transferidos contra vedação expressa da lei em sentido amplo e do Convênio, e com isso a conta corrente do Convênio nº 2.100/97 deixou de receber o rendimento financeiro da ordem de R\$ 145.974,46, que é o que se esperava que ocorresse, a partir da noticiada aplicação financeira em RDBs, junto ao Banco do Brasil, caso tais recursos ali permanecessem aplicados até 10/02/1999, conforme estava previsto.

Daí os pedidos de recomposição do patrimônio público (no valor de R\$ 145.974,46, com juros e correção monetária) e de ressarcimento quanto ao acréscimo nos custos da obra, por conta da demora na sua execução, além da condenação dos réus por danos morais, conforme consta da petição inicial e restou referido no relatório deste ato jurisdicional.

A defesa, de seu turno, alega que não se identifica qualquer ato de improbidade administrativa na conduta dos réus, porquanto: 1) os recursos foram devolvidos, inclusive com juros, à Conta do Convênio, e integralmente aplicados na construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados, MS, que foi executada em toda a sua extensão, com o que não houve desvio de finalidade; 2) não houve “desvio de recurso em proveito próprio ou particular”, com o aporte de qualquer vantagem em favor dos réus, sendo que, ao contrário disso, houve, sim, uma economia para o Estado de Mato Grosso do Sul, da ordem de R\$ 5.269.650,00, por conta de renegociação do valor original da obra da Santa Casa de Dourados, feita com a empreiteira, o que, inclusive, foi a causa da demora no início da construção do Centro de Especialidades Médicas; 3) ocorreu apenas a transferência momentânea dos recursos, da Conta do Convênio, para a conta do DOP/MS e depois para a conta do tesouro do Estado – onde, inclusive, sequer foram utilizados –, retornando, esses recursos, a seguir, para

a Conta do Convênio, onde, conforme já se alegou, foram integralmente aplicados no fim a que se destinavam, o que implica em que não houve lesão ao patrimônio público; e, 4) o próprio Convênio nº 2.100/97, em seu item 2.10, c/c o subitem 2.10.3, ambos da sua Cláusula Segunda, “autoriza a utilização dos recursos em finalidade diversa da contemplada”, o que também isenta de ilicitude o proceder dos réus. Aliás, a “quantia em questão” sequer foi “utilizada em outra finalidade, sofrendo apenas uma movimentação financeira”. A demora no retorno dos recursos à Conta do Convênio deveu-se a um bloqueio judicial ocorrido nas contas do Estado de Mato Grosso do Sul, no final de 1988, conforme ampla publicidade dada pela imprensa, na época, o que teria sido roborado “pelos depoimentos colhidos nestes autos”. Não houve, assim, desvio de finalidade. A conduta dos réus seria atípica (fls. 1.315/1345).

De início, consigno que não houve, realmente, por parte dos réus, “desvio de recurso em proveito próprio ou particular”, conforme alega a defesa, pois não restou provado que qualquer deles tenha auferido vantagem de ordem material, com a movimentação dos recursos (R\$ 1.700.000,00), da Conta do Convênio nº. 2.100, para a conta do DOP/MS, e, depois, desta, para a conta geral do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, com o seu posterior retorno (se integral ou não, isso será decidido mais adiante) à origem. Não houve, por consequência lógica disso, segundo as provas dos autos, locupletamento ilícito de parte dos réus, o que, no jargão popular, ou mesmo da imprensa, poderia ser verbalizado pelas expressões “meter a mão”; “encher os bolsos”; “roubar”; etc.

O que ocorreu foi que, enquanto ocupantes de cargos diretivos do Poder Executivo estadual, diante de ingentes dificuldades financeiras vivenciadas pelo tesouro do Estado - em final de mandato do seu então Governador, o réu Wilson Barbosa Martins -, e confiando no recebimento de recursos advindos de repasses federais determinados pela chamada “Lei Kandir”, os réus resolveram lançar mão do montante depositado na Conta do Convênio nº. 2.100/97, uma vez que a obra da Santa Casa de Dourados estava paralisada, por conta da falta de recursos (o valor de que ora se trata destinava-se apenas à construção do Centro de Especialidades Médicas daquele nosocômio) e de uma renegociação do valor global do contrato, com a empresa construtora, e a retomada dessa obra, com a construção do Centro de Especialidades Médicas (objeto do convênio) ainda teria que aguardar um pouco, na esperança de devolvê-lo à referida conta, assim que recebidos os recursos dos aludidos repasses. Daí a triangulação com a conta do DOP, lembrada no parágrafo anterior.

O MPF e seus assistentes litisconsorciais alegam que com isso houve prejuízo direto para o objetivo do Convênio nº 2.100/97, pois os recursos estavam aplicados em RDBs, junto ao Banco do Brasil, e, com a transferência para a conta do DOP, deu-se a perda dos juros dessa aplicação (que eram elevados, na época), sendo que a posterior reposição à conta do Convênio não foi integral, no que se refere a esses rendimentos (prejuízo de R\$ 145.974,46), e que esses atos teriam implicado em improbidade administrativa. Além disso, a demora na realização da obra do Centro de Especialidades Médicas, por conta do ato em questão, teria implicado em “negação, aos cidadãos sul-mato-grossenses, do direito fundamental de acesso à saúde”, e causado prejuízo para a “Sociedade do Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente a de Dourados e Região”, a justificar o pedido de condenação dos réus em indenização por danos morais.

Conforme facilmente se percebe, sequer o autor e seus assistentes alegam que os réus auferiram alguma vantagem pessoal com tal ato. E, como o auferimento desse tipo de vantagem realmente não restou provado nos autos – é importante frisar isso, para efeito de resguardo moral dos réus -, resta eliminada a possibilidade de enquadramento da conduta dos réus nos tipos delitivos descritos no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)

- o MPF pediu o enquadramento nos artigos 10 ou 11 da lei de regência, mas, como é cediço, o Juízo não está vinculado à capitulação feita pelo autor ou por qualquer das partes; e, em tese, uma vez provados os requisitos necessários, poderia fazer o enquadramento nesse artigo (9º).

Colaciono julgado que respalda tal interpretação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA.

Com efeito, “o pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda, sendo extraído de interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo” (AgRg no REsp 1.284.020/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 6/3/2014).

Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso daquele indicado na exordial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos, não à capitulação legal conferida pelo autor da ação, uma vez que a causa de pedir firma-se na descrição dos fatos, não na sua qualificação jurídica.

Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.160 – SC (2017/1296726-2). Rel. Ministro Benedito Gonçalves, decisão de 28/02/2018, DJe de 12/03/2018.

Passo, então, a analisar os fatos em cotejo com os enquadramentos legais pleiteados/sugeridos pelo MPF.

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 está assim redigido, em seu *caput* - seguido de XXI incisos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (Negritei).

Tal enunciado fixa os requisitos para o enquadramento de ações comissivas ou omissivas no tipo de improbidade administrativa em questão, e os 21 (vinte e um) incisos que se seguem ao *caput* são meramente exemplificativos (não se trata, portanto, de um rol *numerus clausus*), embora indutores de ênfase, através da expressão “notadamente”. Assim, qualquer ação ou omissão, para ser tida como ato de improbidade administrativa, terá que causar “lesão ao erário”, o que refere/implica em “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres”, conforme referido na sequência (do referido tipo). E, de fato, a doutrina, em comentários ao artigo 10 da lei nº 8.249/92, chancela essa exegese. Note-se:

O Erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é bem mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao ‘Tesouro Público. Marino Pazzaglini Filho, in LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA, Ed. Atlas, 3ª edição, São Paulo, SP, 2007, p. 77.

Dos incisos do artigo 10 da Lei nº 8.249/92, o que, em uma primeira análise, pareceu-me amoldar-se melhor à conduta dos réus, foi o VI, que se encontra assim redigido:

V – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

Afinal, a transferência dos recursos, da conta do Convênio nº 2.100/97, para a conta do DOP/MS, e, depois, desta, para a conta geral do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, sem que as obras do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados tivessem sido iniciadas, em princípio, infringiu (na modalidade de “realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares”), de acordo com a linha de raciocínio do MPF e seus assistentes, os artigos 2º e 3º, *caput*, da Lei nº 4320/64, bem como o artigo 167, VI, da Constituição Federal, o artigo 15, § 1º, da Instrução Normativa nº 1, de 15/01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, o artigo 165, VI, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, e, em especial, a Cláusula Segunda, II, 2.2., do aludido convênio.

Porém, melhor refletindo sobre o assunto, convenci-me de que a conduta dos réus não pode ser enquadrada no artigo 10 da lei de regência, pois não restou provado nos autos que houve “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos” recursos do Convênio nº. 2.100/97.

É certo que o MPF alega ter havido um prejuízo da ordem de R\$ 145.974,46, pela perda do rendimento proveniente de juros, caso o capital tivesse sido mantido aplicado em RDBs, junto ao Banco do Brasil.

Mas, mesmo após participar de toda a instrução, o ilustre membro do *Parquet*, em suas alegações finais, ao continuar sustentando que houve “o desvio dos recursos financeiros repassados ao Estado de Mato Grosso do Sul por meio do Convênio nº 2.100/97”, e que isso teria causado “prejuízo ao erário”, em vez de se insurgir contra a afirmação defensiva no sentido de que a aplicação foi integral e não houve dano ao objeto do Convênio e explicar onde estaria a prova ao aludido prejuízo (ao erário), apenas consignou que:

Outrossim, deve também ser reforçado que os valores ressarcidos pelo Estado de Mato Grosso do Sul não abrangem a totalidade dos prejuízos determinados à União, decorrentes do não recebimento dos rendimentos das aplicações bancárias, *tal como se mostrará em sede de cumprimento de sentença*. (Negritei).

Ora. A presença de “lesão ao erário”, causada por “qualquer ação ou omissão, (...), que enseje perda patrimonial”, conforme já dito, é condição *sine qua non* para o reconhecimento da ocorrência de improbidade administrativa nos termos do artigo 10 da Lei nº 8.492/92; e a demonstração cabal dessa lesão, mormente quando a defesa se insurgiu a respeito e indicou prova em sentido contrário, porque consubstancia elemento essencial para a condenação dos réus, não pode ser deixada para a fase de cumprimento de sentença.

Nos autos, pela documentação de fls. 837/845, restou comprovado que o Estado de Mato Grosso do Sul devolveu à Conta do Convênio 2.100/97, em 06 (seis) parcelas, ao longo do ano de 2000, o montante de R\$ 1.940.089,80 (um milhão, novecentos e quarenta mil, oitenta e nove reais e oitenta centavos), em restituição do valor de R\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais), que fora sacado dessa conta e transferido para a sua conta geral, através de operação triangular com a conta do DOP/MS. E esse valor, ao que parece, após terem sido deduzidos “os valores pagos pela SES/MS em relação às 25ª; 26ª e 27ª medições”, teve as suas parcelas corrigidas “pela UFIR do mês do pagamento” e acrescidas “de juros moratórios de 1% (hum por cento) ao mês, contados a partir do mês de janeiro de 2000”, conforme estabelecido no item “b” das medidas recomendadas pelo Ministério da Saúde através do OFÍCIO/FNS/SE/MS Nº 11.281, de 20 de dezembro de 1999, com cópia à fl. 845. Com isso, mesmo desconside-

radas as deduções de três medições, anteriormente referidas (a documentação não é clara a respeito de se houve realmente essa dedução), o valor devolvido representa um acréscimo de R\$ 240.089,89, em relação ao valor inicialmente retirado da Conta do Convênio, o que, embora não haja uma perfeita correlação em termos de lapso temporal entre o período de contagem de juros reclamado pelo MPF e aquele considerado no cálculo do valor dessa restituição, até supera o valor pleiteado nesta ação (R\$ 145.974,46).

Considero, ainda, para reconhecer que a devolução foi integral, inclusive em termos de rendimentos de juros: 1) que os seus parâmetros foram fixados pelo Ministério da Saúde (fl. 845), e obedecidos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o que afasta a possibilidade de ter havido potestatividade em favor deste (de MS); 2) que a prestação de contas do Convênio foi aprovada, tanto pelo Ministério da Saúde (fls. 838-845), como pelo Tribunal de Contas da União (fls. 498-504); e, 3) que o MPF e seus assistentes não desenvolveram, em suas alegações finais, argumentação contrária à alegação da defesa no sentido de que os recursos do Convênio foram integralmente devolvidos e aplicados no fim a que se destinavam, o que representa concordância tácita.

No entanto, mesmo não tendo havido “lesão ao erário”, por “perda patrimonial” em desfavor da União, é certo que, ao sacarem da Conta específica do Convênio, a importância de R\$ 1.700.000,00, transferindo-a, indevidamente - uma vez que a construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados ainda não tinha sido iniciada, e, portanto, não se tratava de pagamentos de medições dessa obra -, para a conta geral do Estado de Mato Grosso do Sul, através de triangulação com a conta do DOP/MS, os réus desrespeitaram a legislação de regência, em especial, a Cláusula Segunda, II, 2.2., do Convênio nº 2.100/97, que, sim, previa a aplicação dos “recursos recebidos do MINISTÉRIO, a contrapartida e os rendimentos auferidos das aplicações financeiras, exclusivamente na consecução do objeto previsto pactuado” (fl. 128/negritei).

Nesse contexto, não se pode esquecer que, dentre os princípios elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal - CF, a Administração Pública deve observância aos da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, mesmo que, após alguns meses, os recursos em questão tenham sido devolvidos à Conta do Convênio e integralmente aplicados na obra, exatamente durante esse período eles não estiveram a disposição do fim a que se destinavam e rendendo juros enquanto essa aplicação não fosse possível. Ademais, a ação dos réus colocou em risco a devolução de tais recursos (os percalços havidos nesse sentido são prova disso) e minou a credibilidade da Administração Pública, exatamente por desrespeitar o princípio da legalidade (o que provavelmente chegaria ao conhecimento do público pelo dever da publicidade), vulnerando, assim, as expectativas de que a ação do Estado se dê de acordo com os regramentos da moralidade e da eficiência.

Considero, ainda, que os réus estavam perfeitamente cientes da ilicitude (*lato sensu*) do ato que estavam praticando, pois, certamente com a intenção de dar uma aparência de legalidade a esse agir, preferiram fazer a triangulação com a conta do DOP/MS (muito provavelmente na esperança de que as obras do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados logo fossem iniciadas e, assim, não houvesse necessidade de retorno dos recursos à conta do Convênio nº 2.100/97, legitimando-se, aparentemente, o ato em questão, pela modalidade de repasses/pagamentos de medições), em vez de simplesmente fazerem a transferência direta dos recursos para a conta geral do Estado de Mato Grosso do Sul, o que elimina a possibilidade de acolhimento da alegação de se tratar de mera “movimentação financeira”.

A economia de R\$ 5.269.650,00, obtida com a renegociação geral do valor (custo) da obra da Santa Casa de Dourados, alegada pela defesa, embora louvável, do ponto de vista de

eficiência da Administração Pública estadual, não serve para legitimar a ação dos réus, pois os recursos dos repasses da União deveriam ter ficado aplicados na Conta do Convênio nº 2.100/97, rendendo juros, conforme previa a Cláusula Segunda do ajuste. Aliás, essa negociação, porque, ao que parece, foi o principal motivo para a demora no início da construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados, até legitimava a não aplicação momentânea dos recursos no fim a que se destinavam e a aplicação financeira junto ao Banco do Brasil, de onde eles não deveriam ter sido retirados.

A alegação defensiva de que o item 2.10, c/c o subitem 2.10.3, ambos da Cláusula Segunda do Convênio, “autoriza a utilização dos recursos em finalidade diversa da contemplada”, a toda evidência, não procede.

Primeiro, porque, como também é cediço, enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíba, a Administração Pública deve fazer apenas aquilo que a lei manda. No presente caso, além das vedações legais lembradas pelo MPF, a “lei” do Convênio previa que os recursos deveriam ficar aplicados em conta específica junto ao Banco do Brasil, recebendo juros, e isso foi desrespeitado pelos réus. E, *segundo*, porque o item 2.10 c/c o subitem 2.10.3 da Cláusula Segunda do Convênio apenas fixa a obrigação de a Secretaria de Estado de Saúde do Mato Grosso do Sul (enquanto parte signatária do ajuste), em havendo aplicação “em finalidade diversa da estabelecida” (como de fato houve), “restituir (à União, também parte signatária do Convênio) o valor transferido, acrescido de juros legais, na forma da legislação aplicável aos débitos para com a Fazenda Nacional, a partir da data de seu recebimento”.

Conforme se pode perceber, não se trata de uma autorização para aplicação dos recursos do Convênio em finalidade diversa daquela prevista no seu instrumento formal, mas apenas de um reforço quanto à obrigação legal e lógica de restituição dos valores repassados, em caso de utilização em finalidade “diversa da estabelecida”, o que não afasta a possibilidade de reconhecimento de improbidade administrativa com essa prática.

Portanto, no presente caso a lesão se verificou em relação à credibilidade que se espera no agir da Administração Pública, e isso representa dano ao patrimônio público – este, a constatar bem jurídico mais amplo do que o erário, conforme se extrai do lúcido escólio de Marino Pazzagliani Filho, anteriormente colacionado –, e é alcançado pelo disposto no artigo 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Note-se:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, *legalidade* e lealdade às instituições, e notadamente:

I – *praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência*; (Negritei).

(...).

O ato dos réus, conforme já restou reconhecido, ao desrespeitar a lei em sentido amplo e ao disposto no item 2.10, c/c o subitem 2.10.3, ambos da Cláusula Segunda do Convênio, implicou em quebra do princípio da legalidade, a configurar improbidade administrativa.

Quanto às penalidades a serem impostas aos réus, o artigo 12, III, da Lei nº 8.429/90 as elenca de forma genérica, para casos de infringências ao artigo 11 dessa lei, mas em seu *caput* prevê que elas poderão “*ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato*” (negritei), o que dá ao magistrado maior espaço interpretativo em termos de correlação e gradação das reprimendas em relação aos fatos, e, conseqüentemente, melhores condições de fazer justiça no caso concreto.

Tais penalidades são as seguintes:

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritários, pelo prazo de três anos.

A penalidade de “ressarcimento integral de dano, se houver”, parece-me ser aplicável apenas em se tratando de dano patrimonial (ao erário), pois só esse tipo de dano pode ser integralmente ressarcido.

Como no presente caso restou reconhecido apenas dano à imagem da Administração Pública, por desrespeito ao princípio da legalidade, não há que se falar em ressarcimento integral, até porque não se tem a extensão financeira desse dano – que é de difícil ou mesmo de impossível mensuração.

O pagamento de multa civil “de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente” também está atrelado ao dano material, até por necessidade de um parâmetro para sua quantificação - se o agente causou dano patrimonial, deve sofrer sanção proporcional e da mesma natureza.

Como no presente caso não se reconheceu “dano ao erário”, esse tipo de penalidade representaria rigor excessivo; e por isso deve ser evitado; o que é possível com base na avaliação da “gravidade do fato”, que consta da parte final do *caput* do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Restam as penalidades de “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” e de “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”, que, por estarem previstas em lei e se amoldarem à conduta dos réus, podem e devem ser aplicadas aos mesmos.

A culpabilidade dos réus restou bem delineada no relatório feito pela servidora Neusa Simabuco (fls. 47/48), anteriormente transcrito, onde essa servidora descreve a atuação de cada um deles, dentre os presentes na reunião havida em 24 de setembro de 1988, no Gabinete do então Secretário de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul, Sr. José Ancelmo dos Santos, para tratar da transferência de recursos da conta do Convênio nº 2.100/97, e ao final arremata: “Apesar das promessas feitas ao Dr. Nelson pelo Sr. Governador juntamente com seus assessores financeiros, de que os recursos seriam devolvidos até o final de dezembro, o mesmo não aconteceu até o presente momento”.

Com isso provou-se a consciência e mesmo a participação ativa, quanto aos fatos, do réu Wilson Barbosa Martins, então Governador de Mato Grosso do Sul, que não esteve presente na aludida reunião.

Portanto, dos pedidos feitos na inicial, o de nº 1, de recomposição do patrimônio público, no montante de R\$ 145.974,46, com os acréscimos indicados, conforme consta do relatório deste *decisum*, deve ser julgado *improcedente*, por se tratar de recomposição material (financeira) e porque não se reconheceu ter havido dano ao erário.

Passo a tratar do pedido de nº 2, de condenação dos réus a arcarem com “os valores a serem apurados (...), sobre os acréscimos dos custos da obra, oriundos da demora da (sic) construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados”, por conta da transferência indevida dos recursos que se encontravam depositados na conta do Convênio nº

2.100/97 e aplicados em RDBs. (Negritei).

Aqui, além de o MPF e seus assistentes não terem conseguido provar a ocorrência de tais acréscimos no custo da obra - “a serem apurados” -, a exemplo do que ocorreu com a alegação de dano ao erário, é de se considerar a existência de certa incongruência argumentativa entre os fundamentos desse pleito e os do pedido de condenação dos réus ao ressarcimento do prejuízo de R\$ 145.974,46, por conta da movimentação indevida dos recursos da conta do Convênio nº 2.100/97, com a perda dos juros da aplicação financeira sob a qual eles encontravam no Banco do Brasil.

É que, se os recursos do Convênio se encontravam aplicados a tempo certo, e se o MPF reclama os juros da aplicação durante esse período, por raciocínio lógico, não se pode considerar o interregno dessa aplicação como atraso da obra. Se os RDBs iam se vencer dali a alguns meses, por certo que a obra do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados não reunia condições de ser iniciada imediatamente, e isso, inclusive, é corroborado pela afirmação dos réus (que não foi rebatida pela parte autora) no sentido de que tal impossibilidade se dava em função de negociação, que se desenvolvia com a empresa empreiteira da obra geral (do Hospital da Santa Casa de Dourados, onde se inseria referido Centro de Especialidades), visando baixar o custo geral da obra, na qual se conseguiu uma redução da ordem de R\$ 5.269.650,00.

Assim, além de não restar provado que houve custo adicional na obra do Centro de Especialidades Médicas, por conta de atraso no início da obra física - causado, este, de ser turno, pela movimentação indevida de recursos da Conta do Convênio nº 2.100/97 -, não se provou que efetivamente ocorreu esse atraso, considerada a possibilidade real de início dos trabalhos da empreitada, uma vez que os recursos estavam aplicados em ativo financeiro.

Por fim, quanto a esse aspecto, ainda que, em tese, tenha havido algum atraso efetivo no início da construção do Centro de Especialidades Médicas, por conta da movimentação indevida de recursos feita pelos réus, e que isso tenha causado um acréscimo no custo dessa obra (o que, conforme referido, não foi provado), aqui sim é de se considerar que a redução de R\$ 5.269.650,00, conseguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul (que era gerido, grosso modo, pelos réus), compensou largamente esse acréscimo, uma vez que tal redução de custos, por se referir à obra maior, de Construção do Hospital da Santa Casa de Dourados, por certo teve reflexos no custo da obra menor, do referido Centro de Especialidades, que nela estava inserida.

Assim, esse pedido também deve ser julgado *improcedente*.

O pedido de nº 3, de aplicação individual das sanções previstas pelo artigo 12, II ou III, da Lei nº 8.429/92, conforme já referido, deve ser julgado *em parte procedente*, para o fim de se aplicar aos réus as penalidades de “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” e de “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”, nos termos do inciso III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Nesse contexto, consideradas, a ausência de dolo de parte dos réus, no sentido de auferir proveito próprio, com a transferência indevida de recursos do Convênio nº 2.100/97, e, bem assim, a efetiva ausência de prejuízo ao erário público, tenho que a primeira dessas penalidades (de suspensão dos direitos políticos) deve ser aplicada no mínimo legal (prazo de três anos), sendo que a segunda e última (de proibição de contratar com o Poder Público ...), por referir prazo único (três anos), não comporta gradação.

Resta o pedido de condenação dos réus em indenização por dano moral causado “à So-

cidade do Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente a de Dourados e Região”, por conta da movimentação indevida dos recursos da conta do Convênio nº 2.100/97, que teria implicado em “negação, aos cidadãos sul-mato-grossenses, do direito fundamental de acesso à saúde”.

Esse pedido também é *improcedente*. *Primeiro*, porque não se reconheceu atraso na obra do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados por culpa exclusiva da movimentação indevida feita pelos réus; e, *segundo*, porque não se provou ter havido negação “do direito fundamental de acesso à saúde”. Afinal, os necessitados de serviços de saúde na cidade de Dourados e região por certo continuaram a ser atendidos pelo sistema hospitalar e clínico até então ali existente, e o alegado atraso no início da obra do Centro de Especialidades Médicas (que não foi provado), se de fato ocorreu, representou apenas o adiamento de uma expectativa de melhoria nesses serviços, que, como se sabe, além de não ser certa (muitas vezes, apesar de se ter um prédio novo, a qualidade dos serviços não melhora), não depende apenas de obras físicas, mas de vários outros fatores, tais como de recursos materiais e humanos, que não se sabe se seriam imediatamente ali alocados.

Considerando que, inobstante os pedidos materiais da presente ação devam ser julgados parcialmente procedentes, não houve condenação dos réus em desembolso material, e, conseqüentemente, não se tem um “valor da condenação”, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios “sobre o valor atualizado da causa”, nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC - até porque, apesar de o MPF ter alegado um prejuízo ao erário da ordem de R\$ 145.974,46 (fl. 15), deu à causa o valor de R\$ 1.845.974,46 (fl. 45), o que faz com que uma condenação sucumbencial com base nesse dispositivo da lei processual (artigo 85, § 2º do CPC) fatalmente levaria a honorários advocatícios maiores do que o valor principal reclamado.

Assim, na falta de um parâmetro normativo que melhor se amolde à situação dos autos, os honorários sucumbenciais deverão ser fixados de forma equitativa pelo Juízo, com base no que dispõe o § 8º do artigo 85 do CPC, uma vez que, apesar de não ter havido proveito econômico em favor dos réus (menor do que “irrisório”), ocorreu infringência ao princípio da legalidade.

Diante do exposto, julgo *parcialmente procedentes* os pedidos materiais da presente ACP, para *condenar* os réus por atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº. 8.429/92, aplicando-lhes, individualmente, as seguintes penas do artigo 12, III, dessa lei: 1) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos; e, 2) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Custas, nos termos da lei. Condene os réus ao pagamento de honorários advocatícios que equitativamente fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), *para cada um deles*, nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC.

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

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Campo Grande, MS, 13 de setembro de 2018.

Juiz Federal RENATO TONIASSO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0007417-57.2010.403.6103

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E UNIÃO FEDERAL
Réus: PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE CARAGUATATUBA-SP, OCUPANTES DOS QUIOSQUES E ASSOCIAÇÃO DOS QUIOSQUES DE CARAGUATATUBA - AQC

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

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2018

I – RELATÓRIO

Tratam-se de ações civis públicas (autos Nº 0007417-57.2010.403.6103 E Nº 0002255-47.2011.403.6103) e de ação popular (autos Nº 0004036-07.2011.4.03.6103) propostas perante este Juízo Federal, em que figuram nos pólos ativo e passivo as sobreditas partes, referentes aos quiosques situados na orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba-SP, em sua faixa litorânea compreendida entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê, em que se pretende, em síntese, a condenação dos réus a obrigações de fazer e de não fazer, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, consistentes em:

(i) demolição das edificações relativas aos quiosques, a retirada dos entulhos e materiais eventualmente depositados na área protegida, bem como a retirada das espécies exóticas introduzidas na área, e restauração integral das condições primitivas da vegetação e solo da zona costeira;

(ii) cessação de atividade degradadora do meio ambiente, com a paralisação imediata e integral de toda a atividade de corte de vegetação, aterramento, edificação, impermeabilização, introdução de espécies exóticas, ou qualquer outra geradora de poluição, inclusive visual, proibindo-se qualquer ocupação na área em questão, sob pena de pagamento de multa diária;

(iii) elaboração e apresentação aos órgãos ambientais competentes (IBAMA e CETESB) de projetos de recuperação dos ecossistemas degradados, por técnico habilitado (engenheiro agrônomo ou florestal);

(iv) não expedição pelo Município de Caraguatatuba-SP de alvarás de funcionamento, em favor das supostas fontes poluidoras, bem como de não concessão de permissões de uso das áreas de domínio da União;

(v) declaração da inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 181, de 30 de Dezembro de 1992, bem como da ilegalidade das permissões concedidas.

Em sede de pedido de medida liminar (Lei nº 7.347/1985, art. 12 e Lei nº 4.717/1965, art. 5º), sob alegação de *grave risco de dano irreversível ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio público (fumus boni iuris e periculum in mora)*, se pretende a ordem de embargo judicial, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, a partir das seguintes providências:

a) a imposição de obrigação de não fazer para não serem realizados outros cortes de vegetação, aterramentos, edificações, ou reformas e ampliações dos quiosques, bem como não introdução de novas espécies exóticas;

b) a imposição de obrigação de fazer para desativação de todos os quiosques, bem como barracões e boxes construídos;

c) suspensão das outorgas e permissões de uso e vedação de novas outorgas de permissão do uso de áreas da União ou públicas (praia), ou renovações, bem como de alvarás de funcionamento das alegadas fontes de poluição localizadas na área em questão;

d) expedição de mandado de constatação da situação dos quiosques por Oficial de Justiça, e

e) colocação de placa informativa em local visível, acerca da ordem de embargo judicial em razão de desconformidade com a legislação ambiental vigente.

Nos termos de decisão proferida por este Juízo Federal (fls. 947, 841 e 370), no propósito de se *otimizar o regular processamento*, foi determinada a *reunião dos feitos em razão de conexão (CPC, arts. 54 a 59)*, em virtude de se tratarem de *ações envolvendo partes em comum*, referentes à *ocupação pelos quiosques situados na orla do Município de Caraguatatuba-SP*, tendo portanto *idênticas causas de pedir e pedidos similares*, visando em síntese a *demolição dos quiosques e imposição de obrigações de fazer e de não fazer diversas em face dos réus*.

O *apensamento de referidas ações civis públicas (autos nº 0007417-57.2010.403.6103 e nº 0002255-47.2011.403.6103) e da ação popular (autos Nº 0004036-07.2011.4.03.6103)* atende à *previsão da lei processual civil (CPC, art. 54, § 3º)*, sobretudo para se *afastar nocivas decisões conflitantes ou contraditórias e a indesejada insegurança jurídica* entre feitos decorrentes da *mesma situação de fato*, motivo pelo qual será *tomado em consideração todo o conjunto probatório* produzido para fins de *julgamento em conjunto das ações a partir da presente sentença em comum*.

Com efeito, apesar de se tratarem de *ações civis com natureza e ritos diversos (ações civis públicas e ação popular)*, após decorrido *tempo considerável desde sua propositura (em 2010 e 2011)*, por *razões diversas - inclusive reiterados pleitos de suspensão do Ministério Público Federal e Município de Caraguatatuba -*, no atual estágio de tramitação as ações se encontram na *mesma fase processual*, após superada as *fases postulatória e de produção de provas*, com *plena oportunidade de exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes bem representadas*, sendo *razoável e oportuno o julgamento das ações em conjunto*, sobretudo por *não se vislumbrar qualquer prejuízo às partes (princípio do pas de nullite sans grief)*, pelo contrário, no firme propósito deste Juízo Federal de *se otimizar o tempo e os atos processuais e se afastar a insegurança jurídica*, observado o *princípio da economia processual e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII)*.

Conforme *petições iniciais e manifestações* que instruem os respectivos feitos, narra-se, em síntese, que:

A) AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0007417-57.2010.403.6103:

Após o trâmite de *Inquérito Civil nº 12/03* junto a *Promotoria de Justiça Regional do Meio Ambiente*, instaurado mediante provocação da *Sociedade Amigos do Jardim Adalgisa*, onde se apuravam os *danos ambientais* resultantes da inserção de diversos *quiosques ao longo da Praia da Cocanha*, tendo se verificado *poluição da área de praia decorrente da carência de coleta adequada dos resíduos gerados pelos quiosques*, e *dano à paisagem*, tendo em vista a existência de *diversas construções na orla da praia e sua volumetria*, considerando que a área está localizada entorno do *Parque Estadual da Serra do Mar*, tombada pelo CONDEPHAAT.

Salienta o *comportamento omissivo/comissivo do Município de Caraguatatuba*, quanto ao cumprimento de suas *obrigações constitucionais com o meio ambiente*, uma vez que, ciente dos diversos problemas apresentados na ocupação da orla da Praia da Cocanha, *não teria adotado as providências necessárias para cessar os danos*.

Informa ainda, que o réu “*colabora diariamente para que tal situação se agrave ainda mais*”, tendo em vista a *concessão de alvarás de funcionamento*, bem como a *realização de edificações sem oitiva da União e dos órgãos ambientais competentes*, sendo que encontram-se em área que goza de *especial proteção ambiental, a RESTINGA (Resolução CONAMA nº 303/2002)*.

O autor não precisou a data em que os quiosques foram edificadas na *Praia da Cocanha*, mas informa que, segundo o *Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais – DEPRN*, até o ano de 2001 as estruturas não haviam sido edificadas, também não sabem ao certo quantas estruturas fixas estão edificadas na área atualmente, no entanto, também conforme DEPRN, existem 10 (dez) quiosques e 5 (cinco) barracos de madeira.

Além das construções mencionadas, houve ainda edificação de alvenaria para uso dos *Maricultores e Pescadores da Praia da Cocanha*, construída sem autorização e em área de preservação permanente, o que teria sido confirmado pelo IBAMA.

Segundo o autor, conforme consulta ao CONDEPHAAT, verifica-se que o órgão “*não anuiu com tais construções, como ainda, antes mesmo da requerida construir a edificação já referida para os Maricultores e Pescadores, solicitou informações sobre tais ocupações e, também, determinou a redução de tais construções*” (fl. 07).

Afirma que a *proteção ao meio ambiente foi totalmente desprezada pelo Município de Caraguatatuba*, tendo em vista que a *Vigilância Sanitária do Município*, bem como o *Núcleo Regional de Saúde*, teriam sido categóricos em afirmar os problemas constatados na coleta e tratamento dos resíduos gerados nos estabelecimentos.

Quanto à *poluição sonora*, relata que os quiosques foram denunciados constantemente pela Sociedade Amigos do Jardim Adalgisa e que não há necessidade de realização de perícias, pois verifica-se que os quiosques não possuem ambientes adequados para tanto, “*como se realizar a necessária vedação para a contenção dos ruídos?*” (fl. 08).

Conclui que os *danos ao meio ambiente* resultantes das atividades dos quiosques seriam: a) *Ocupação, com aterramento e construção em área de preservação permanente*; b) *Introdução de espécies exóticas* (chapéu de sol) que *prejudica e impede o desenvolvimento da vegetação natural* da área; c) *Dano paisagístico*; d) *Poluição sonora*; e, e) *poluição do solo e das águas em razão do tratamento inadequado dos resíduos gerados*.

Acerca dos *danos à saúde pública e as relações de consumo*, informa a parte autora que o Município de Caraguatatuba concede *alvarás de funcionamento a estabelecimentos que contrariam normas relativas a saúde pública*, uma vez que nas vistorias realizadas por técnicos do *Núcleo Regional de Saúde* constatou-se, em resumo, que:

- os estabelecimentos foram *planejados para exercerem atividade de quiosque de praia*, mas ao longo do tempo acumularam serviços próprios de *restaurante*, tornando a área física *insuficiente para a realização das tarefas, não possuindo dimensão adequada para desenvolver o fluxo compatível para a manipulação correta de alimentos*.
- os estabelecimento não apresentam tela de proteção contra roedores e insetos e os ralos existentes encontravam-se sem proteção;
- ausência de lavatório exclusivo para a lavagem das mãos;
- ausência de caixas de gordura necessárias à atividade;
- tubulação hidráulica e elétrica encontrar-se visível na superfície da areia, apresentando rachaduras, tornando o sistema inoperante, uma vez que as águas que deveriam estar contidas extravasam para a areia (...) (fl. 08/09).

Já o *Serviço de Vigilância Municipal* teria constatado que muitos dos *quiosques utilizam água de poço, sem regularização aos órgãos competentes*, e que alguns dos quiosques não dispõem de banheiros para os clientes e funcionários. Também houve verificação pelo *Corpo de Bombeiros de irregularidades no funcionamento das atividades dos quiosques*, e, mesmo após comunicação formal, não foram adotadas medidas pertinentes à cessação do perigo à saúde pública.

Ainda, conforme documento enviado pelo *Serviço de Patrimônio da União – SPU*, as construções encontram-se em *área da União e não estão regularizados junto ao patrimônio da União*, e, como se não bastasse, o *Município de Caraguatatuba se legitimaria como possuidor da área da União*, utilizando-se do *Decreto Municipal nº 181, de 30 de dezembro de 1992*, onde esta prevista a outorga de permissão de uso de áreas compreendidas na faixa de praia localizada entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê.

Sustenta a *responsabilidade do Município de Caraguatatuba para a reparação integral de todos os danos*, pois além de tê-los causado diretamente, *autoriza e tolera o funcionamento de fontes altamente poluidoras*, assim, tais iniciativas não podem restar sem a devida resposta, sob pena de incrementar a sensação de impunidade que permeia a sociedade.

Argumenta a parte autora que é *obrigação da parte ré fiscalizar e adotar todas as providências administrativas e judiciais* que estiverem ao seu alcance, visando conferir *credibilidade às atividades em funcionamento* no território municipal, bem como *evitar atividades que causem dano ao patrimônio público e a vida das pessoas*.

B) AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0002255-47.2011.403.6103:

Conforme apurado a partir do *Inquérito Civil sob o nº 02/07*, os réus *ocupam irregularmente e poluem área de preservação permanente*. Instaurado o *procedimento investigatório*, em razão de inspeções realizadas na *Praia de Massaguaçu pela Vigilância Sanitária do Núcleo Regional de Saúde de Caraguatatuba – DIR XXI – São José dos Campos*, onde constatou-se as seguintes *deficiências sanitárias*: a) ausência de compartimentos e itens imprescindíveis; b) armazenamento inadequado dos produtos refrigerados ou não; c) dificuldade de proceder limpeza eficaz do estabelecimento devido a natureza do material empregado na construção, e d) dificuldade de proceder limpeza e organização no estabelecimento, pelo fato de abrigar em seu interior objetos não pertinentes.

Com a inspeção e verificadas as variadas inadequações, concluiu a *Vigilância Sanitária* que nenhum dos quiosques assegura a elaboração de alimentos em condições sanitárias satisfatórias, tendo sido estes posteriormente notificados pela Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba a proceder ao fechamento.

Informa, ainda, que dos 9 (nove) quiosques, apenas 5 (cinco) possuem inscrição municipal (os de número 04 a 08).

Argumenta o autor sobre a *responsabilidade civil e reparação dos danos ecológicos* por parte dos réus, na forma do *art. 14, § 1º, c/c art. 4º, inciso VII, da Lei Federal nº 6.938/81*.

Com relação à *proteção da zona costeira*, menciona o disposto na *CF, art. 225, § 4º*, bem como o *art. 6º § 1º da Lei nº 7.66/88*, que institui o *Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro*.

Faz menção ao *uso e acesso às praias*, salientando que o meio ambiente é um *bem de uso comum do povo*, conforme esclarece a *CF, art. 225*, bem como *art. 6º e seu §1º, da Lei 7.661/88*.

Por fim, salienta a ocupação dos réus em *área de preservação permanente (restinga)*, conforme disposição expressa da *Resolução CONAMA nº 303, de 20 de março de 2002*.

C) AÇÃO POPULAR nº 0004036-07.2011.4.03.6103:

Ação popular em que se pretende que sejam tomadas as *providencias necessárias e legais* quanto aos ocupantes irregulares da área compreendida entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê, com remissão à ação direta de inconstitucionalidade nº 176612-03/TJSP, que teria anulado as permissões concedidas e determinado a realização de licitações para ocupação dos imóveis existentes entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê, declarando ainda a inconstitucionalidade do Decreto Municipal n.º 181, de 30/12/1992.

Com fundamento ao art. 37 da Constituição Federal, sustenta o descaso quanto aos seguintes princípios: (i) *princípio da legalidade*, ante a omissão em deixar os quiosques/restaurantes funcionarem sem o devido *Alvará de Licença e Funcionamento*; (ii) *princípio da impessoalidade*, quando trata os referidos estabelecimentos comerciais diferentemente dos demais comércios da cidade, deixando de cobrar as *taxas e tributos devidos*; (iii) *princípio da moralidade*, tendo em vista o não cumprimento do *acórdão TJSP*, quanto a abertura de procedimentos licitatórios; e (iv) *princípio da eficiência*, vez que não adotadas as *medidas legais para a solução* de questões públicas, ocupação irregular das praias com edificações de concretos.

No curso da tramitação dos feitos houve *contestações, manifestações e informações complementares* pelas partes e órgãos públicos, cujas *razões* serão devidamente enfrentadas quando dos *fundamentos jurídicos* que seguem.

Foram proferidas *decisões* nos autos em *apreciação aos pedidos de liminar* formulados pelas partes, tendo sido indeferido o pedido de liminar na *Ação Popular nº 0004036-07.2011.4.03.6103* (fl. 46/47), e deferido em parte o pedido de liminar na *Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103* (fl. 540/542).

O *Ministério Público Estadual e Federal* entrevistou nos feitos, ora como *parte*, ora como *custos legis (fiscal da lei)*, conforme *previsão legal* (*Lei nº 7.347/1985, art. 5º, § 1º e Lei nº 4.717/1965, art. 6º, § 4º*).

No *regular trâmite dos feitos*, em que se verificou *devidas intimações das partes* para *manifestações acerca dos elementos de prova* acostados aos autos, *por mais de uma vez este Juízo Federal ofereceu oportunidades de resolução das controvérsias a partir da conciliação* (CPC, art. 139, inciso V), *sem que tivesse havido êxito*, inclusive com *registro nos autos* no sentido de que as partes “*não estão afastadas de alcançarem uma solução extrajudicial para a controvérsia, independentemente da fase em que se encontre o trâmite processual*”, através da “*continuidade das tratativas e tentativas de solução consensual à controvérsia pelas partes, sem que haja o sobrestamento do feito*” (fls. 947, 841 e 370 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), o que, contudo, *não se verificou até o presente momento processual*.

Pelo *Ministério Público Federal* foram prestadas *reiteradas informações* no sentido de que a questão em debate tem sido objeto de *atuação conjunta* entre o Ministério Público Federal e o Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público Estadual – GAEMA perante as Prefeituras Municipais, inclusive com trabalhos em torno de minutas de Termos de Ajustamento de Condutas – TACs (*Inquérito Civil nº 1.34.014.000054/2010-62*), *sem que, contudo, tivesse sido trazido a este Juízo Federal qualquer informação acerca de êxito na busca de solução extrajudicial* para a questão dos quiosques situados na orla dos *Municípios do Litoral Norte do Estado de São Paulo*.

Em sede de *especificação de provas*, restou consignado no feito que “o *Ministério Público Federal entende desnecessária a produção dessas provas [prova testemunha e pericial]*, eis que a *matéria debatida nesses autos é puramente de direito*” (fl. 854-v).

Em saneamento, por este Juízo foi proferida *decisão* nos respectivos autos em 22/02/2017,

em que se determinou:

(...) Assim, em prosseguimento, já superada a fase postulatória, intimem-se as partes e a União para que apresentem suas alegações finais, especificando eventuais outras provas que pretendam produzir, de forma justificada sobre a efetiva necessidade e utilidade da prova para o deslinde da ação, sob pena de preclusão. Prazo: 10 (dez) dias.

Oficie-se à SPU, IBAMA e CETESB para que, a partir das vistorias necessárias, sejam prestadas as informações atuais acerca da situação em geral da ocupação dos quiosques objeto destes autos (v.g. área de praia, área de preservação permanente, terreno de marinha etc.), bem como sobre a possibilidade ou não de sua efetiva regularização, com informações sobre os requisitos, prazos e eventuais propostas quanto à forma de regularização. Prazo: 30 (trinta) dias. (...). (fls. 947, 841 e 370).

Após transcorrido *lapso temporal mais que razoável* desde a ordem de intimação às partes e ofícios aos referidos órgãos públicos – *mais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses* –, houve algumas *manifestações das partes e informações técnicas (CETESB, de 24/05/2017 – fl. 959 e IBAMA, de 08/08/2018 – Fl. 1116 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103)*, verificando-se, contudo, *nociva inércia da União (SPU) (Fl. 1108 e 1112/1114) no efetivo atendimento à ordem judicial*, sobretudo para *informações técnicas complementares* à instrução dos feitos.

Por oportuno, pelo próprio *Ministério Público Federal* foi asseverado nos *autos de ACP nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal)* no sentido de que a “*obtenção de um acordo, este não se mostrou viável, impondo-se o prosseguimento do processo até o seu final julgamento*”:

(...) foram feitas diversas tratativas com a municipalidade e com a Secretaria de Patrimônio da União, na tentativa de se alcançar um modelo de regularização da ocupação dessas áreas federais (chamado “Projeto Orla”), através da formalização de um Termo de Ajustamento de Conduta. Todavia, após decorridos vários meses, não houve avanço significativo que justifique o prolongamento da suspensão processual das ações acima citadas, devendo, portanto, prosseguir as ações, até final provimento jurisdicional (Fl. 854).

...

(...) os sucessivos sobrestamentos dos autos não foram suficientes para que a Prefeitura de Caraguatatuba concluísse a regularização da orla ou demonstrasse o cumprimento das medidas necessárias à continuidade do Projeto Orla. Como se vê, apesar de todo o temo de esforço do MPF na obtenção de um acordo, este não se mostrou viável, impondo-se o prosseguimento do processo até o seu final julgamento. (Fl. 984 – Grifo nosso).

Por conseguinte, foi determinada a *conclusão dos autos para sentença*, sobretudo em observância ao *princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inciso LVIII)* e da *necessidade de se efetivar a entrega da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV)*, afastando-se desta maneira a *insegurança jurídica* e a *prejudicial indefinição* acerca da matéria por parte do *Poder Judiciário*.

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

II - FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 – PRELIMINARES

II.1.1 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A *competência* é pressuposto (processual positivo de validade) indeclinável para o exercício da *jurisdição*. Ao estabelecer a *competência (absoluta) da Justiça Federal*, dispõe a *Constituição Federal*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...).

Sendo a União “interessada, na condição de autora, ré, assistente ou oponente”, como ocorre no presente caso, a competência é da Justiça Federal.

II.1.2 – LITISCONSÓRCIO PASSIVO

Em decorrência:

(i) do contexto fático probatório que ensejam os presentes feitos, que envolvem direitos e interesses relativos aos ocupantes dos quiosques situados na orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba;

(ii) considerando a manifestação da Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC acostada à ACP nº 0007417-57.2010.403.6103 (fl. 1006/1015), possuindo dentre suas “finalidades”, conforme Estatuto Social, a “REPRESENTAÇÃO GERAL da categoria econômica dos proprietários de QUIOSQUES, similares e barracas situados na Orla Marítima de Caraguatatuba” (Fl. 1019), e, sobretudo,

(iii) sua ciência dos termos e documentos do processo (CPC, art. 9º), tendo exercido seu direito ao contraditório e à ampla defesa e estando bem representados para “intervenção nos autos dos processos nº 0007417-57.2010.403.6103, 0002255-47.2011.403.6103 e 0004036-07.2011.403.6103” conforme documentos representativos dos autos (fl. 1016/1034), em que se requer inclusive “sustentação oral anterior a eventual julgamento da lide” (fl. 1015),

Ficam incluídos de ofício os ocupantes de quiosques da orla da Estância Balneária de Caraguatatuba e a Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC como partes em litisconsórcio passivo nos autos da Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103, para todos os efeitos processuais.

II.1.3 - PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU DA CONGRUÊNCIA – LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA LIDE

O autor deduz, na inicial, o objeto litigioso, enquanto o réu fixa os pontos controvertidos, de fato e de direito, conforme art. 324 do CPC de 2015:

Art. 324. O pedido deve ser determinado.

E o art. 141 do CPC de 2015, com efeito, dispõe que:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Embora questões processuais diversas possam ser alegadas pelas partes, o julgamento está adstrito aos limites objetivos e subjetivos da lide, fazendo coisa julgada erga omnes (para todos), nos limites da competência territorial regional deste Juízo Federal (Lei nº 7.347/1985, art. 16 c/c Lei nº 8.078/1990, art. 93, inciso I).

Por conseguinte, as presentes ações não se prestam para declarar a posse ou propriedade dos réus sobre os quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP; não se prestam a demarcar a faixa de terrenos de marinha; não se prestam para apurar eventual delito am-

biental, e não se prestam para definir as medidas exatas do local onde se encontram situados os quiosques (não é uma ação demarcatória).

Em síntese, impor obrigações de fazer e de não fazer aos réus em razão da ocupação dos quiosques na orla da Estância Balneária de Caraguatatuba-SP, a partir da ordem de demolição e de recuperação de área: eis os limites objetivos a que esta adstrito o Juízo. Todavia, como imperativo lógico, muitas das questões processuais suscitadas terão de ser enfrentadas e decididas, de modo incidental (incidenter tantum), contudo, o dispositivo da sentença não poderá desviar-se nem afastar-se dos pedidos dos autores, como deduzidos nas petições iniciais.

O cerne das presentes demandas consiste em saber se as atividades das partes réus encontram-se em contrariedade com o que determina o ordenamento jurídico, e se seria possível impor-lhe o dever de demolir e de reparar o dano. Muitos são, em tese, os motivos legais pelos quais não seria possível realizar o empreendimento imobiliário no local. O impedimento pode, por exemplo, existir em razão de o local ser praia, ou constituir-se em terrenos de marinha, ou área de preservação permanente. Impende esclarecer quais desses impedimentos estariam presentes no caso concreto, especificando-os, com as necessárias implicações e responsabilidades decorrentes da previsão legal.

II.2 – MÉRITO

II.2.1 – QUIOSQUES – OCUPAÇÃO – LEGALIDADE – FAIXA DE AREIA DE PRAIA (ÁREA DE USO COMUM DO POVO) - TERRENO DE MARINHA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

A) FAIXA DE AREIA DE PRAIA – BEM DA UNIÃO - ÁREA DE USO COMUM DO POVO – PROIBIÇÃO LEGAL DE CONSTRUÇÃO – DEVER DE DEMOLIÇÃO

Tratando-se de ações em que se visa a imposição de responsabilidades em razão da suposta ocupação pelos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP de faixa de areia de praia, faz-se oportuna a análise da legislação que rege a matéria, para fins de necessária aferição acerca da eventual possibilidade de edificação ou não sobre referida área de praia, com as implicações e medidas necessárias em observância aos termos da lei.

É importante que se evite a confusão, por vezes existente, entre o conceito legal de “terrenos de marinha” e o conceito legal de “praia”, previsto no art. 10, § 3º, da Lei 7.661/1988 como sendo:

Art. 10. (...) § 3º: Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema. (Grifo nosso).

São duas categorias jurídicas absolutamente distintas: (a) praia; e (b) terrenos de marinha. Ambas são bens de domínio público, dominiais ou dominicais, porém com regimes jurídicos distintos e que impõem direitos e obrigações diferenciados em relação à sua ocupação.

Praias são bens públicos federais de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV). Pertencentes à uma das pessoas jurídicas de direito público interno, podem ser utilizados por todos, sem restrição, gratuita ou onerosamente, ainda que o poder público possa restringir ou suspender o uso e fruição, como por motivos de segurança (como em um desmoronamento).

Por outro lado, os terrenos de marinha são bens dominicais da União, objeto de direito real dessa pessoa jurídica. Esses bens dominicais podem ser convertidos em bens de uso comum ou especial. Nada impede que o uso de bens dominicais seja atribuído, com exclusividade,

a certas e determinadas pessoas, a título gratuito ou oneroso (em geral mediante pagamento de taxa de ocupação).

A *Constituição Federal*, em seus *incisos IV e VII*, dispõe que:

DA UNIÃO

Art. 20. São bens da União: (...)

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005) (...)

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; (...).

Por sua vez, o *Código Civil* prevê que:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

(...)

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Já a *Lei nº 7.661/1988*, que criou o *Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro*, determina, em seu *art. 10*, que:

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.

§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

O *Decreto-Lei nº 9.760/1946* não faz distinção alguma entre os diferentes *tipos de praia* e de relevo existentes. A mesma regra é válida para uma praia plana, para outra praia de tombo, para um manguezal, para a faixa marginal de rios com influência das marés, para os montes (penínsulas) que se projetam desde a linha da praia em direção ao oceano e que costumam separar uma praia da outra.

Por conseguinte, em aplicação aos *termos da LEI vigente no ordenamento jurídico brasileiro*, impõe-se o *reconhecimento da vedação de “urbanização ou qualquer forma de utilização” em faixa de areia de praia que “impeça ou dificulte o acesso assegurado”* a tal área, sobretudo em razão de se tratar de *área de uso comum do povo*, ou seja, devendo a todos haver *garantia de pleno e irrestrito “acesso que garantam o uso público das praias e do mar”* (art. 10, §§ 1º e 2º, da *Lei 7.661/1988*).

Em outras palavras, *não se pode permitir e o Poder Público não pode consentir que, ante proibição legal expressa (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), construções destinadas ao exercício de atividade comercial (quiosque) privem o uso da areia de praia pela população em geral - sem que tenha que fazer uso do quiosque como cliente e em mesas e cadeiras sobre a areia de praia - , como se verifica no presente caso, em flagrante violação à lei, ao interes-*

se público e ao direito difuso da coletividade de usufruir de toda a faixa de areia de praia.

Por oportuno, a *Súmula nº 477 do Supremo Tribunal Federal - STF* dispõe que: “as concessões de terras devolutas, situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, *autorizam, apenas, o uso*, permanecendo o *domínio com a União*, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores”. Tal é o caso dos remanescentes de *quilombos* e dos *terrenos de marinha*, em que se admite o *uso exclusivo por particular, mediante pagamento de taxa de ocupação*. Já com relação às *praias, bens públicos de uso comum do povo*, isso não é possível, não permitindo a lei que haja sua ocupação ou uso exclusivo por particular, seja para fins de bem-estar e recreio (casa de praia), seja para fins de exercício do comércio (quiosques), *proibição que se aplica ao presente caso em relação às construções dos quiosques ou de parte deles sobre faixa de areia de praia.*

Outrossim, a *construção de quiosque ou parte dele sobre faixa de areia de praia* constitui desrespeito à *Constituição Federal* e à *legislação de proteção ao meio ambiente*, visto que a *manutenção de tais edificações sobre a areia da praia elimina e impede a regeneração da vegetação nativa*, bem como sua utilização pela *fauna própria da área de praia*, comprometendo gravemente o bioma da *Zona Costeira*, considerada patrimônio nacional, bem como o *meio ambiente ecologicamente equilibrado* (CF, art. 225, caput e § 4º), constituindo a *faixa de areia de praia*, portanto, *área de especial proteção ambiental* que exige a *devida preservação para as presentes e futuras gerações* (CF, art. 225, caput).

Nestes termos, uma vez verificada alguma construção em faixa de AREIA DE PRAIA, seja a partir da *edificação do quiosque como um todo ou apenas parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.)*, identifica-se sua *contrariedade com a lei*, impondo-se a *parcial procedência das ações para a ordem judicial de sua DEMOLIÇÃO pela responsabilidade e custos do ocupante do quiosque e demais réus, recolhimento dos entulhos e restauração da faixa de areia de praia à sua configuração original (reductio ad pristinum statum)*, tal como ocorria anteriormente à *edificação do quiosque ou parte dele sobre a faixa de areia de praia*, a partir de atuação dos *órgãos ambientais e Municipais*.

Destaca-se que existe *proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro de construção sobre a faixa de areia de praia*, que se constitui evidente “*urbanização ou qualquer forma de utilização*” que “*impeça ou dificulte o acesso assegurado*” à *coletividade em geral para “o uso público das praias e do mar”* (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), motivo pelo qual se impõe a *parcial procedência do pedido de demolição das construções de quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) que se encontram situadas sobre a faixa de areia de praia.*

Apesar de eventual pretensão de se legitimar a *ocupação dos quiosques sobre faixa de areia de praia* a partir da *convivência do Poder Público*, visto que parte dos quiosques contam com alvará Municipal, ligações de água e luz, e inclusive RIP perante a SPU, tal propósito não se sustenta, sendo *dever de todos, ou seja, do Estado e da sociedade em geral*, ou seja, tanto dos *órgãos da Municipalidade*, quanto de cada ocupante dos quiosques em atividade, a *plena observância aos termos da Constituição Federal e da LEI*, devendo se zelar pela *conservação do meio ambiente equilibrado* (CF, art. 225, caput), motivo pelo qual se impõe as *medidas necessárias para o restabelecimento da faixa de areia de praia sem construções*, inclusive mediante ordem de *restauração da vegetação local primitiva*.

Sobre a *imperiosa necessidade de demolição de estruturas de quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) que estejam situados sobre a faixa de areia de praia*, em razão de *expressa proibição legal* (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988),

visto que, *“restaurante e bar em área de praia constitui ocupação indevida de área de uso comum do povo, insuscetível de regularização”*, seguem relevantes precedentes da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. BARRACA DE PRAIA. CANOA QUEBRADA. ARACATI-CE. TERRENO DE MARINHA E ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRAIA. DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM BAIXA DE PRAIA E FALÉSIAS VIVAS. 1. Apelações do IBAMA e do MPF, em face da sentença que julgou improcedente o pedido da ACP ambiental que tem, como objeto, a *desocupação e a demolição da barraca de praia “Canoa Beach”, localizada na faixa da praia de Canoa Quebrada, município de Aracati-CE, erguida irregularmente em área de preservação permanente, restaurando-se o estado anterior.* 2. Verifica-se que, de acordo com o Laudo Técnico do IBAMA acostado às fls. 247/248, a barraca de praia “Canoa Beach” *se encontra situada na “baixa da praia, no limiar das arestas vivas das falésias”, portanto, em Área de Preservação Permanente.* 3. Barraca que explora atividade de *restaurante e bar em área de praia constitui ocupação indevida de área de uso comum do povo, insuscetível de regularização. A ocupação irregular e desordenada de área de praia deve ser coibida, pois provoca sérios danos, tanto de cunho ambiental, como também à população, devido às condições de higiene dos estabelecimentos e por dificultarem o livre acesso à praia.* Precedentes desta Corte. 4. *Em face da reconhecida ocupação irregular, determina-se a reparação dos danos causados ao meio ambiente, com a consequente demolição da barraca “Canoa Beach” e a remoção dos entulhos dela decorrentes.* 5. Honorários advocatícios sucumbenciais fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos moldes do art. 20 do CPC/73. 6. Apelações providas por maioria. (AC - Apelação Cível - 587738 2012.81.01.000023-1, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 12/12/2017 – Grifo nosso).

AMBIENTAL. Ação Civil Pública. Município de São José da Coroa Grande/PE. Construção de Orla. Ausência de Licença Ambiental. Ocupação Irregular de Área de Praia. Bem Público de Uso Comum do Povo. Extrema Proximidade das Construções com a Área Oceânica. Erosão em Decorrência das Atividades Marítimas. Inexistência de Área Aproveitável. Negativa do Licenciamento pelo Órgão Estadual Competente. Demolição de todo o complexo. 1. In casu, o IBAMA - e posteriormente, a União e o MPF como litisconsortes ativos - ingressaram com Ação Civil Pública em face do Município de São José da Coroa Grande, Estado de Pernambuco e Construtora SAM, almejando, em síntese, na obrigação de fazer consistente na reparação do dano ambiental ocasionado pelas obras realizadas pelo município demandado (“Projeto Orla”, objetivando a construção de orla, parque, avenidas, pista de cooper, banheiros públicos, quiosques no litoral de SJDCG, oriundas do Convênio nº. 2.079.06.0/06, no valor de R\$450.000,00) e de tudo o que nela houver sido construído sem o competente Licenciamento Ambiental, bem como indenização por dano moral ambiental. 2. Diante da forte controvérsia acerca da ocorrência, ou não, de dano ambiental, foi determinada a realização de prova pericial, cujo laudo atestou uma série de danos e ilegalidades, das quais se destacam: a) realização das obras pelo município de São José da Coroa Grande sem a competente licença do órgão ambiental do Estado, bem como em desacordo com a legislação vigente, no tocante aos limites permitidos para a edificação e/ou obras diversas em área praia; b) constatação de curtas distâncias entre a linha de preamar máxima e as obras, havendo locais que, inclusive, coincidiam o ponto de preamar e a estrutura disposta na orla; c) a proximidade das obras com a linha de preamar máxima poderá acarretar, através das ondas de tempestades/ressaca, processos erosivos e a consequente deteriorização da estrutura disposta no local; d) construção de banheiros e fossas sépticas serem inadequadas, ainda que as fossas estejam a 65m da área de praia, por apresentarem riscos de contaminação na área.

3. A área das obras aqui discutidas se encontra tanto no Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro - ZEEC do litoral sul de Pernambuco, nos termos do art. 2º do Decreto Estadual 21.972/99 - como na Área de Proteção dos Corais (APA), criada pelo Decreto Federal 23, de 23 de Outubro de 1997. Destarte, pelo fato de se tratar de uma construção de grande impacto ambiental em unidade de conservação específica (APA dos Corais e ZEEC do Litoral Sul de PE), além do licenciamento pelo órgão competente (CPRH, art. 3º, Lei Estadual 12.916/2005), se fazia necessária a elaboração do estudo de impacto ambiental e a sua respectiva apresentação do Relatório de Impacto Ambiental, nos termos do parágrafo 2º do art. 6º, da Lei 7.661/88, requisitos estes que não foram respeitados pelo município de São José da Coroa Grande. (...) 10. Irreparável a condenação do Estado de Pernambuco a título de danos morais coletivos, já que, além de a responsabilidade civil ambiental ser solidária, é objetiva, tendo sido configurado o nexo causal entre o dano e a ação estatal no momento em que houve a liberação das verbas antes dos estudos ambientais necessários, bem como da respectiva licença. (...) 13. Remessa oficial e apelações da União, do MPF e do IBAMA providas; recursos adesivos do Estado de Pernambuco e do município de São José da Coroa Grande desprovidos. UNÂNIME (AC - Apelação Cível - 571404 2008.83.00.012181-1, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 08/01/2015 - Grifo nosso).

Ainda, incide ao caso a aplicação do *princípio in dubio pro natura*, variação do *princípio da precaução*, segundo o qual, na dúvida, diante da ausência de certeza científica quanto a eventuais danos, deve se prevalecer o interesse favorável ao meio ambiente.

Em definitivo, *não se pode admitir a manutenção irregular e ilegal dos quiosques ou de parte deles sobre faixa de areia de praia, visto que violam a lei e agredem a Zona Costeira*, cuja importância “reside na sua função ecológica de transição e viabilização de trocas genéticas entre os ecossistemas continentais e os marinhos, num espaço em que os biomas são ricos de recursos alimentares e paisagísticos, entre outros”. Ademais, *não há direito adquirido à degradação ambiental, que não gera qualquer direito subjetivo à indenização em razão da necessária demolição das construções situadas em local proibido por lei, tal como ocorre em relação aos quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre faixa de areia de “praias marítimas”, bem da União de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV).*

Isto porque, *a ocupação de área de praia não configura posse, mas mera detenção não passível de indenização, conforme entendimento jurisprudencial:*

(...) Não merece prosperar o argumento de que a presença dos quiosqueiros na Praia de Setiba se apresenta como posse velha, mansa, pacífica, de boa fé e com justo título, pois que, como é sabido, os bens públicos são insuscetíveis de apossamento por particulares, só se admitindo, nesta seara, a detenção.. (AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0013733-87.2011.4.02.5001, SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA - Grifo nosso).

Sobre a matéria, assevera *art. 71, caput, do Decreto-lei nº 9.760/1946*, que dispõe sobre os bens imóveis da União:

Art. 71. O ocupante de imóvel da União [praias marítimas] sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja

¹ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco*, 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 986.

incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil. (...)

Havendo ocupação por quiosque ou parte dele sobre faixa de areia de praia, tem-se por irregular a construção de estrutura, dando ensejo à ordem judicial de sua demolição e restauração da vegetação ao estado primitivo, sem qualquer direito à indenização ou retenção por benfeitorias.

Por outro lado, em virtude de regimes jurídicos diferenciados em relação à sua ocupação, não incide tal proibição de construção de quiosques ou parte deles, necessariamente, sobre a área além da faixa de areia de praia, em que situam os terrenos de marinha, que possuem tratamento legal próprio e exigem necessária regularização específica perante a Secretaria de Patrimônio da União – SPU (cadastrado, RIP, taxa de ocupação etc.), conforme segue.

B) TERRENOS DE MARINHA – REGULARIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NA SPU (CADASTRO E RIP) – COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO

Para a definição do conceito de “terrenos de marinha”, da sua natureza jurídica e do regime jurídico que a eles se aplicam, impõe-se a análise da legislação, doutrina e precedentes jurisprudenciais pertinentes à matéria.

O art. 20, da Constituição da República de 1988, em seu inciso VII, dispõe que:

Art. 20. São bens da União: (...)

VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;

Por conseguinte, os *terrenos de marinha* são considerados *bens da União*, os quais podem ser utilizados por particulares por meio de ocupação e também aforamento, sujeitando seus ocupantes ao pagamento de *taxas de ocupação* (Lei nº 9.636/1998, art. 7º). O Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, considerado o estatuto das terras públicas, é até hoje o instrumento legal que procurou de forma mais completa tratar dos *bens imóveis de propriedade da União*. Ao definir os *terrenos de marinha e seus acrescidos*, ratificou que a linha de referência demarcatória é a correspondente a da *preamar média de 1831*, dispondo nos seguintes termos:

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos dêste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha. (Grifou-se).

A doutrina define os *terrenos de marinha* como “as faixas de terra fronteiras ao mar numa largura de 33m contados da linha do preamar médio de 1831 para o interior do continente, bem como as que se encontram à margem dos rios e lagoas que sofram a influência das marés, até onde esta se faça sentir, e mais as que contornam ilhas situadas em zonas sujeitas

a esta mesma influência. Considera-se influência das marés a oscilação periódica do nível médio das águas igual ou superior a 5cm (art. 2.º e parágrafo único do Decreto-lei 9.760, de 5.9.46)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 928 e 929).

Assevera ainda Bandeira de Mello que “*não devem ser confundidos com praias, que são bens públicos federais (art. 20, IV, da Constituição) de uso comum e que também pertencem à União*”. Em seguida, esclarece: — “Entende-se por *praia*, consoante definição que lhe dá o § 3.º do art. 10 da Lei 7.661, de 16.5.88 (que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro), ‘a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde começa um outro ecossistema.’ A linha de vegetação natural referida no dispositivo é habitualmente conhecida como ‘linha de jundu’. É esta linha que, como anota Diógenes Gasparini, à falta de demarcação do preamar médio de 1831, é utilizada na prática para iniciar a contagem dos terrenos de marinha” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 929).

Por sua vez, o *Superior Tribunal de Justiça - STJ*, no julgamento do *REsp nº 798165*, de relatoria do *Min Luiz Fux* (DJ de 31/05/2007), assentou, detalhadamente, todas as premissas que gravitam em torno dos *terrenos de marinha de propriedade da União*. Vejamos:

1. Os terrenos de marinha são bens públicos e pertencem à União.
2. Consectariamente, algumas premissas devem ser assentadas a saber:
 - a) Os terrenos de marinha, cuja origem que remonta à época do Brasil-Colônia, são bens públicos dominicais de propriedade da União e estão previstos no Decreto-lei 9.760/46.
 - b) O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas.
 - c) O direito de propriedade, à Luz tanto do Código Civil Brasileiro de 1916 quanto do novo Código de 2002, adotou o sistema da presunção relativa (*juris tantum*) relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário.
 - d) Não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha ou acrescido.
 - e) Desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.
 - f) Infirmação da presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante que tem o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de marinha.
 - g) Legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela União mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado.
 - h) Ausência de *fumus boni juris*.
3. Sob esse enfoque, o título particular é inoponível quanto à UNIÃO nas hipóteses em que os imóveis situam-se em terrenos de marinha, revelando o domínio público quanto aos mesmos.
4. A Doutrina do tema não discrepa da jurisprudência da Corte ao sustentar que: Os TERRENOS DE MARINHA são BENS DA UNIÃO, de forma ORIGINÁRIA. Significando dizer que a faixa dos TERRENOS DE MARINHA nunca esteve na propriedade de terceiros, pois, desde a criação da União ditos TERRENOS, já eram de sua propriedade, independentemente de estarem ou não demarcados. A existência dos TERRENOS DE MARINHA, antes mesmo da Demarcação, decorre da ficção jurídica resultante da lei que os criou. Embora sem definição corpórea, no plano abstrato, os TERRENOS DE MARINHA existem desde a criação do estado

Brasileiro, uma vez que eles nasceram legalmente no Brasil-Colônia e foram incorporados pelo Brasil-Império. (in Revista de Estudos Jurídicos, Terrenos de Marinha, Eliseu Lemos Padilha, Vol. 20, pág. 38) Os terrenos de marinha são bens públicos, pertencentes à União, a teor da redação incontroversa do inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal. E isso não é novidade alguma, dado que os terrenos de marinha são considerados bens públicos desde o período colonial, conforme retrata a Ordem Régia de 4 de dezembro de 1710, cujo teor desta última apregoava “que as sesmarias nunca deveriam compreender a marinha que sempre deve estar desimpedida para qualquer incidente do meu serviço, e de defesa da terra.” Vê-se, desde períodos remotos da história nacional, que os terrenos de marinha sempre foram relacionados à defesa do território. A intenção era deixar desimpedida a faixa de terra próxima da costa, para nela realizar movimentos militares, instalar equipamentos de guerra, etc. Por essa razão, em princípio, é que os terrenos de marinha são bens públicos e, ademais, pertencentes à União, na medida em que é dela a competência para promover a defesa nacional (inciso III do artigo 21 da Constituição Federal). (in Direito Público, Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari, Terrenos de Marinha: aspectos destacados, Joel de Menezes Niebuhr, Ed. Delrey, pág. 354) O Direito da União aos terrenos de marinha decorre, não só implicitamente, das disposições constitucionais vigentes, por motivos que interessam à defesa nacional, à vigilância da costa, à construção e exploração dos portos, mas ainda de princípios imemoriais que só poderiam ser revogados por cláusula expressa da própria Constituição. (in Tratado de Direito Administrativo, Themistocles Brandão Cavalcanti, Ed Livraria Freitas Bastos, 2ª Edição; pág. 110)

5. Deveras, a demarcação goza de todos os atributos inerentes aos atos administrativos, quais seja, presunção de legitimidade, exigibilidade e imperatividade.

6. Consectariamente, é lícito à UNIÃO, na qualidade de Administração Pública, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com presunção juris tantum de legitimidade, fato jurídico que inverte o ônus de demandar, imputando-o ao recorrido. Precedentes: Resp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002.

7. Consectariamente, incidiu em error in judicando o aresto a quo ao concluir que “não pode o poder público, apenas através de procedimento administrativo demarcatório, considerar que o imóvel regularmente registrado como alodial, e há muito negociado como livre e desembargado, seja imediatamente havido como terreno de marinha, com a cobrança da chamada “taxa de ocupação”. 8. Recurso especial provido. (Grifou-se).

Portanto, restou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ que:

1) *O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas, de modo que a demarcação administrativa não constitui o domínio da União sobre essas áreas, limitando-se a declarar um domínio já existente;*

2) *O direito de propriedade, tanto à luz do Código Civil de 1916 quanto do novo Código de 2002, adotou o sistema da presunção relativa (juris tantum) relativamente ao domínio, admitindo-se prova em contrário;*

3) *Não tem validade (e não é oponível à União) qualquer título de propriedade de bem imóvel situado em área considerada terreno de marinha ou acrescido, outorgado a particular;*

4) *É desnecessário o ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto executoriedade;*

5) Para ilidir e infirmar a *presunção de legitimidade do ato administrativo*, deve o ocupante provar que o imóvel não se encontra sobreposto à área de terreno de marinha;

6) A União ostenta legitimidade para a cobrança de taxa de ocupação, mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado;

7) Terrenos de Marinha são bens da União, de forma originária. A faixa dos terrenos de marinha nunca esteve na propriedade de terceiros, pois, desde a criação da União, ditos terrenos já eram de sua propriedade, independentemente de estarem ou não demarcados. A existência dos terrenos de marinha, antes mesmo da demarcação, decorre da ficção jurídica resultante da lei que os criou;

8) É lícito à União, na qualidade de Administração Pública, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com *presunção juris tantum de legitimidade*, fato jurídico que *inverte o ônus de demandar, imputando-o ao recorrido*.

Precedentes do STJ: REsp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002.

Assim, o domínio da União sobre os terrenos de marinha advém de épocas remotas e restou assegurado pela própria Constituição Federal (art. 20, VII, e 49, §3º do ADCT), sendo sua demarcação ato meramente declaratório.

“Preamar”, ensina o Dicionário Aurélio, corresponde à “*maré alta*” (3ª ed., Editora Positivo, p. 1615). Logo, o “*preamar médio*” deve ser calculado com base na *média das marés altas*, ou seja, na *média das marés máximas mensais de 1831, que equivalem às “marés de sizígia”*.

A interpretação administrativa do referido art. 2º do Decreto-Lei 9.760/46 é dada pela ON-GEADE 002 (item 4.8.2) que define o cálculo da linha do preamar médio com base na *média das máximas marés mensais*:

Item 4.8.1 A cota da preamar média deve ser calculada utilizando-se os dados da estação maregráfica mais próxima constante das Tábuas de Marés, publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Comando da Marinha (DHN).

Item 4.8.2 A cota da preamar média é a média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831 ou no ano que mais se aproxime de 1831.

A partir da ON-GEADE nº 002/2001, a Secretaria de Patrimônio da União – SPU publicou a Instrução Normativa-IN nº 002, de 12/03/2001 (DOU 05/04/2001), que dispõe:

Art. 2º Os terrenos de marinha são identificados a partir da Linha de Preamar Média de 1831 - LPM (Lei de 15 de novembro de 1831), nos termos do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, determinada pela interseção do plano horizontal que contém os pontos definidos pela cota básica, representativa do nível médio das preamares do ano de 1831(...)

§ 2º Na determinação da cota básica relativa à preamar média de 1831, deverão ser consideradas a média aritmética das máximas marés mensais (marés de sizígia) daquele ano, ou do que mais dele se aproximar, utilizando-se os dados da estação maregráfica mais próxima constante das tábuas de marés, publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Comando da Marinha (DHN).

Por certo, a interpretação da norma não deve se ater unicamente à literalidade dos

termos, devendo-se levar em conta sempre a *interpretação teleológica*, ou seja, aquela que melhor alcança a *finalidade da norma jurídica*. Assim, o intérprete deve buscar na origem dos *terrenos de marinha* a conformação do sentido adotado pela *norma jurídica*.

A *faixa litorânea e as zonas adjacentes* são voltadas para a *proteção territorial do Estado e de seus bens interiores*, a *garantia do livre acesso ao mar* em decorrência da exploração dos recursos naturais que ele oferece, a *exploração dos serviços públicos de transportes aquaviários*, de *navegação aeroportuária*, dos *portos marítimos, fluviais e lacustres* e a *proteção do meio ambiente litorâneo*.

Por conseguinte, a *interpretação mais razoável* seria exatamente aquela que conduz à *média das marés máximas mensais* (“*média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831*”), excluindo-se as “*baixas marés*”, já que o alcance da *norma protetiva do interesse público* deve ser o mais amplo possível.

Com efeito, as *marés máximas mensais* correspondem às denominadas “*marés de sizígia*”, que ocorrem durante o período em que as fases da lua são de lua nova e de lua cheia, quando acontecem as maiores oscilações entre as marés muito altas e marés muito baixas, podendo tal variação superar 1,20 m (um metro e vinte centímetros) entre uma e outra durante um mesmo dia.

Nos termos da interpretação que se dá ao *art. 2º, do Decreto-lei nº. 9.760/1946*, para a definição da “*posição da linha do preamar-médio de 1831*” deve-se levar em consideração “*a média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831*” (ON-GEADE 002 - item 4.8.2), que envolve a *média das marés máximas mensais, equivalentes às “marés de sizígia”*, quando as fases da lua são de lua cheia e de lua nova tão somente, *excluído o período de lua minguante e lua crescente (“maré de quadratura”)*.

Ou seja, deve ser considerado para o *cálculo da Linha do Preamar Médio - LPM de 1831* as leituras dos *preamares* no ano de 1831 a partir das *máximas marés mensais* (“*marés de sizígia*”), conforme determina o *item 4.8.2 da ON-GEADE nº 002*, segundo o qual “*a cota de preamar média é a média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831 ou no ano que mais se aproxime de 1831*”.

E, no sentido do *cálculo da LPM de 1831 para delimitação dos terrenos de marinha* a partir da *média das “marés de sizígia” (máximas marés mensais)*, seguem os relevantes *precedentes jurisprudenciais* sobre essa matéria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LEGITIMIDADE ATIVA - TERRENOS DE MARINHA - PRESCRIÇÃO - DECRETO-LEI 20.910/32 E LEI Nº 9.636/98 - PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO - RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO DA UNIÃO - ATOS DA ADMINISTRAÇÃO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NÃO ILIDIDA. ERRO NO CÁLCULO DA MÉDIA DAS MARÉS NÃO DEMONSTRADO. (...) 5. A parte autora busca o reconhecimento de seu direito de propriedade em relação aos imóveis correspondentes aos Lotes 18 e 19 do Loteamento Sítio Santa Luzia, RIP 2531 0012995-50, matrícula nº 5.889 do 1º Registro Geral de Imóveis, e RIP 2531 0008510-97, matrícula nº 28.698 do 1º Registro Geral de Imóveis, ambos situados na Av. Conselheiro Aguiar, nº 2540, Boa Viagem, Recife-PE, sob o fundamento de que tais imóveis não podem ser considerados como terrenos de marinha. 6. Os terrenos de marinha são bens públicos, pertencentes à União, conforme estabelece o inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal de 1988. O Superior Tribunal de Justiça já firmou algumas premissas: “A) os terrenos de marinha, cuja origem que remonta à época do Brasil-Colônia, são bens públicos dominicais de propriedade da união e estão previstos no Decreto-Lei 9.760/46. B) o procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito

meramente declaratório da propriedade da união sobre as áreas demarcadas. C) o direito de propriedade, à luz tanto do Código Civil brasileiro de 1916 quanto do novo código de 2002, adotou o sistema da presunção relativa (*juris tantum*) relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário. D) não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha ou acrescido. E) desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela união, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: Presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. F) infirmação da presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante que tem o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de marinha. G) legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela união mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado”. (STJ - RESP 798165 ES - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 31.05.2007). 7. O procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. Precedente. (STJ, RESP 201001401016, Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJE: 25/10/2010), razão pela qual não é válido o argumento de que a União não comprovou que os terrenos, no caso em questão, são considerados de marinha ou acrescido (aterro de mangue). É ônus do autor apresentar os elementos e provas de suas alegações, para afastar a presunção de legitimidade e veracidade do procedimento demarcatório, o que não ocorreu no caso dos autos. 8. Foi elaborada uma perícia que concluiu pelo enquadramento do imóvel como sendo terrenos de marinha ou acrescidos, não corroborando, portanto, a tese defendida pela parte autora. As conclusões do laudo elaborado nos autos não agasalham as teses invocadas pela parte demandante. (...) 11. Não subsiste o argumento de que é necessário, no cálculo da preamar média, a utilização de todas as marés ditas “altas” e não apenas aquelas consideradas de “sizígia”, porquanto a linha de preamar média é definida com base na média das máximas marés. (...) 13. Apelações da União e da parte autora improvidas. (AC 200983000126321, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data:13/12/2012 - Página: 335 – Grifou-se).

ADMINISTRATIVO. IMÓVEIS SITUADOS EM ZONA DE PRAIA. SUPOSTA DOMINIALIDADE DA UNIÃO. AFERIÇÃO DA LOCALIZAÇÃO DOS TERRENOS. PERÍCIA JUDICIAL QUE CONCLUIU CUIDAREM-SE DE BENS ALODIAIS. INEXIGIBILIDADE DE TAXAS DE OCUPAÇÃO. DIREITO À RESTITUIÇÃO DOS ENCARGOS INDEVIDAMENTE PAGOS, RESPEITADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA EM PARTE. 1. Pretensão dos Autores de serem desobrigados do pagamento de taxas de ocupação incidentes sobre terrenos situados em zona de praia, bem como que a União se abstivesse de incluir os seus nomes em cadastros restritivos de crédito, além da repetição do indébito pago. (...) 4. Perícia Judicial que, com base em medição in loco, concluiu, confrontando com as plantas da União e tomando emprestado o conceito de maré de sizígia - ou preamar média da Instrução Normativa nº 02/2001/SPU e do Decreto-lei nº 9.760/1946 - que terrenos dos Autores ultrapassavam a distância de 170 (cento e setenta) metros para a praia, maior que o limite de 33 (trinta e três) metros conceituados na legislação de regência dos terrenos de marinha e acrescidos, e que não sofrem a influência das marés e nem ficam alagados por força da movimentação do mar, razão pela qual “não se enquadram no disposto nos artigos do Decreto-Lei nº 9.760 de 5 de setembro de 1946” -fl. 245/247 e 275. 5. Inexistência de razões para desabonar-se o laudo do Vistor Judicial, sobretudo por haver sido elaborado de acordo com as regras que regulam a elaboração das perícias em Juízo, havendo o Vistor, preservado a indispensável equidistância dos interesses em confronto, além de não ter a União logrado infirmar o que por ele -oVistor do Juízo- foi constatado. (...) . 8. Remessa Necessária provida em parte, apenas para reconhecer

a incidência da prescrição quinquenal, na restituição do indébito. (REO 200582000118110, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 09/04/2012 - Página: 299 – Grifou-se).

No *presente caso*, cumpre destacar que a precisão sobre a *localização dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP objeto dos autos, suas medidas, confrontações e características*, deve se dar a partir de *procedimento administrativo por parte da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, em sede de execução da presente sentença e observados os critérios aqui definidos*, para fins da *efetiva regularização patrimonial das construções dos quiosques ou de parte deles sobre área de terreno de marinha*, para respectivo pagamento das *taxas de ocupação* devidas.

Isto porque, todo o *ocupante de terreno de marinha* está sujeito ao pagamento e à cobrança da *taxa de ocupação*, que deve ser precedida pela respectiva *inscrição no cadastro da Secretaria do Patrimônio da União - SPU*, conforme prevê a *Lei nº 9.636/1998, art. 7º*:

Da Inscrição da Ocupação

(Redação dada pela *Lei nº 11.481, de 2007*)

Art. 7º A inscrição de ocupação, a cargo da Secretaria do Patrimônio da União, é ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante, nos termos do regulamento, outorgada pela administração depois de analisada a conveniência e oportunidade, e gera obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação. (Redação dada pela *Lei nº 11.481, de 2007*) (...)

Art. 8º Na realização do cadastramento ou recadastramento de ocupantes, serão observados os procedimentos previstos no art. 128 do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, com as alterações desta Lei. (...).

Por sua vez, o *art. 127 do Decreto-lei nº 9.760/1946* determina:

Art. 127. Os atuais ocupantes de terrenos da União, sem título outorgado por esta, ficam obrigados ao pagamento anual da taxa de ocupação

Art. 128. O pagamento da taxa será devido a partir da inscrição de ocupação, efetivada de ofício ou a pedido do interessado, não se vinculando ao cadastramento do imóvel. (Redação dada pela *Lei nº 13.139, de 2015*)

O *valor da taxa de ocupação* era fixado, inicialmente, pelo próprio *Decreto-lei nº 9.760/1946*, passando a ser posteriormente fixado no *Decreto-lei nº 2.398/1987*, com redação atual dada pelas *Lei nº 13.240/2015* e *Lei nº 13.465/2017*.

Portanto, constitui *atribuição da Secretaria do Patrimônio da União – SPU a demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos*, bem como a *identificação e fiscalização de todos os bens imóveis da União*, e inclusive proceder à *inscrição de ocupação dos terrenos de marinha sobre os quais estejam situadas as construções dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP ou parte deles*, no caso em tela em sede de *cumprimento da presente sentença judicial*, para fins da imposição de *obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação*.

Nestes termos, dispõe a *Lei nº 9.636/1998, arts. 1º e 2º*, que seguem:

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, de-

marcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis (...).

Em boa parte do *Litoral Norte do Estado de São Paulo*, a União, por intermédio da *Secretaria do Patrimônio da União – SPU*, já concluiu o “*Procedimento Administrativo de Demarcação dos Terrenos de Marinha Situados no Litoral Norte de São Paulo – Processo Administrativo n.º 10880.068086/93-81*”. Porém, em certas áreas, o que pode ocorrer em relação à parte da *orla do Município de Caraguatatuba-SP* objeto destes autos, a demarcação administrativa da faixa de terrenos de marinha ainda não foi concluída.

Portanto, apesar da necessidade de o Poder Público providenciar por iniciativa própria e na seara administrativa a *regular demarcação de todas as áreas de terreno de marinha*, através do *procedimento administrativo* legalmente previsto (*Decreto-lei nº 9.760/1946, art. 9º e ss. e ADI 4264/STF*), inclusive para respectiva cobrança da taxa de ocupação, impõe-se que, no caso dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP e em razão de ordem judicial a partir das presentes ações, seja imposta obrigação de fazer à União, através da *Secretaria de Patrimônio da União – SPU*, e demais réus, para que sejam enfim providenciados os atos necessários para devido cadastramento e inscrição no *RIP – Registro Imobiliário Patrimonial dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP*, a partir dos necessários atos e adequações pelas partes que se fizerem necessários em sede de cumprimento de sentença, para conseqüente regularização patrimonial e pagamentos das taxas em razão da ocupação de terrenos de marinha de propriedade da União.

C) ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – ZONA COSTEIRA - PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225, caput e § 3º)

A *Constituição Federal* erigiu a *Zona Costeira* como *Patrimônio Nacional*, sendo sua utilização apenas permitida na forma lei e dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, nos termos do artigo 225, §4º, que assim dispõe:

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. (...)

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Assim, a *Zona Costeira* é espaço especialmente protegido, “*devendo sua ocupação e exploração dar-se de modo ecologicamente sustentável*”, conforme a *Lei nº 12.651/2012*.

Já em relação às *Áreas de Preservação Permanente – APP*, tanto o *Código Florestal* anterior (*Lei nº 4.771/1965*), como a atual *Lei nº 12.651/2012*, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, com redação alterada pela *Lei nº 12.727/2012*, tratam das denominadas *APPs*, dentre as quais, na redação atual da *Lei nº 12.651/2012*, art. 4º, inciso I: “*as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente*”, nos limites previstos, bem como “*as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues*”.

Nestes termos, dispõe a *Lei nº 12.651/2012*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (...)

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). (...)

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; (...)
(Grifo nosso).

E a Resolução nº 303, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, fornece uma série de definições e informações importantes, dentre as quais o conceito complementar de restinga:

Art. 1.º Constitui objeto da presente Resolução o estabelecimento de parâmetros, definições e limites referentes às Áreas de Preservação Permanente.

Art. 2.º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

(...)

VIII - restinga: depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorre em mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado; (...).

Nos termos da lei e por via de regra, áreas de preservação permanente podem ser objeto de propriedade por particular. Com efeito, art. 7º da Lei nº 12.651/2012 prevê que: “A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. (...)”

Portanto, em tese, a posse ou ocupação dos quiosques e área de preservação permanente não são incompatíveis entre si e não se excluem. Todavia, incidem limitações administrativas em relação às áreas de preservação permanente, dentre as quais as áreas de “restinga” situadas na faixa litorânea em que se encontram situados os quiosques de Caraguatatuba-SP, que impõem a plena observância pelo “possuidor ou ocupante a qualquer título” aos termos da lei, para sua legal e regular ocupação, inclusive a obrigação de “promover a recomposição da vegetação” em caso de supressão:

Art. 7º (...) § 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei. (...)

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.(...).

II.2.2 - PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS – PRINCÍPIO DA ISONOMIA - SEGURANÇA JURÍDICA – DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E TURÍSTICO

Apesar das alegações de que se cuidam os quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP de ocupações antrópicas consolidadas e que merecem a devida consideração e respeito pela comunidade local e regional, é certo que, não obstante sua inafastável relevância socioeconômica para o Litoral Norte do Estado de São Paulo, a todos se impõe a plena observância os termos da Constituição Federal e da lei, sobretudo quando se trata de normas de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, e que impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF, art. 225, caput).

Ressalta-se que por se tratar de aparente conflito envolvendo bens públicos (faixa de areia de praia e terrenos de marinha), impõe-se a observância aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, devendo este prevalecer sobre o interesse de particular ocupante de quiosque, em virtude da denominada verticalidade nas relações Administração-particular, respeitados os limites da lei, sobretudo considerando que a proteção dos bens públicos (faixa de areia de praia e terrenos de marinha), visa atender aos interesses de uma coletividade e da sociedade como um todo, e não aos interesses econômicos de um ou alguns particular.

Como corolário, havendo eventual conflito entre um mais de um princípio para a definição quanto à regularidade da ocupação dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP, faz-se ainda oportuna a aplicação da teoria dos princípios e da lei de ponderação do jusfilósofo alemão Robert Alexy, segundo o qual, em resumo, quando dois princípios fundamentais estão em conflito, é necessário avaliar qual deles que, quando aplicado, fere com menor agressividade a intensidade o outro.

Em outras palavras, no presente caso em que estão em debate os interesses dos ocupantes dos quiosques, em prosseguir no desenvolvimento das atividades econômicas que garantem seu sustento e de sua família, e o interesse público, em ver preservado bem público de uso comum do povo acessível a todos (área de praia) e bem público da União (terrenos de marinha), faz-se possível a observância dos termos da lei para as devidas adequações (demolição somente dos quiosques ou da parte deles que estejam sobre areia de praia) e regularizações administrativas (cadastramento e inscrição no RIP/SPU, emissão de alvarás Municipais e CLCB – Corpo de Bombeiros), sem que sejam afastados por completo os interesses dos “quiosqueiros”, que prosperarão em suas atividades de forma regular e, principalmente, dentro dos limites da lei.

Há ainda que se ponderar no sentido de que, a atuação irregular de quiosques que estejam à margem das normas sanitárias, patrimoniais e ambientais, ou seja, estejam em funcionamento que ofenda as leis e normas vigentes (vide Relatório de Inspeção Sanitária em Quiosques – Praia da Cocanha – Caraguatatuba e Fotos – fl. 387/402 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), fere inclusive o princípio da isonomia, na medida em que favorece indevidamente aqueles que não se dispõem a realizar os atos e encargos necessários para a manutenção de atividade lícita e regular do quiosque, em detrimento dos bons cidadãos e ocupantes de quiosques que cumprem com o ordenamento jurídico ao tomar as providências administrativas cabíveis perante a Municipalidade, o Corpo de Bombeiros, a Secretaria de Patrimônio da União e o órgão ambiental CETESB, para ver preservada sua atuação dentro dos ditames da lei e da decência perante a coletividade em geral que o prestigia, o que viola, em última análise, inclusive a livre concorrência entre os quiosqueiros em situação de antagonismo perante a lei.

Assim, inevitável se concluir que *qualquer atuação antrópica* em área sobre a qual incide *proibição legal de construção (faixa de areia de praia)*, bem como a *necessidade de regularização patrimonial, sanitária e ambiental (terrenos de marinha e área de preservação permanente - APP)*, para que sejam atendidos os *interesses público e da coletividade como um todo, tanto local quanto regional do Litoral Norte do Estado de São Paulo*, exige-se a *justa e razoável compatibilização da ocupação dos quiosques com o ordenamento jurídico vigente*, inclusive para *se justificar, se legitimar e, sobretudo, se legalizar o exercício da atividade dos “quiosqueiros” situados na orla de Caraguatatuba-SP*.

Portanto, a *parcial procedência das ações* propostas para, em síntese, a: (i) *necessária demolição das construções de quiosques ou de parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de praia*; (ii) a *devida regularização das ocupações sobre os terrenos de marinha*, e, ainda (iii) a *regularização das ocupações perante o Poder Público Municipal e o Corpo de Bombeiros*, atende aos *princípios da supremacia do interesse público e à indisponibilidade dos bens públicos*, na medida em que *afasta a nociva insegurança jurídica que paira sobre comunidade local e regional em razão das dúvidas sobre a regularidade ou não da ocupação dos quiosques situados na faixa litorânea*, e vem a fomentar inclusive o *desenvolvimento econômico e turístico, que a todos interessa*.

II.2.3 - OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER – EXECUÇÃO ESPECÍFICA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A *Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública)* estabelece que a *proteção judicial do meio ambiente* pode ser buscada pelo *cumprimento de obrigação de fazer* ou pela *condenação em dinheiro*, nos seguintes termos:

Art. 3º - A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Em seguida, a *LACP* deixou clara a opção do legislador pela *“execução específica”*, sempre que possível, *restituindo o bem ou interesse lesado à sua condição original (reductio ad pristinum statum)*, conforme segue:

Art. 10 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

E confrontando as disposições legais acima citadas com as peculiaridades dos autos, é forçosa a conclusão de *priorizar a restituição do meio ambiente ao seu estado original (reductio ad pristinum statum)*, porque este é o *resultado que garante a existência do meio ambiente equilibrado às atuais e futuras gerações (CF, art. 225, caput)*.

Por conseguinte, nos casos em concreto dos presentes autos, impõe-se às partes e órgãos públicos *obrigações de fazer e de não-fazer*, como forma de *cumprimento de prestação de atividade devida e cessação de atividade nociva*, nos termos da *Lei nº 7.347/1985, art. 10*, a partir das providências a serem especificadas no dispositivo desta sentença em relação a cada ente respectivo.

Com efeito, *“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do*

Direito Brasileiro). Apesar de nem todas as providências ou obrigações de fazer e de não fazer constarem de forma expressa dentre os pedidos iniciais formulados, se apresentam de forma reflexa, na medida em que pela parte autora se pretende o mais gravoso, ou seja, a demolição como um todo das estruturas de quiosques e cessação total das atividades pelos comerciantes da faixa litorânea. Por consequência, passa este Juízo Federal a ponderar pelo menos ofensivo, a partir da fixação de “tutela específica” e “providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”, nos termos do CPC, art. 497 e seguintes, para fins de se dar efetivo cumprimento à tutela jurisdicional:

Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (...) (Grifo nosso)

Dentre as tutelas específicas a serem fixadas às partes, impõe-se a obrigação de observância à proibição *erga omnes* (aplicável a todos) de construção sobre faixa de AREIA DE PRAIA, em razão de se tratar de área de uso comum do povo em que incide a vedação legal de “urbanização ou qualquer forma de utilização” que “impeça ou dificulte o acesso assegurado” a tal área, devendo a todos haver garantia de pleno e irrestrito “acesso que garantam o uso público das praias e do mar” (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), o que dá ensejo à ordem judicial de demolição sobre as construções de quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) que estejam situados sobre faixa de areia de praia, com necessária retirada dos entulhos e materiais decorrentes da demolição sob os custos dos ocupantes dos quiosques, recuo das estruturas aos limites da urbanização permitida e nos ditames da lei, e, ainda, restauração da vegetação primitiva da faixa de areia de praia e Zona Costeira, plantio, revitalização conservação da vegetação ao entorno dos quiosques.

Já na área remanescente ocupada pelos quiosques ou parte deles, ou seja, para além da faixa de areia de praia ao longo da orla de Caraguatatuba-SP, desde o Rio Tabatinga até o Rio Juqueriquerê, tratando-se de ocupação de área de TERRENOS DE MARINHA, deve haver a pronta atuação da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, a quem cumpre, inclusive, a “regularização das ocupações nesses imóveis”, conforme previsão da Lei nº 9.636/1998, art. 1º, para “identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União” sobre os quais estejam situados os quiosques na orla de Caraguatatuba (vide “Recibos de Entrega de Requerimento” na SPU de fls. 1035/1104 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103).

E tal obrigação de fazer aos ocupantes dos quiosques e à Prefeitura Municipal de Caraguatatuba se faz imperiosa na medida em que constam informações oficiais nos autos da Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal), no sentido de que “os quiosques da Praia da Cocanha bem com os Box construídos pela Prefeitura Municipal de Caraguatatuba NÃO SE ENCONTRAM REGULARES junto ao Patrimônio da União” (fl. 109 e 755), e de que “não há inscrições de ocupação regulares para os quiosques neste último município [Caraguatatuba], salvo casos isolados” (fl. 985).

Nos casos de ocupação e supressão de vegetação em ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE pelos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP, em razão de se tratarem de áreas de “restinga” sob proteção legal e normativa (Lei nº 12.651/2012, art. 4º, inciso VI e

Resolução-CONAMA nº 303/2002, art. 2º, inciso VIII), impõe-se a obrigação de fazer ao “pos-suidor ou ocupante a qualquer título” dos quiosques para fins de se “promover a recomposição da vegetação” situada ao seu entorno, mediante ações de revitalização da vegetação nativa, observados os termos da Resolução-SMA nº 32/2014 (Projetos de Restauração Ecológica do Estado de São Paulo), colocação de lixeiras e colocação de placas de sinalização das áreas de preservação permanente e de incentivo à limpeza e preservação do ambiente de praia limpo e sustentável, o que deve ser realizado mediante iniciativa e custos dos próprios ocupantes dos quiosques, bem como a através de programa de revitalização do ambiente de praia a ser desenvolvido em parceria com o Município de Caraguatatuba e a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA), em sede de execução de sentença.

Faz ainda oportuna a imposição de obrigação de fazer aos ocupantes dos quiosques, Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC (vide manifestação às fls. 1006/1015 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103) e Município de Caraguatatuba para se promover a readequação da ocupação dos quiosques a partir da execução de Projeto de Intervenção Urbanística arquitetônico e paisagístico, com cronograma e prazo razoável a ser especificado - com respectiva informação a este Juízo Federal em cumprimento de sentença -, para fins de padronização de layout dos quiosques e para que: (i) apresentem todo os quiosques características de estrutura e medidas de acordo com as normas de urbanização e ambientais; (ii) atendam às normas gerais de acessibilidade às pessoas portadoras de necessidades especiais (PNE) (iii) contem com a regular colocação de lixeiras de coleta seletiva no entorno dos quiosques, ambiente próprio para compartimento de gás dentro das normas de segurança, e obediência aos limites de ruído (dB) e horário de som ambiente, bem como aos recuos de calçadas de pedestres e ciclovias, devendo-se priorizar nos atos de execução a utilização de materiais recicláveis e de uso sustentável que agridam o quanto menos ao meio ambiente.

E, ainda, cumprirá às partes promover os atos necessários para o devido cadastro e regularização de funcionamento, patrimonial, sanitária e ambiental perante os respectivos órgãos públicos (Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba, Corpo de Bombeiros, SPU e CETESB), devendo pelos ocupantes dos quiosques serem protocolados e apresentados os documentos necessários para instrução dos procedimentos administrativos competentes, para fins de expedição dos documentos técnicos comprobatórios (Alvará de Funcionamento, AVCB, RIP etc.) da regularidade da ocupação pelos quiosques situados na orla de Caraguatatuba.

Ressalta-se que a presente ordem judicial da Justiça Federal de demolição das estruturas de quiosque ou de parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) situadas sobre faixa de areia de praia, não atende a preferências ou conveniências subjetivas, mas trata-se de questão de natureza impessoal e objetiva que decorre da APLICAÇÃO DA LEI e do ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, a todos aplicável indistintamente, e que inclusive estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” (Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Ante os fundamentos expostos e que sustentam a parcial procedência dos pedidos formulados nas petições iniciais das respectivas ações em julgamento em conjunto, a partir do dispositivo desta sentença este Juízo rejeita o pedido de demolição como um todo e de cessação total das atividades comerciais dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba, todavia, especifica as obrigações de fazer e de não-fazer a serem impostas a cada uma das partes e órgão públicos mencionados, cujos cumprimentos deverão ser comprovados dentro do prazo específico em sede de cumprimento de sentença, sob as devidas advertências em

caso de descumprimento.

II.2.4 – DANO AMBIENTAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA – DEVER DE REPARAÇÃO INTEGRAL - OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER – MULTA-DIÁRIA – PERDAS E DANOS

Quanto à *responsabilidade civil* para cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, nos fundamentos e dispositivo desta sentença consta de forma precisa a quais partes e órgãos públicos cumprirá a execução dos atos necessários ao cumprimento da tutelas específicas, cuidando-se de hipótese de responsabilidade solidária entre os réus ocupantes dos quiosques, a Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC (vide manifestação às fls. 1006/1015 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103) e o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba a necessária demolição de construções sobre a faixa de areia de praia e a restauração do meio ambiente equilibrado e protegido (CF, art. 225, caput).

Isto porque, além de se cuidar da imposição do dever de reparação integral através do “cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental”, conforme art. 14, caput, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), incide no presente caso a responsabilidade objetiva por dano ambiental, sendo todos os poluidores obrigados, “independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (art. 14, § 1º).

Assim, tanto os atuais ocupantes dos quiosques e Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC, quanto o Município de Caraguatatuba, são responsáveis solidariamente e de forma objetiva pela demolição das construções sobre a faixa de areia de praia e atos de restauração da vegetação, plantio e conservação do meio ambiente ao entorno dos quiosques, a partir da execução em conjunto de Projeto de Intervenção Urbanística em que conste: memoriais descritivos correspondentes a cada praia; plantas dos quiosques; cronograma de execução dos atos de demolição e de restauração das características originais de vegetação em área de preservação permanente - APP (restinga) no entorno dos quiosques, revitalização e preservação ambiental, com atuação do órgão ambiental CETESB para devida realização de Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, e de profissional técnico habilitado (ART etc.).

Com efeito, a construção de quiosques ou de parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de areia de praia se deu por empreendimento dos ocupantes dos quiosques, mas sob o consentimento do Poder Público Municipal, que chegou inclusive a regulamentar permissões e ocupações na faixa litorânea através de Decretos Municipais (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991 e o Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984), não obstante cumprir à Secretaria de Patrimônio da União – SPU a gestão e administração das relativas a terrenos de marinha (Lei nº 9.636/1998, art. 1º), tal como se verifica na orla do Município de Caraguatatuba.

Por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral (art. 14, caput, da Lei nº 6.938/1981), admite-se a condenação dos réus, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer e de não fazer. Aí se encontra a típica obrigação cumulativa ou conjuntiva, entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-

PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL. (...) 6. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante (reductio ad pristinum statum, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração in natura nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum. 7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo do negócio”, acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério. 8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo. (STJ, REsp nº 1198727/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 14/08/2012) (Grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. (...) 3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento. (AgRESP 201201507675, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJE DATA:27/02/2013) (Grifo nosso).

Para fins de “*efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente*”, a partir das “*medidas necessárias à satisfação do exequente*” impostas por este Juízo Federal, *eventual descumprimento poderá vir a acarretar a fixação de MULTA-DIÁRIA sob os custos dos réus*, bem como, ainda, e a depender a necessidade que se caracterizar no caso em concreto em cumprimento de sentença, a ordem judicial de “*remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial*”, sem prejuízo de “*responsabilização por crime de desobediência*”, conforme estabelece a lei processual civil (CPC):

Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica

ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Ainda, para o caso de se verificar *eventual impossibilidade de cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, excepcionalmente e em último caso*, em sede de *execução de sentença* e sem prejuízo da incidência de *MULTA-DIÁRIA por descumprimento*, poderá este Juízo oportunamente vir a deliberar sobre a *conversão das obrigações em PERDAS E DANOS a serem suportados pelos réus (CPC, art. 499)*, devendo neste momento processual e no cumprimento desta sentença, contudo, se priorizar a “*prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva*”, conforme art. 10, da Lei nº 7.347/1985 (LACP), a partir do *cumprimento efetivo das obrigações de fazer e de não-fazer e a restauração do meio ambiente da faixa de areia de praia ao estado original (reductio ad pristinum statum)*.

Sobre a *conversão em perdas e danos* somente na hipótese de *impossibilidade de cumprimento da tutela específica*, dispõe o CPC, art. 499:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (Grifo nosso).

Com efeito, o *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC* firmado entre particulares, o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e o Ministério Público Estadual perante a *Justiça Estadual (TAC da Praia de Massaguaçu, firmado em 27/12/2010 - Ação Civil Pública nº 373/2010 – 1ª Vara Cível de Caraguatatuba – vide fl. 565/577 da ACP nº 0002255-47.2011.403.6103)*, que, apesar de ter por “*objetivo disciplinar o uso e ocupação de bens imóveis de domínio da União*” (fl. 568), *não contou com participação ou consentimento expresso da União (SPU)*, deverá observar os termos e obrigações de fazer e de não fazer impostas na presente sentença, visto tratar da *ocupação de faixa de areia de praias marítimas e terrenos de marinha, bens públicos da União (CF, art. 20, incisos IV e VII)*, estando revogadas a partir desta sentença *eventuais disposições de referido TAC em sentido contrário*, em razão da *competência da Justiça Federal* de processar e julgar ações em que a *União figure como parte ou interessada (CF, art. 109, inciso I)*, como ocorre no presente caso.

Ainda, os termos e parâmetros desta sentença não prejudicam o que restou deliberado nos autos *Ação Civil Pública nº 0004423-85.2012.4.03.6103 e 0003852-31.2010.4.03.6121*, que tramitaram perante este Juízo Federal, em que se homologou *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC* de 29/05/2015, tendo por objeto a “*demarcação de todos os terrenos e marinha nos quatro municípios do litoral norte até outubro de 2018*” (vide sentença – DJe de 02/07/2015) e, ainda, *Convênio, Termo Aditivo e Plano de Trabalho* com objetivo de “*implantação de projetos de cadastramento e regularização de ocupação de imóveis de domínio da União localizados no Município de Caraguatatuba*” e prazo final em 20/03/2018 (já expi-

rado) (fl. 919/937 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), em razão de se tratarem de *objetos e matérias complementares*.

Conforme ponderou o próprio *Ministério Público Federal* em suas razões, “*o julgamento do presente feito prescinde da homologação e demarcação da LPM de todo o litoral norte do Estado de São Paulo, objeto das já mencionadas ações... não há qualquer relação de prejudicialidade com o objeto das referidas ações civis públicas...*” (fl. 984-v da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103).

E, para além das *obrigações de fazer* e de *obrigações de não fazer* objeto da presente sentença, *medidas adicionais e complementares* poderão ser implementadas pelas partes em sede de cumprimento de sentença, para fins de *melhor adequação dos atos necessários* a serem providenciados pelos quiosqueiros e pelo Município de Caraguatatuba perante os respectivos *órgãos públicos*, inclusive mediante a *realização de parcerias e convênios entre as partes e órgãos públicos* (*Ministério Público Federal, Município de Caraguatatuba, Corpo de Bombeiros, SPU, CETESB e Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC*), para fins de se *otimizar o tempo e os recursos através dos atos de demolição, restauração, adequação e recuperação ambiental*.

II.2.5 – CONTEXTO SOCIOECONÔMICO LOCAL E REGIONAL – CULTURA CAIÇARA E ATIVIDADE COMERCIAL FAMILIAR DE SUBSISTÊNCIA - PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA (CF, ART. 170, CAPUT E INCISO IV)

A lei processual prevê que “*o juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*” (CPC, art. 375) e que deverão ser tomados em consideração “*fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito*” (CPC, art. 493).

Releva destacar que existe um *contexto socioeconômico* formado a partir da instalação dos quiosques na *orla da Estância Balneária de Caraguatatuba*, constituído principalmente a partir de *nativos e pessoas que há tempos se instalaram no litoral norte do Estado de São Paulo*, que, dentro de sua *cultura e modo de vida caiçara*, passaram a desenvolver a *atividade comercial na faixa litorânea*, fazendo desse trabalho o *modo de sustento de sua família e sucesso*. Por conseguinte, *não obstante a premente necessidade de se adequar as instalações dos quiosques da orla de Caraguatatuba a uma forma de ocupação dentro dos limites da lei e de forma sustentável perante o meio ambiente*, em razão da *proibição legal de se construir em faixa de areia de praia*, bem como da *imperiosa necessidade de sua regularização patrimonial, sanitária e ambiental*, impõe-se o *reconhecimento*, tanto por este *Juízo Federal* quanto pela *comunidade local e regional*, do *caráter familiar e regional do comércio* que se desenvolve na *faixa litorânea da Estância Balneária de Caraguatatuba*, que atende às *diversas faixas etárias*, e ao *mais diversificado público*, formado tanto por *residentes da localidade* quanto por *turistas*.

E tal *atividade comercial*, realizada de maneira *peculiar e regional* pelos *atuais ocupantes dos quiosques*, deve ser *preservada*, sobretudo para a *manutenção do meio de vida de diversas famílias* que se estruturaram e ainda se sustentam a partir dos *quiosques da faixa litorânea*, e que *um dia acreditaram na região para prosperar seus propósitos de vida*, bem como para a *continuidade da promoção da economia e do turismo locais*, que *muito se beneficiam e interagem com a atividade comercial dos quiosques* situados na *orla de Caraguatatuba*.

Em razão dessa *peculiaridade regional* e da *cultura caiçara* inerente à *atividade comercial dos quiosques desenvolvida pela comunidade local*, que sobrevive e impulsiona a *economia da cidade e região* tanto na *alta quanto na baixa temporada*, *nesta esfera judicial*

fica expressamente afastada qualquer imposição de abertura de licitação futura para fins de concessão ou permissão da atividade comercial nos quiosques da orla da Estância Balneária de Caraguatatuba, nos termos das Leis nº 8.666/1995 (Lei de Licitações) e 8.954/2002 (Lei de Concessões), como condição para manutenção de seus ocupantes no exercício de suas atividades comerciais por prazo delimitado.

Na atual conjuntura socioeconômica que se apresenta na Estância Balneária de Caraguatatuba e no cotidiano do comércio local e regional, eventual imposição de prazo delimitado de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos remanescentes para o exercício do comércio pelos atuais ocupantes dos quiosques, para subsequente submissão a processo de licitação, certamente traria descompassos e reflexos nocivos à economia familiar local.

Isto porque, muito embora o processo licitatório (Lei nº 8.666/1993) possa submeter o exercício do comércio a partir dos quiosques à sociedade como um todo e a eventuais interessados sob forma de concorrência pública, há que se considerar que há atuais ocupantes de quiosques que se encontram estabelecidos já há mais de 10 (dez) ou 20 (vinte) anos no livre exercício do comércio em quiosques sob o consentimento do Poder Público (vide matéria à fl. 56 da Ação Popular nº 0004036-07.2011.403.6103), e em grande parte dos casos a partir do incentivo da Prefeitura local, que houve por bem outrora regulamentar ocupações para a resolução de situações de nociva informalidade e de comércio ambulante (“barracas e trailers” – vide Decreto Municipal nº 34, de 28/02/1996).

Por conseguinte, não se afigura justo nem razoável agora pretender se submeter a atividade dos quiosques, de comércio familiar e inerente à cultura caieira litorânea, a grandes empreendedores e detentores do poderio econômico, sob critérios questionáveis no caso em concreto em que seria remota a igualdade de “condições de competitividade” (art. 18, § 5º, da Lei nº 9.636/98) (v.g. menor preço e maior lance ou oferta – Lei nº 8.666/93, art. 45, § 1º, incisos I e IV), em notável prejuízo da subsistência de famílias que há tempo constituíram os quiosques como seu meio de vida e empreenderam investimentos de retorno a médio e longo prazo para fornecerem melhor estrutura e condições mais apresentáveis à comunidade local e regional, inclusive, em alguns casos, em atendimento às normas Municipais (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991 e o Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984) e a TAC (Praia de Massaguaçu, firmado em 27/12/2010) que pretenderam regular a matéria.

Ressalta-se que, nos casos em concreto e em razão das peculiaridades locais e regionais, não obstante a relevância dos princípios que norteiam o processo licitatório (Lei nº 8.666/1993, art. 3º), eventual submissão à atividade comercial dos quiosques à concorrência pública, com a nociva e potencial desproporção de condições de concorrência entre os comerciantes locais e grandes empresas (ex. distribuidores de bebidas, alimentos etc.), certamente traria reflexos nocivos à própria livre concorrência e ao livre mercado, princípios da ordem econômica (CF, art. 170, caput e inciso IV) que devem, no presente caso, serem privilegiados a partir da manutenção da atividade comercial caieira e familiar dos quiosques, ou seja, através dos seus ocupantes atuais que atendam aos requisitos a seguir especificados (1, 2 e 3), sobretudo para se assegurar o seu caráter de elemento da cultura caieira e de economia familiar de subsistência.

Por oportuno, a própria Lei nº 9.636/1998, que dispõe acerca da regularização e administração de bens imóveis de domínio da União, prevê a possibilidade de cessão de bens públicos de propriedade da União, inclusive terrenos de marinha, mediante a dispensa do procedimento licitatório, quando presentes os requisitos legais, dentre os quais o “interesse público ou social” e a presença de “associações”, e ainda em casos de “bens imóveis de uso

comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados)”, como se verifica ocorrer no presente caso de ocupação pelos quiosques da orla do Município de Caraguatatuba, em que atua a Associação dos Quisques de Caraguatatuba – AQC:

Da Cessão

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 10 A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007). (...)

§ 6º Fica dispensada de licitação a cessão prevista no caput deste artigo relativa a: (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

(...)

II - bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados), inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).” (Grifo nosso).

Por outro lado, para se manter a *coerência e a razoabilidade com a atividade comercial dos quiosques como inerente à cultura caieira local de exercício do comércio familiar de subsistência*, fica determinado a partir da *presente ordem judicial que os atuais ocupantes dos quiosques, individualmente identificados, deverão observar que, a permanência na ocupação regular dos quiosques e continuidade da atividade comercial familiar, independentemente de licitação, fica condicionada aos seguintes requisitos:*

1) Exercício de atividade comercial no quiosque onde esteja situado há pelo menos 5 (cinco) anos (a partir da data da sentença)

2) Não possuir qualquer vínculo empregatício ou outra atividade comercial como empresário ou profissional autônomo (vide CNIS e PLENUS)

3) Não exercer qualquer cargo ou função pública

Na hipótese de *não se verificar quaisquer desses requisitos*, a partir dos documentos cadastrais e da identificação pessoal do atual ocupante, o quiosque identificado deverá vir a ser *desocupado em sede de cumprimento de sentença*, para então *oportuna oferta em regime de concorrência pública*, observados os termos das *Leis nº 8.666/1995 (Lei de Licitações) e 8.954/2002 (Lei de Concessões)*.

Ainda, a partir do *necessário levantamento, pelo Município de Caraguatatuba e pela Secretaria de Patrimônio da União - SPU, de todos os quiosques que estejam abertos e em plena atividade comercial familiar, identificar as instalações de quiosques que estejam em desuso, ou seja, fechados à atividade comercial atual*, para fins de *desativação em definitivo, demolição e restauração da área às características originais, ou eventual readequação aos padrões de ocupação urbanística, arquitetônicos, paisagísticos e de layout para sua reativação*

comercial regular.

Tal propósito de *identificação dos quiosques paralisados e sem atividade comercial*, tal como ocorre em *boa parte dos quiosques situados nas praias da região sul de Caraguatatuba (Jardim Aruan, Britânia, Praia das Palmeiras e Porto Novo)*, visa sobretudo *evitar sua indevida destinação a fins residenciais*, bem como a *inoportuna ocupação por transeuntes e para prática de atividades ilícitas*, afetando ainda na *poluição visual e aspecto paisagístico da faixa litorânea*.

Com efeito, o *regular funcionamento dos quiosques* deve se dar a partir da *necessária comprovação de cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer*, para manutenção da *regularidade de funcionamento, patrimonial, sanitária e ambiental dos quiosques*, o que atende ao *interesse público*, aos *interesses socioeconômicos da comunidade local e regional caíçara e litorânea*, bem como aos *princípios da livre iniciativa e da livre concorrência da ordem econômica (CF, art. 170, caput e inciso IV)*.

Ademais, constitui *dever poder público com um todo, Federal, Estadual e Municipal*, no regular *exercício do poder de polícia e fiscalizatório*, zelar pelo *cumprimento das normas que impõem a regularidade de funcionamento (MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA e CORPO DE BOMBEIROS)*, *patrimonial (SPU) e ambiental (CETESB)*, sem prejuízo do *respeito à presente ordem judicial e à necessidade de comprovação de cumprimento pelas partes das obrigações de fazer e de não-fazer objeto da presente sentença*.

II.2.6 – BENS DA UNIÃO – SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO (SPU) - PODER REGULAMENTAR MUNICIPAL – VÍCIO DE ILEGALIDADE - TERMO DE ADESÃO (LEI Nº 13.240/2015)

Conforme previsão expressa da *Constituição Federal* e da *Lei nº 9.636/1998, art. 1º*, compete à *União*, através da *Secretaria de Patrimônio da União – SPU*, *gerir e administrar as áreas e construções situadas sobre terreno de marinha*, sendo o somente o referido *órgão público federal (SPU)* o *competente para eventuais permissões e concessões públicas na faixa litorânea compreendida dentre as praias marítimas e terrenos de marinha, bens da União (CF, art. 20, incisos IV e VII)*:

DA UNIÃO

Art. 20. São bens da União: (...)

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)

(...)

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; (...).

Assim, as *ocupações por quiosques ou outras construções sobre as faixas de areia de praia e de terreno marinha* devem se dar a partir da *atuação direta e efetiva da Secretaria de Patrimônio da União*, nos termos da *Lei nº 9.636/1998, arts. 1º e 11*:

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de *identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União*, bem como a *regularização das ocupações nesses imóveis (...)*

(...)

Art. 11. Caberá à SPU a incumbência de fiscalizar e zelar para que sejam mantidas a destinação e o interesse público, o uso e a integridade física dos imóveis pertencentes ao patrimônio da União, podendo, para tanto, por intermédio de seus técnicos credenciados, embargar serviços e obras, aplicar multas e demais sanções previstas em lei e, ainda, requisitar força policial federal e solicitar o necessário auxílio de força pública estadual.(Grifo nosso).

Portanto, em razão de extrapolar o poder normativo do Poder Executivo Municipal, impõe-se a declaração judicial de ilegalidade do Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba, que “dispõe sobre permissão de uso de área na faixa de praia compreendida entre o Rio Tabatinga e Rio Juqueriquerê”; do Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991, que “dispõe sobre permissão de uso de áreas na faixa da praia Martim de Sá”, e o Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984, que “dispõe sobre permissão de uso de áreas na faixa de praia compreendida entre a Ponta do Camaroeiro e o Rio Juqueriquerê”, bem como de eventuais outros atos legais e normativos Municipais que tratam da permissão de uso de áreas na faixa da praia, visto não cumprir à Administração Municipal dispor sobre a permissão de uso sobre faixa de areia de praia e de terrenos de marinha.

Ao contrário do que sustenta o Município de Caraguatatuba, em seu pedido de reconsideração à decisão que deferiu em parte o pedido de liminar na Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal) (fl. 547/562), a alegação de que a Municipalidade “detém, desde o ano de 1992, autorização do Ministério da Marinha, por sua Capitania dos Portos, para construir quiosques em diversas praias da cidade” (fl. 558), não legitima nem legaliza qualquer construção de quiosque sobre faixa de areia de praia ou terreno de marinha, visto existir proibição legal expressa de construção sobre faixa de areia de praia (art. 10, § 3º, da Lei 7.661/1988).

Outrossim, compete somente à Secretaria de Patrimonio da União (Decreto-lei nº 9.760/1946 e Lei nº 9.636/1998), e não à Marinha do Brasil, a gestão e administração das praias marítimas e terrenos de marinha onde se encontram situados os quiosques, pondendo exclusivamente a SPU dispor a título de cessão ou permissão de uso de tais áreas consideradas bens da União (CF, art. 20, incisos IV e VII). Nesse sentido, relevante precedente jurisprudencial assevera: “Ministério da Marinha (Capitania dos Portos). Referido órgão não tem competência para autorizar o uso de bem da União” (AC - APELAÇÃO CIVEL 2005.04.01.027714-4, MARGA INGE BARTH TESSLER, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 25/06/2007).

Conforme reconhece o próprio Município de Caraguatatuba em sua contestação à Ação Popular nº 0004036-07.2011.403.6103:

á área ocupada por ‘quiosques’ é de domínio da UNIÃO FEDERAL, compete a ela providenciar a retomada da área e requerer o desfazimento de possíveis construções, como também, compete a ela outorgar a concessão de uso da orla marítima ao Município para que esse possa providenciar o correto ordenamento jurídico. (...)

Incontroverso que a União detém competência exclusiva para regulamentar a aquisição, o uso, a administração e a alienação de seu patrimônio, sendo absolutamente nulo qualquer ato administrativo de ‘permissão de uso’ a particulares em praias marítimas à mingua de autorização da União. (fl. 226/227 – Grifo nosso).

Por oportuno, no curso da Ação Popular nº 0004036-07.2011.403.6103 foi acostado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 176612-03 (fl. 37/44 e 300/307), que tratou da “permissão de uso” pelo

Município e houve por bem declarar a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba.

Todavia, *sem prejuízo do v. acórdão do TJSP e de seu trânsito em julgado ou não (vide decisão de fl. 46/47 que indeferiu o pedido de liminar), e em razão da nociva persistência de situação de fato decorrente da aplicação dos referidos Decretos Municipais (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991 e o Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984), impõe-se a atuação deste Juízo Federal e o respeito à competência da Justiça Federal para processar e julgar ações em que haja interesse relativo a bens da União e em que a União seja parte ou interessada (CF, art. 109, inciso I), como ocorre no presente caso sob julgamento.*

Sobre o fato de que “os bens públicos federais não podem ser alvo de ato administrativo municipal de permissão de uso, sem a expressa autorização da real proprietária da área, a União Federal”, e de que “não pode, todavia, [o Município] pretender legislar sobre a forma de utilização de bem que pertence à União, salvo se para isso autorizado expressamente”, conforme se verifica no caso em tela, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

AÇÃO POPULAR. TERRENO DE MARINHA E SEUS ACRESCIDOS. PERMISSÃO DE USO DA ÁREA CONCEDIDA PELA MUNICIPALIDADE SEM AUTORIZAÇÃO DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. PERMISSIONÁRIOS. TERCEIROS DE BOA FÉ. DEMOLIÇÃO DAS CONTRUÇÕES. NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER DA MUNICIPALIDADE QUE CONCEDEU, INDEVIDAMENTE, A PERMISSÃO DE USO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES PROVIDAS. PRECEDENTES DO C. STJ. 1. Os terrenos de marinha e seus acrescidos são de propriedade da União Federal desde a sua instituição e o seu domínio útil, pela Administração Pública Federal, independe da formal demarcação pelo DPU, por ser ato administrativo com efeito meramente declaratório. 2. Na hipótese de terreno de marinha e seus acrescidos, cabe ao ocupante da área o ônus de provar que não se trata de área de propriedade da União Federal. Precedentes do C. STJ. 3. Em se tratando de terreno de marinha e seus acrescidos, o entendimento jurisprudencial está firmado no sentido de que nem mesmo o registro notarial, em nome de particular, serve para demonstrar, de pronto, que aquelas áreas não sejam de propriedade da União. Precedente do C. STJ, em sede de Recurso Repetitivo. 4. Segundo o que determina o § 3º do art. 183 da Constituição Federal, nem mesmo o fato dos terrenos de marinha e seus acrescidos estarem sendo ocupados irregularmente por terceiros, ainda que ha muito tempo, retira a propriedade da União Federal. 5. Os terrenos de marinha são bens dominiais e sua ocupação depende de expressa autorização da Administração Pública Federal. 6. Os bens públicos federais não podem ser alvo de ato administrativo municipal de permissão de uso, sem a expressa autorização da real proprietária da área, a União Federal. (...). 8. Diante do reconhecimento do direito de propriedade da União Federal sobre a área, que é terreno de marinha e seus acrescidos; da ilegitimidade das permissões de uso concedidas pela administração municipal; e da boa-fé dos terceiros envolvidos, impõe-se a demolição das construções existentes com a consequente remoção dos entulhos e demais intervenções feitas em razão da construção dos quiosques, obrigação essa que se impõe ao Município que concedeu, indevidamente, as permissões de uso da área aos particulares. (...) 10. Remessa oficial e apelações providas. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e às apelações da União Federal e do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1770004 0209068-65.1995.4.03.6104, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2018 – Grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE QUIOSQUES EM ÁREA DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. 1. O laudo pericial levado a efeito demonstra que todos os quiosques da Praia de Itapema/SC, que são objeto desta ação, estão localizados em terrenos de marinha, alguns deles avançando sobre a praia. 2. As praias são bens públicos de uso comum, isto é, de utilização comum pela coletividade, devendo seu acesso ser garantido a todos e não podem ser objeto de apropriação privada. 3. A municipalidade, por não ter poder de decisão sobre as praias e terrenos de marinha, deve ser vista como terceiro, e nesta posição, não poderia conferir direito sobre área de domínio de outra entidade. Parece evidente, assim, que o fato de ter o Município autorizado o uso das áreas de marinha e de praia não confere qualquer direito aos autorizatários. 4. O Município até tem competência para tratar de assuntos de interesse local, e suplementar a legislação federal, no que couber (art. 30, I e II, da CF). Não pode, todavia, pretender legislar sobre a forma de utilização de bem que pertence à União, salvo se para isso autorizado expressamente. 5. Nada obsta que o Município discipline, por exemplo, o comércio de ambulantes nas praias; não pode, todavia, consentir com o levantamento de edificações em tais sítios, pois eles não lhes pertencem. 6. No caso dos autos não foi demonstrado que exista qualquer autorização para utilização dos bens pertencentes à União, em especial por parte da Secretaria de Patrimônio da União, órgão do Ministério do Planejamento ao qual compete a administração dos bens pertencentes à referida pessoa jurídica (art. 33 do Decreto nº 5.134, de 07 de julho de 2004). Pelo contrário, a União, tendo ciência do processo, apressou-se em habilitar-se como litisconsorte ativo, endossando a pretensão veiculada na exordial. 7. Saliente-se que irrelevante igualmente eventual nada a opor por parte do Ministério da Marinha (Capitania dos Portos). Referido órgão não tem competência para autorizar o uso de bem da União. 8. Segundo o artigo 225 da Constituição Federal todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 9. Os quiosques, como demonstrou a perícia, estão inteiramente localizados na faixa de marinha, sendo que alguns deles localizam-se inteiramente na faixa de praia e outros parcialmente. 10. O local é constituído de planície arenosa e faixa de praia, cujos substratos constituídos basicamente de areia quartzosa confere um caráter de solo excessivamente drenado, que aliado à influência marinha definiu a restinga como o padrão de vegetação que ali originalmente ocorria, entendida como vegetação de restinga a vegetação pioneira, de primeira ocupação, que reveste as planícies e terraços costeiros, formados pela acumulação de sedimentos arenosos de origem marinha, eólica e fluviomarinha. 11. O Código Florestal estabelece em seu artigo 2º, alínea f, que são consideradas de preservação permanente quaisquer formas de vegetação situada nas restingas. Não fora isso, as áreas de restinga são protegidas pelo artigo 3º do Decreto 750, de 10.02.93. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (AC - APELAÇÃO CÍVEL 2005.04.01.027714-4, MARGA INGE BARTH TESSLER, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 25/06/2007).

A partir dos elementos probatórios dos autos e respectivos atos legais e normativos Municipais, não há qualquer informação que aponte para a realização de necessário termo de adesão entre o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e a União, conforme Lei nº 13.240/2015, art. 14, § 1º (Gestão de Imóveis da União), tampouco dados sobre eventual consulta formal pelo Município à União, ou mesmo anuência expressa da União sobre os atos de permissão do Município, estando, por consequência, acometidos pelo vício de ilegalidade

o Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, o Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991 e o Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984, cuja declaração gera efeitos para todos e a partir desta sentença (efeitos erga omnes e ex nunc).

A própria União assevera em sua manifestação na Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal) ser:

absolutamente nulo qualquer ato administrativo de ‘permissão de uso’ a particulares em praias marítimas, fundamentado, apenas, em legislação municipal – como ocorrido, na espécie, com a edição do aludido Decreto nº 181, de 30 de dezembro de 1992, editado pelo Município de Caraguatatuba-SP, à mingua de autorização da União (fl. 755).

No presente caso, observadas as peculiaridades que envolveram o tratamento da ocupação dos quiosques pela Municipalidade, que pretendeu regulamentar a matéria para a resolução de situações de nociva informalidade e de comércio ambulante (“barracas e traillers” – vide Decreto Municipal nº 34, de 28/02/1996), excepcionalmente, não haverá condenação dos réus ao “pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários” (art. 11, da Lei nº 4.717/65), sobretudo em razão de não se vislumbrar dolo ou má-fé edição dos Decretos Municipais.

Por outro lado, permanecem vigentes os atos legais que declaram de relevante interesse turístico e social os quiosques situados na orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba (Lei nº 1.803/2010), e que se referem a estudo das questões relativas aos quiosques (Decreto nº 80, de 17/05/2005), com declaração de ilegalidade somente dos referidos atos que disponham “sobre permissão de uso de áreas na faixa de praia” (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991 e Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984).

Por oportuno, visando ao interesse público da comunidade litorânea e se suprir ausência de regulamentação nos termos da lei acerca da faixa de areia de praia e terrenos de marinha, faz-se oportuna a fixação de obrigação de fazer às partes Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e União, através da Secretaria de Patrimônio da União - SPU, para fins de gestão Municipal das praias marítimas urbanas locais, inclusive das áreas de uso comum com exploração econômica, a partir da necessária assinatura de termo de adesão nos termos da Lei nº 13.240/2015 (Gestão de Imóveis da União), art. 14, § 1º:

Art. 14. Fica a União autorizada a transferir aos Municípios litorâneos a gestão das praias marítimas urbanas, inclusive as áreas de bens de uso comum com exploração econômica, excetuados: (...)

§ 1º A transferência prevista neste artigo ocorrerá mediante assinatura de TERMO DE ADESAO com a União.

§ 2º O termo de adesão será disponibilizado no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para preenchimento eletrônico e preverá, entre outras cláusulas:

I - a sujeição do Município às orientações normativas e à fiscalização pela Secretaria do Patrimônio da União;

II - o direito dos Municípios sobre a totalidade das receitas auferidas com as utilizações autorizadas;

III - a possibilidade de a União retomar a gestão, a qualquer tempo, devido a descumprimento de normas da Secretaria do Patrimônio da União ou por razões de interesse público superveniente;

IV - a reversão automática da área à Secretaria do Patrimônio da União no caso de cancela-

mento do termo de adesão;

V - a responsabilidade integral do Município, no período de gestão municipal, pelas ações ocorridas, pelas omissões praticadas e pelas multas e indenizações decorrentes. (Grifo nosso).

E, sobre a possibilidade de ser celebrado *convênio entre o Município de Caraguatatuba e a SPU, “a juízo e a critério do Ministério da Fazenda”* e que tenha como objeto a *“fiscalização de área do patrimônio da União”, “sempre respeitados a preservação e o livre acesso às praias marítimas... e as outras áreas de uso comum do povo”,* dispõe a *Lei nº 9.636/1996*:

Da Celebração de Convênios e Contratos

Art. 4º Os Estados, Municípios e a iniciativa privada, a juízo e a critério do Ministério da Fazenda, observadas as instruções que expedir sobre a matéria, poderão ser habilitados, mediante convênios ou contratos a serem celebrados com a SPU, para executar a identificação, demarcação, cadastramento e fiscalização de áreas do patrimônio da União, assim como o planejamento e a execução do parcelamento e da urbanização de áreas vagas, com base em projetos elaborados na forma da legislação pertinente.

§ 1º Na elaboração e execução dos projetos de que trata este artigo, serão sempre respeitados a preservação e o livre acesso às praias marítimas, fluviais e lacustres e a outras áreas de uso comum do povo. (...)

Sobre a *“existência irregular de quiosques nas areias da praia”, o “dano ambiental causado por estes quiosques” e a competência da Secretaria de Patrimônio da União – SPU para “autorizar a exploração de bens da União” e para “transferência aos Municípios litorâneos da gestão das praias marítimas urbanas”, segue relevante precedente jurisprudencial, em grande parte aplicável ao presente caso:*

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. QUIOSQUES. PRAIA DE SETIBA. TERRENO DE MARINHA. ÁREA DE RESTINGA. CESSÃO DE USO AOS MUNICÍPIOS. DEMOLIÇÃO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. I - Rejeitam-se as preliminares de prescrição e de prescrição intercorrente, haja vista que o *dano ambiental tem caráter continuado, donde as ações de pretensão de reparação dos danos ambientais são imprescritíveis, enquanto ininterrupta a conduta danosa*. In casu, os fatos objeto da demanda ainda estão em curso, qual seja, a *existência irregular de quiosques nas areias da praia de Setiba e o dano ambiental causado por estes quiosques*. Outra não é a *orientação do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes: REsp 1223092/SC e REsp 1120117AC. (...) IV - Segundo o art. 225 da Constituição Federal, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos; a Mata Atlântica e a Zona Costeira são patrimônio nacional; e “as praias marítimas” e “os terrenos de marinha” “são bens da União”, a teor do seu art. 20. As “praias” são definidas como “bens públicos de uso comum do povo” pela Lei 7.661/88 e o Decreto-lei 9.760/46 define os “terrenos de marinha”, afirma a dominialidade da União sobre eles e anota que o ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo. A Lei 11.428/06 prescreve que as vegetações de restingas são consideradas integrantes do Bioma Mata Atlântica e a Lei 12.651/12 prevê que são consideradas Área de Preservação Permanente as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues. 1 V - O Decreto-lei 2.398/87, com a redação dada pela Lei 13.139/15, inclui, dentre as sanções para aquele que construir ou instalar equipamentos, sem prévia autorização, em bens de uso comum do povo, a demolição e/ou remoção da construção e dos equipamentos instalados, à conta de quem os houver efetuado, caso não sejam passíveis de regularização. A Lei 9.636/98 firma que caberá à Secretaria do Patrimônio da União - SPU a incumbência de fiscalizar o uso dos imó-*

veis pertencentes ao patrimônio da União e, se o empreendimento em ecossistemas costeiros necessariamente envolver áreas originariamente de uso comum do povo, poderá ser autorizada a utilização dessas áreas, mediante cessão de uso aos Municípios, a qual será autorizada em ato do Presidente da República. O Decreto 3.125/99 delega expressamente essa competência ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; que subdelega a competência ao Secretário do Patrimônio da União, que, por sua vez, subdelega a referida competência aos Superintendentes do Patrimônio da União. *A Lei 13.240, com vigência a partir de 31/12/15, veio tratar da transferência aos Municípios litorâneos da gestão das praias marítimas urbanas, inclusive das áreas de bens de uso comum com exploração econômica, o que deve ocorrer mediante assinatura de termo de adesão com a União.* VI - As provas carreadas aos autos demonstram que a ocupação se dá em área composta de vegetação de restinga, integrante do patrimônio nacional Bioma Mata Atlântica, sendo, portanto, considerada Área de Preservação Permanente, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues que são as restingas; área tal que só permite o acesso de pessoas para realização de atividades de baixo impacto ambiental. *Segundo as normas ambientais, a ocupação ora analisada exsurge irregular também do ponto de vista administrativo, na medida em que autorizada, em sua origem, pelo Município de Guarapari/ES, ente que não possui competência para regular aspectos referentes a bens da União - como são as áreas de praia marítima e os terrenos de marinha, atualmente ocupadas em Setiba.* VII - Ficou claro que a construção irregular das edificações causa danos ao meio ambiente na orla da Praia de Setiba. O Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - IEMA, em seu Parecer Técnico COGEST nº 021, após identificar os principais problemas encontrados na referida orla, aponta as ações de recuperação, para seus trechos, destacando-se dentre elas: a demolição dos quiosques; a retirada dos aterros, devolvendo a condição arenosa ao terreno; a retirada dos muros de arrimo que foram instalados apenas para construção dos quiosques; a realização de manutenção das três faixas que ainda contém exemplares da vegetação de restinga, mediante a retirada de espécies exóticas competidoras e plantio de espécies nativas, etc. VIII - Além de não se poder ignorar o dano ambiental, não se pode dar valor jurídico aos Termos de Permissão de Uso, assinados em 1992 e em 2000, porquanto expedidos por autoridade absolutamente incompetente, já que a Prefeitura de Guarapari/ES não tem competência para autorizar a exploração de bens da União; a atribuição para fazê-lo é da Secretaria de Patrimônio da União - SPU. IX - Não merece prosperar o argumento de que a presença dos quiosqueiros na Praia de Setiba se apresenta como posse velha, mansa, pacífica, de boa fé e com justo título, pois que, como é sabido, os bens públicos são insuscetíveis de apossamento por particulares, só se admitindo, nesta seara, a detenção. X - Tampouco se pode privilegiar, no caso, a boa-fé, seja porque não se desconhecia que as construções eram irregulares, como revela a Nota Técnica COGEST nº 014 do IEMA, que contém o histórico de embargos e autuações em face dos quiosqueiros e do Município de 2 Guarapari, os quais ocorriam desde 1991; como também porque, ao renovar o Termo de Permissão e Uso pelo período de 20 anos, já no ano 2000, as normas ambientais deixavam claro que o órgão responsável por conceder autorização para construção de quiosques na praia é a SPU. De igual forma, os quiosqueiros tinham ciência da ocupação irregular, tanto que assinaram um acordo para desocuparem a área voluntariamente no dia 06/04/2010. XI - Logo, legítima a remoção dos quiosques, a fim de resguardar o livre acesso e utilização da praia, bem público de uso comum do povo; assim como a obrigação de reparação/compensação dos danos ambientais verificados na área degradada, tudo a teor do disposto na Lei 7.661/88. XII - Providos os recursos do MPF e da UNIÃO FEDERAL. Desprovido o apelo de NAPOLINEU PEREIRA DA COSTA. Sentença reformada. (AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0013733-87.2011.4.02.5001, SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA - Grifo nosso).

Com efeito, sem prejuízo das “cláusulas” (art. 14, § 2º, da Lei nº 13.240/2015) e das “ins-

truções” (art. 4º, da Lei nº 9.636/1996) previstas em lei, *eventual termo de adesão, convênio ou contrato entre o Município de Caraguatatuba e a União (SPU) deverá observar todos os termos e obrigações de fazer e de não-fazer da presente sentença da Justiça Federal, proferida em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa das partes, que se encontram bem representadas, inclusive a União e o Município de Caraguatatuba, sujeitos à coisa julgada e à inafastabilidade do provimento jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV).*

Por oportuno, observa-se que em relação ao *Município de Caraguatatuba*, consta do *sítio eletrônico da SPU* que já houve a solicitação de adesão à “Gestão de Praias” ao órgão público federal, encontrando-se *em fase de “em análise técnica”* (Fonte: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao/patrimonio-da-uniao/destinacao-de-imoveis/planilha-de-municipios-tag.pdf> - Consulta em 17/09/2018), sendo que a *assinatura do respectivo Termo de Adesão* passa agora a figurar como *obrigação de fazer* em razão da presente *ordem judicial* ao Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e à União Federal, a ser comprovada em *cumprimento de sentença*.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o pedido e declaro extintas as ações civis públicas nº 0007417-57.2010.403.6103 e nº 0002255-47.2011.403.6103 e a ação popular nº 0004036-07.2011.4.03.6103, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC c/c art. 16, da Lei nº 7.387/85 (LACP) e art. 11, da Lei nº 4.717/65, para fins de CONDENAR os réus ocupantes dos quiosques da orla de Caraguatatuba, a Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC, o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba - SP, a União Federal e órgãos públicos em OBRIGAÇÕES DE FAZER e OBRIGAÇÕES DE NÃO-FAZER, conforme Lei nº 7.347/85, art. 3º e 11 e CPC, arts. 497 e 536, a seguir discriminadas em relação a cada uma das partes e órgãos públicos, para fins da devida regularização de ocupação, patrimonial, sanitária e ambiental dos quiosques situados na orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba-SP:

PARTES E ÓRGÃOS	OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER
OCUPANTES DOS QUIOSQUES E ASSOCIAÇÃO DOS QUIOSQUES DE	a) <i>atualização cadastral</i>, protocolo de documentos, readequações estruturais e ambientais necessárias, para fins de atendimento às <i>normas sanitárias e de segurança</i> e <i>emissão de Alvará de Funcionamento</i> perante a <i>Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba</i>, para sua fixação no quiosque (bar, restaurante etc.) em local visível ao público. b) <i>protocolo perante o Corpo de Bombeiros - CBPMESP</i> dos documentos necessários (<i>PT, PTS etc.</i>) para as necessárias <i>vistorias</i>, atendimento às <i>normas de segurança</i> e <i>emissão do AVCB - Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros</i>, para sua fixação no quiosque (bar, restaurante etc.) em local visível ao público, bem como <i>regularidade das ligações de água e esgoto (SABESP) e elétrica (EDP – Bandeirante Energia)</i> dos quiosques da orla de Caraguatatuba. c) <i>demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.)</i>, dentre outras instalações com finalidade comercial à beira-mar, <i>situadas sobre faixa de areia de praia (Lei nº 7.661/88, art. 10, § 3º)</i>, com recuo das estruturas aos limites da urbanização permitida e nos ditames da lei, a partir da <i>execução em conjunto com o Município de Caraguatatuba de Projeto de Intervenção Urbanística (arquitetônico e paisagístico)</i>, em que conste: memoriais descritivos correspondentes a cada praia; levantamentos planialtimétricos; plantas dos quiosques; cronograma de execução dos atos de demolição, restauração das características originais de vegetação em área de preservação permanente - APP (“restinga”) no entorno dos quiosques, revitalização e preservação ambiental, com <i>atuação do órgão ambiental competente CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA) e de profissional técnico habilitado (ART etc.)</i>. d) <i>retirada dos entulhos e materiais decorrentes da demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de areia de praia, sob seus custos</i>. e) <i>restauração das características originais de vegetação e paisagismo da faixa de areia de praia, Zona Costeira e área de preservação permanente – APP (“restinga”)</i>, observados os termos da <i>Resolução-CONAMA nº 303/2002 (Áreas de Preservação Permanente)</i> e da <i>Resolução-SMA nº 32/2014 (Projetos de Restauração Ecológica do Estado de São Paulo)</i>, e <i>colocação de placas informativas e educativas de incentivo à limpeza e preservação do ambiente de praia limpo e sustentável</i>, sob seus custos, em parceria com a <i>Prefeitura Municipal e órgão ambiental CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA)</i> para execução dos atos de <i>limpeza, plantio, revitalização e conservação da vegetação no entorno dos quiosques</i>, mediante atuação de <i>profissional técnico habilitado (ART etc.)</i>. f) <i>providenciar os atos necessários perante a Secretaria de Patrimônio da União - SPU</i> e atender às exigências e adequações estruturais necessárias para fins de <i>cadastro e emissão de RIP - Registro de Inscrição Patrimonial</i>, para sua fixação no quiosque (bar, restaurante etc.) em local visível ao público, bem como <i>efetuar o pagamento da taxa de ocupação em razão de se</i>

**MUNICÍPIO
DA
ESTÂNCIA
BALNEÁRIA DE**

a) apresentar relação atualizada de todos os atuais ocupantes dos quiosques da orla de Caraguatatuba, com informações detalhadas sobre: (i) expedição ou não de Alvará de Funcionamento; (ii) inscrição Municipal; (iii) tempo de ocupação; (iv) dados cadastrais e (v) funcionários registrados.

b) emissão de Alvará de Funcionamento aos quiosques que atenderem aos requisitos necessários e às normas sanitárias e de urbanização para regular funcionamento, inclusive regularidade das ligações de água e esgoto (SABESP) e elétrica (EDP – Bandeirante Energia), devendo apresentar cronograma e prazo razoável para ser implementado o atendimento total aos quiosques da rede de esgoto e tratamento de efluentes e resíduos.

c) demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.), dentre outras instalações com finalidade comercial à beira-mar, situadas sobre faixa de areia de praia (Lei nº 7.661/88, art. 10, § 3º), com recuo das estruturas aos limites da urbanização permitida e nos ditames da lei, a partir da execução em conjunto com os ocupantes dos quiosques e Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC de Projeto de Intervenção Urbanística (arquitetônico e paisagístico), em que conste: memoriais descritivos correspondentes a cada praia; levantamentos planialtimétricos; plantas dos quiosques; cronograma de execução dos atos de demolição, restauração das características originais de vegetação em área de preservação permanente - APP (restinga) no entorno dos quiosques, revitalização e preservação ambiental, com atuação do órgão ambiental competente CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA) e de profissional técnico habilitado (ART etc.).

d) retirada dos entulhos e materiais decorrentes da demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de areia de praia, sob seus custos.

e) restauração das características originais de vegetação e paisagismo da faixa de areia de praia, Zona Costeira e área de preservação permanente – APP (“restinga”), observados os termos da Resolução-CONAMA nº 303/2002 (Áreas de Preservação Permanente) e da Resolução-SMA nº 32/2014 (Projetos de Restauração Ecológica do Estado de São Paulo), e colocação de placas informativas e educativas de incentivo à limpeza e preservação do ambiente de praia limpo e sustentável, sob seus custos, em parceria com ocupantes dos quiosques, Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC e órgão ambiental CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA) para execução dos atos de limpeza, plantio, revitalização e conservação da vegetação no entorno dos quiosques, mediante atuação de profissional técnico habilitado (ART etc.).

f) execução em conjunto com os ocupantes dos quiosques e Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC de Projeto de Intervenção Urbanística arquitetônico e paisagístico, com cronograma e prazo razoável, para padronização de layout dos quiosques e para que: (i) apresentem todos os quiosques as mesmas características de estrutura, medidas e fachada (pintura etc.) de acordo com as normas de urbanização, sanitárias e

UNIÃO (SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO - SPU) (PRAZO: 60 dias)	a) apresentar <i>relação atual de todos os atuais ocupantes dos quiosques da orla de Caraguatatuba que possuam RIP - Registro de Inscrição Patrimonial</i> (vide “Recibos de Entrega de Requerimento” na SPU de fls. 1035/1104 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), com informações detalhadas sobre: (i) situação atual e tempo do RIP; (ii) valor anual da taxa de ocupação, de forma individualizada em relação a cada quiosque, e (iii) débitos de taxa de ocupação. b) cadastrar todos os quiosques situados na orla (vide “Recibos de Entrega de Requerimento” na SPU de fls. 1035/1104 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), a partir das exigências e adequações estruturais necessárias, para fins de emissão de RIP - Registro de Inscrição Patrimonial - RIP e subsequente cobrança de taxa de ocupação dos quiosques que ocupem área de terreno de marinha. c) assinatura de termo de adesão com o Município de Caraguatatuba, para gestão das praias marítimas urbanas, nos termos da Lei nº 13.240/2015, art. 14, § 1º (Gestão de Imóveis da União), que, sem prejuízo das cláusulas previstas em lei (art. 14, § 2º), deverá observar todos os termos e obrigações de fazer e de não-fazer da presente sentença, em respeito à coisa julgada e à indisponibilidade da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV e XXXVI).
CETESB (PRAZO: 60 dias)	a) realizar as vistorias necessárias para verificação da regularidade ambiental da ocupação dos quiosques da orla de Caraguatatuba, inclusive da efetividade da rede de esgoto e tratamento de efluentes e resíduos, a partir de informação individualizada sobre a atual situação ambiental de cada quiosque (bar, restaurante etc.) e suas características. b) atuar em parceria com os ocupantes dos quiosques, Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC e Prefeitura na restauração das características originais de vegetação e paisagismo da faixa de areia de praia e Zona Costeira, bem como na execução dos atos de limpeza, plantio, revitalização e conservação da vegetação ao entorno dos quiosques, mediante realização de Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA e atuação de profissional técnico habilitado (ART etc.).
CBPMESP 4º SG –	a) orientar, informar e instaurar os procedimentos através do protocolo dos documentos necessários pelos ocupantes dos quiosques (PT ou PTS), para vistorias e as exigências necessárias para a emissão do AVCB - Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros aos quiosques (bar, restaurante etc.) que atenderem aos requisitos normativos de segurança.

CONDENO os atuais ocupantes dos quiosques, individualmente identificados, a Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC e o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba – SP, à obrigação de fazer de observarem que a permanência na ocupação regular dos quiosques e continuidade da atividade comercial familiar, independentemente de licitação, será condicionada aos seguintes requisitos judiciais:

- 1) Exercício de atividade comercial no quiosque onde esteja situado há pelo menos 5 (cinco) anos (a partir da data da sentença)
- 2) Não possuir qualquer vínculo empregatício ou outra atividade comercial como em-

presário ou profissional autônomo (vide CNIS e PLENUS)

3) Não exercer qualquer cargo ou função pública

ADVERTÊNCIA: Na hipótese de não se verificar quaisquer desses requisitos (itens 1, 2 e 3), a partir dos documentos cadastrais e da identificação pessoal do atual ocupante, o quiosque identificado deverá vir a ser *desocupado em sede de cumprimento de sentença*, para então *oportuna oferta em regime de concorrência pública*, observados os termos da Lei nº 9.636/1998, art. 18 (bens da União) e da Lei nº 8.666/1995 (Lei de Licitações).

DECLARO a ilegalidade do Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, do Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991 e do Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984, bem como de eventuais outros atos Municipais que disponham “sobre permissão de uso de áreas na faixa de praia”, com efeitos para todos e a partir desta sentença (efeitos *erga omnes e ex nunc*), mantidos os atos que declaram de relevante interesse turístico e social os quiosques situados na orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba (Lei nº 1.803/2010), e que se referem a estudo das questões relativas aos quiosques (Decreto nº 80, de 17/05/2005).

REJEITO a pretensão da parte autora de demolição como um todo dos quiosques e de cessação total das atividades comerciais nos quiosques da orla de Caraguatatuba.

REJEITO a imposição de abertura de licitação futura para fins de concessão ou permissão da atividade comercial nos quiosques da orla da Estância Balneária de Caraguatatuba, como condição para manutenção de seus ocupantes no exercício de suas atividades comerciais – com exceção aos casos de não atendimento pelos atuais ocupantes dos quiosques aos requisitos de permanência retro especificados (itens 1, 2 e 3) –, em observância à Lei nº 9.636/1998, art. 18, §§ 1º e 6º (regularização e administração de bens imóveis de domínio da União), bem como aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência da ordem econômica (CF, art. 170, caput e inciso IV).

ADVERTÊNCIA: o descumprimento pelas partes e órgãos públicos de quaisquer das obrigações de fazer e de não fazer impostas a partir da presente sentença, a serem comprovadas em sede de execução de sentença através de documentos no prazo específico estipulado, poderá ensejar a imposição de **MULTA-DIÁRIA**, execução específica (Lei nº 7.347/8, art. 10) e uso de força policial, conforme oportuna deliberação deste Juízo Federal, estando autorizada a realização de parcerias entre as partes e órgãos públicos (Ministério Público Federal, Município de Caraguatatuba, Corpo de Bombeiros, SPU, CETESB e Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC), para fins de se otimizar o tempo e os recursos através dos atos de demolição, restauração, adequação e recuperação ambiental.

Nos termos da fundamentação, incide no presente caso a *responsabilidade civil objetiva e solidária objetiva por dano ambiental* (art. 14, caput e § 1º, da Lei nº 6.938/1981) entre os réus ocupantes dos quiosques, Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC e Município de Caraguatatuba, para que, sob seus custos em conjunto, sejam realizados os atos necessários para a *reparação integral e necessária demolição de construções de quiosques ou parte deles situados sobre a faixa de areia de praia, a restauração das características originais de vegetação e paisagismo, plantio e conservação do meio ambiente equilibrado e protegido no entorno dos quiosques* (CF, art. 225, caput).

Ainda, os termos e parâmetros desta sentença não prejudicam o que restou deliberado nos autos Ação Civil Pública nº 0004423-85.2012.4.03.6103 e 0003852-31.2010.4.03.6121, que tramitaram perante este Juízo Federal, em que se homologou Termo de Ajustamento de Conduta – TAC de 29/05/2015, tendo por objeto a “*demarcação de todos os terrenos e marinha nos quatro municípios do litoral norte até outubro de 2018*” (vide sentença – DJe de 02/07/2015) e,

ainda, *Convênio, Termo Aditivo e Plano de Trabalho* com objetivo de “implantação de projetos de cadastramento e regularização de ocupação de imóveis de domínio da União localizados no Município de Caraguatatuba” e prazo final em 20/03/2018 (já expirado) (fl. 919/937 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), em razão de se tratarem de objetos e matérias complementares.

O *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC* firmado entre particulares, o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e o Ministério Público Estadual perante a *Justiça Estadual (TAC da Praia de Massaguaçu, firmado em 27/12/2010 - Ação Civil Pública nº 373/2010 – 1ª Vara Cível de Caraguatatuba – vide fl. 565/577 da ACP nº 0002255-47.2011.403.6103)*, que, apesar de ter por “objetivo disciplinar o uso e ocupação de bens imóveis de domínio da União” (fl. 568), não contou com participação ou consentimento expresso da União (SPU), deverá observar os termos e obrigações de fazer e de não fazer impostas na presente sentença, visto tratar da ocupação de faixa de areia de praias marítimas e terrenos de marinha, bens públicos da União (CF, art. 20, incisos IV e VII), estando revogadas a partir desta sentença eventuais disposições de referido TAC em sentido contrário, em razão da competência da *Justiça Federal* de processar e julgar ações em que a União figure como parte ou interessada (CF, art. 109, inciso I), como ocorre no presente caso.

Conforme dispõem a *Lei nº 7.347/1985 (LACP)*, arts. 16 e 21e *Lei nº 8.078/1995 (CDC)*, arts. 93, inciso II e art. 103, inciso I e *Lei nº 7.417/65 (LAP)*, art. 18, em razão de tratar da defesa dos direitos e interesses difusos, a presente sentença fará coisa julgada com eficácia erga omnes (para todos), nos limites territoriais da jurisdição desta 35ª Subseção Judiciária (Caraguatatuba, São Sebastião, Ubatuba e Ilhabela).

Em razão do disposto no art. 18 da *Lei nº 7.347/1985*, e não se vislumbrando a ocorrência de má-fé, sem condenação em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Oportunamente, determino à Secretaria o traslado de cópias da presente sentença para os autos de Ação Civil Pública nº 0004338-50.2009.403.6135 e Apensos (Quiosques do Município de Ubatuba-SP); PJe nº 5000448-58.2018.4.03.6135 (“Quiosque Bistrô Gaudi” do Município de Ilhabela), e Ações Cíveis Públicas nº 0004423-85.2012.4.03.6103 e nº 0003852-31.2010.4.03.6121 (terrenos de marinha), bem como outros que se refiram a quiosques em trâmite perante este Juízo Federal, para informação e instrução dos respectivos feitos.

Comunique-se ao Eminentíssimo Relator do Mandado de Segurança - PJe nº 5012525-11.2017.4.03.000 (IBAMA) (fl. 961) e de eventuais recursos interpostos no curso processual das ações, com as homenagens deste Juízo Federal.

Para devido conhecimento, deverão ser intimados da presente sentença: as partes, órgãos públicos (SPU, CETESB e IBAMA), órgãos de segurança pública (Polícia Militar, Corpo de Bombeiros de Caraguatatuba, Polícia Militar Ambiental, Polícia Civil e Polícia Federal), Marinha do Brasil e Oficial do Registro de Imóveis de Caraguatatuba.

Promova a Secretaria os atos necessários para reunião física dos feitos (ações civis públicas nº 0007417-57.2010.403.6103 e nº 0002255-47.2011.403.6103 e a ação popular nº 0004036-07.2011.4.03.6103), que devem tramitar em conjunto, bem como as anotações e os reparos necessários nos respectivos autos.

Registre-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba, 19 de setembro de 2018.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES

Ação Penal Pública

0014275-25.2014.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Rés: THALITA POZZI RIBAS ALBACH E LORAINE POZZI RIBAS

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

Juiz Federal: EMERSON JOSÉ DO COUTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/02/2019

Vistos.

O Ministério Público Federal, com base no procedimento administrativo n. 1.34.001.004166/2014-65, instaurado a partir de documentos encaminhados pelo Tribunal de Contas da União, denunciou Thalita Pozzi Ribas Albach, brasileira, casada, filha de Lealice Lurdes Ribas e Márcio José Pozzi Ribas, nascida em 23/03/1982, *com 29 (vinte e nove) anos de idade na data dos fatos*, portadora do RG n. 7.792.530-9/SSP-PR e do CPF 037.725.379-01, residente e domiciliada na Rua José de Paiva Vidal, n. 1286, Casa 11, Residencial Bieda, Bairro Vila Santa Terezinha, em Campo Largo (PR); e Loraine Pozzi Ribas, brasileira, casada, nascida em 22/08/1976, com 42 (quarenta e dois) anos de idade na data dos fatos, filha de Lealice Lurdes Ribas e Márcio José Pozzi Ribas, portadora do RG n. 7.257.195-9/SSP-PR e do CPF n. 019.487.719-18, residente e domiciliada na Travessa Iguaçu, n. 60, Centro, em Campo Largo (PR), imputando-lhes a prática do crime de frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório, previsto no art. 90 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

De acordo com a denúncia, entre os dias 16 e 25 de novembro de 2011, as empresas de que as rés seriam as administradoras participaram do Pregão Eletrônico para Registro de Preços n. 017/2011 de forma coligada, com o objetivo de obter vantagem decorrente do objeto da licitação. Disse que os fatos foram apurados pelo Tribunal de Contas da União, a partir da denúncia de uma pessoa denominada de Ronaldo Carlos Faria, a qual informou que as rés se valeram de ardil para ocultarem que suas empresas eram coligadas.

Constou da denúncia que as empresas lideradas pelas rés atuavam, de fato, coligadas, fazendo uso das mesmas estruturas: usaram do mesmo endereço dois meses antes da licitação; tinham gestão em comum; usaram do mesmo engenheiro para fazer laudos técnicos (ergométricos); as propostas vencedoras no pregão foram produzidas no mesmo computador, cujo proprietário seria uma pessoa de nome “Loraine”, isto é, o nome de uma das rés; contrataram contador e representante comum para atuar em outras licitações; as empresas têm o mesmo contador.

Da denúncia infere-se que apesar de terem sido constituídas duas pessoas jurídicas distintas, a “diferença” seria apenas formal e que as rés usaram dessa circunstância porque a empresa Artmóbile habilitou-se para participar do pregão eletrônico como se fosse uma empresa de pequeno porte, quando em verdade assim não poderia fazê-lo, por ser coligada da empresa Artividade. E, usando de prerrogativas previstas em lei para empresas de pequeno porte, conseguiram burlar o caráter competitivo da licitação prejudicando os outros competidores, uma vez que a Artmóbile fez uso da prerrogativa contida na Lei Complementar 123/2006 de cobrir a proposta de outros participantes do leilão eletrônico, tanto que de um total de 7 (sete) lotes, conseguiu adjudicar 6 (seis), exatamente se valendo da condição de pequena empresa.

Nesse passo, argumentou-se na denúncia, a Artmóbile somente conseguiu adjudicar os lotes porque, de um lado tinha todas as vantagens competitivas de uma empresa de porte maior,

na medida em que se valia de toda a estrutura da empresa Artividade; e, de outro, usufruía de uma carga tributária menor destinada às empresas de pequeno porte, o que lhe dava uma vantagem competitiva maior em relação aos demais concorrentes, em razão da menor carga tributária, além de poder exercer uma faculdade que, em verdade, não poderia fazê-lo. Em suma, ao se cadastrar como empresa de pequeno porte sem ser de fato de pequeno porte, a Artmóbile reunia de um lado todas as condições de produção e redução de custos das grandes empresas e, de outro, usufruía dos benefícios tributários e de participação de certames públicos que são dirigidos às empresas de pequeno porte.

A denúncia foi recebida em 24 de novembro de 2014 e foi ordenada a expedição de carta precatória para citação. Antes mesmo do retorno da carta precatória, as rés compareceram em juízo por meio de advogado constituído (fls. 128-129, 131-132) e apresentaram respostas à acusação.

O juízo determinou a digitalização dos 13 (treze) volumes de documentos em apenso, o que foi realizado e os documentos digitalizados foram juntados por linha. (fls. 118 e 119vº).

Em sua defesa, disseram as rés que os fatos não se deram na forma narrada pela denúncia e arrolaram testemunhas.

Pela decisão de fls. 137-137vº o recebimento da denúncia foi ratificado e ordenou-se a realização de audiências para instrução do processo.

Neste juízo foi realizada uma audiência em 27 de janeiro de 2016, quando foi ouvida uma testemunha. (fls. 160-162)

O INSS encaminhou, em atendimento à determinação constante da ata de audiência de fls. 160, a cópia digitalizada do processo licitatório, num total de 17 (dezesete) volumes de documentos.

Depois, em cumprimento à carta precatória expedida pelo juízo, foi realizada na cidade de Curitiba (PR), pelos meios convencionais, outra audiência em que foram ouvidas duas testemunhas, sendo uma comum e outra de defesa, bem como as rés foram interrogadas, sendo que todos os depoimentos foram registrados em formato audiovisual. (fls. 194-196)

As partes nada requereram com fundamento no art. 402 do Código de Processo Penal.

Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal pediu a condenação das rés, na forma da denúncia.

Já a Defesa pugnou pela absolvição, uma vez que os fatos narrados seriam atípicos, por falta de prova do dolo, uma vez que não haveria *qualquer prova que de fato as duas rés premeditaram e tiveram a intenção de praticarem o crime...* e que *no mínimo houve uma falta de cautela das rés*, mas o tipo penal não puniria o ato culposos, apenas doloso. Asseveraram que não causaram qualquer prejuízo ao erário. Ao final, requereram que em caso de eventual condenação, pena fosse fixada no mínimo legal.

É o relatório.

Fundamento e decido.

De início, registro que a instrução do processo foi iniciada por juiz federal que se removeu desta Subseção da Justiça Federal e concluída por juízo deprecado, responsável por ouvir duas testemunhas e interrogar as rés, o que foi determinado a pedido das próprias demandadas, que manifestaram o interesse de serem ouvidas nos seus domicílios, conforme deixam bem claro na resposta à acusação.

De qualquer maneira, deixo registrado que mesmo na hipótese de a instrução processual

ser encerrada por juiz que se afastou das competências da vara em que o processo tramita, como nas hipóteses de férias, licença, remoção, convocação, aposentadoria, promoção etc., nada impede que a sentença seja proferida por outro magistrado, uma vez que a norma contida no artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal não se reveste de natureza absoluta.

De fato, leciona DAMÁSIO DE JESUS¹ que:

Muito embora o Código de Processo Penal não tenha feito qualquer ressalva à incidência do princípio [da identidade física do juiz], têm inteira aplicação as exceções previstas na legislação processual civil. O princípio, destarte, não é absoluto. De acordo com o art. 132 do CPC, “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, saldo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos a seu sucessor”. (grifei)

O atual Código de Processo Civil não mais prevê o princípio da identidade física do juiz, pois no seu artigo 371, que veio a “substituir” o texto do art. 132 do Código Buzaid, passou a dispor que:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

A atual redação é muito mais consentânea com Direito Processual moderno, que vincula o magistrado ao dever de apreciar a prova produzida, independentemente de quem a fez ou do juízo que a colheu, mostrando pela sua decisão quais fatos e suas respectivas provas influenciaram na formação do seu convencimento. Isto é, o que foi preponderante para formar a sua convicção.

Além disso, o aparato tecnológico para registrar, em áudio e vídeo, os depoimentos permite que o juiz que está a proferir o julgamento tenha contado direto com aquilo que as testemunhas ou as partes disseram ao serem inquiridas. Isso possibilita que se avalie, inclusive, as expressões faciais e o comportamento pessoal como um todo. Consequentemente, a gravação das audiências acabou por invalidar o principal argumento que vinculava o juiz que colheu a prova a proferir o julgamento: o contato direto com os depoimentos dados pelas testemunhas ou pelas partes. Esse contato, agora, também pode ser obtido por qualquer pessoa que assista aos vídeos.

Por outro lado, há de ser sempre lembrado que nenhuma regra de Direito Processual pode ser interpretada de forma inflexível, a ponto de tornar o processo, civil ou penal, um fim em si mesmo. As regras processuais servem para dar segurança jurídica às partes, a fim de que o processo não venha a sofrer variações autoritárias que ponha em risco a garantia do juiz natural ou mesmo a própria segurança jurídica. Logo, sempre que por uma razão justificada o ato não puder ser praticado nos exatos limites imaginados pelo legislador ao editar determinado ato normativo, caberá ao juiz conduzir o processo da melhor forma possível para que cumpra sua missão de entregar a prestação jurisdicional. E ao assim proceder, deve o magistrado informar detidamente o porquê de não atentar para determinada regra tal qual escrita, a fim de que o interessado possa, eventualmente, manifestar seu inconformismo em eventual recurso.

No caso aqui dos autos, conforme informei no início, a instrução foi concluída por meio de depoimentos colhidos por juiz deprecado, que promoveu o registro em áudio e vídeo, o que me concedeu contado direto com as respostas dadas pelas testemunhas e pelas rés. E depois

1 Código de Processo Penal anotado, 25ª edição, ed. Saraiva, 2012, pág. 379.

de assistir atentamente aos depoimentos das testemunhas e os interrogatórios, conclui não ser necessário produzir quaisquer outras provas ou repetir os atos já realizados.

Por fim, verifiquei que o processo foi conduzido com observância irrestrita dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV), não havendo nulidades a maculá-lo, de modo que não há óbice legal a que o feito seja por mim julgado, o que passo a fazer.

Materialidade.

O crime imputado às rés está previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/90, que tem a seguinte redação:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Questão preponderante para a subsunção de fatos a este tipo penal reside, em um primeiro momento, definir o seu objeto material, qual seja, o caráter competitivo do procedimento licitatório. Para que se compreenda o alcance dessa expressão jurídica, é importante lembrar que dentre os princípios cardiais das normas gerais sobre licitação, previstas na Lei 8.666/1990, está o da isonomia entre os competidores, conforme previsto no seu art. 3º, em que se determina a *observância do princípio constitucional da isonomia*.

O respeito ao princípio da igualdade no processo de licitação tem por finalidade assegurar que a contratação pelo Poder Público se dê de forma impessoal, sem favorecimentos de qualquer natureza. Com isso, pretende-se que a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa e ainda não tolere que os licitantes ajam de forma desonesta uns com os outros. Por isso a lei pune com sanção criminal aqueles que, por qualquer meio, venham a fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, a fim de lograr êxito na adjudicação do objeto licitado, ainda que a sua ação não acarrete dano ao erário.

Com efeito, Roberto Delmanto *et al.* definiram com maestria o objeto material do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990, quando afirmaram ser o caráter competitivo do procedimento licitatório *a possibilidade de todos os interessados concorrerem em igualdade de condições*.² Igualdade que não se destina exclusivamente a preservar interesses da Administração, mas, na mesma proporção, proteger o lucro que o particular possa legitimamente esperar dos contratos que firmar com o Poder Público. Consequentemente, praticará o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990 todo aquele que, de uma forma ou outra, agir para frustrar ou fraudar a competição, ainda que ao assim agir não dê prejuízo ao erário.

De fato, o delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1990 é formal, donde se infere que a sua consumação não depende de o Poder Público suportar prejuízos. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. Com ressalva pessoal, prevalece nesta Corte o entendimento de que é

2 Leis penais especiais comentadas, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2015, pág. 308.

inviável a demonstração do dissídio jurisprudencial quando o aresto paradigma for proferido em habeas corpus, mandado de segurança e recurso ordinário, ainda que se trate de dissídio notório. 2. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas. 3. Diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. 4. Constitui o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público, que, aliás, poderá ou não ocorrer. 5. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1498982/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016) (grifei)

Nesse passo, conclui-se que a ausência de prejuízos econômicos ao erário é circunstância que não interfere na tipicidade dos fatos, donde se vê que a alegação das rés no sentido de sustentar a atipicidade das condutas pela ausência de prejuízos é improcedente.

Em suma, cometerá o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990 o agente que, por ação ou omissão, venha a fraudar ou frustrar o caráter competitivo do processo de licitação, a fim de se sagrar vencedor e, conseqüentemente, poder auferir as vantagens decorrentes da adjudicação do objeto licitado.

No caso dos autos, há prova suficiente a demonstrar que as rés praticaram o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990. Isso porque conforme bem destacado pelo Tribunal de Constas da União, no v. acórdão de fls. 17-38, não restaram dúvidas que as pessoas jurídicas Artmóbile e Artividade (administradas pelas irmãs consanguíneas³ Thalita e Loraine, respectivamente) atuavam, de fato, como empresas coligadas.

Isso é possível de se constatar pela circunstância de a Artmóbile ter ocupado o mesmo endereço da Artividade no período que vai de sua constituição (1º/10/2008) até o dia 27/09/2011, conforme se infere do contrato social de fls. 77-81 (contrato de constituição da Artmóbile) e da 3ª alteração de contrato social de fls. 88-91, elaborada unicamente para alteração de endereço, consoante se vê das fls. 88. E não foi por acaso que a ré Thalita procurou alterar seu endereço no dia 27/09/2011.

Essa ré se apressou em alterar seu endereço no contrato social, porque já havia sido desclassificada de outra licitação promovida pelo BNDES, exatamente porque não apresentou uma proposta independente, haja vista que a mencionada instituição detectou vínculos com a Artividade. E por que escolheu o dia 27/09/2011 para alteração do endereço da Artmóbil-de? Porque foi nesse mesmo dia 27/09/2011 que a empresa Artividade recebeu um e-mail do

3 Vide Cópia das cédulas de identidade de fls. 61 do arquivo eletrônico com o nome 35664.0003622011-32 volume V.pdf e de fls. 254 do arquivo eletrônico com o nome 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, ambos contidos na mídia de fls. 171 dos autos.

pregoeiro e testemunha Sidnei Cícero Cottet, em que era comunicada que a Superintendência do INSS Sudeste I iria efetuar um pregão eletrônico para ata de registro de preços, a fim de *atender as necessidades das diversas Gerências Executivas espalhadas pelo País*. (vide fls. 24 e 25, do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32 volume II.pdf*, contido na mídia de fls. 171 dos autos).

Portanto, as rés, cientes de que haveria uma grande licitação para aquisição de móveis, no mesmo dia já começaram a preparar tudo o quanto seria necessário para que competissem em “desigualdade” de condições com os demais, a fim, como sói acontecer com todos os que participam de uma licitação, obterem as vantagens decorrentes da adjudicação do objeto licitado. E o primeiro passo, claro, foi providenciar a alteração de endereço.

A propósito, note-se do mencionado e-mail encaminhado para o endereço *wlalopes@hotmail.com*, que é exatamente o e-mail que a empresa Artividade tinha informado ao INSS, consoante se infere da Relação de Fornecedores na posse do INSS (fls. 24, do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32 volume II.pdf*, contido na mídia de fls. 171 dos autos). Portanto, não há dúvida que a ré Thalita promoveu a alteração de seu endereço de forma fraudulenta, a fim de participar da licitação que seria promovida pelo INSS.

Sim, tratou-se de alteração fictícia, pois este Juízo buscou, por meio do serviço “Google Maps” visualizar o endereço “Rua Sete, s/n, Loteamento São Gerônimo, em Campo Largo (PR)” e nada mais viu que uma pequena rua em um bairro residencial e sem o menor traço de ali existir uma fábrica de móveis com instalações, máquinas e equipamentos capazes de cumprir os compromissos assumidos com as propostas apresentadas no pregão eletrônico n. 17/2011 promovido pelo INSS. E além disso, as rés em momento algum trouxeram aos autos os livros de seus empregados ou mesmo documentos demonstrando a existência de parques fabris diferentes, empregados distintos ou administração autônoma.

Ao contrário disso, o que chamou a atenção, é que a notificação encaminha pelo INSS para a empresa Artmóbile, endereçada para a Rua Sete s/n, bairro São Gerônimo, Campo Largo (PR), foi devolvida pelos Correios, com a informação de “endereço insuficiente”. Frente a essa situação, o pregoeiro encaminhou *e-mail* para a ré Thalita solicitando confirmar o endereço e ela respondeu que a correspondência deveria ser encaminhada para uma determinada caixa postal. Porém, o curioso é que ao assinar esse *e-mail*, expedido já em 2012, fez constar na sua assinatura o logotipo da Adattare, na qual Thalita menciona que cuida do “faturamento”⁴. Mas veja só: Adattare é exatamente o logotipo da empresa Artividade, da qual a ré Loraine possui nada menos que 99% (noventa e nove por cento) das cotas.

Portanto, não tenho a menor dúvida que as empresa Artmóbile e Artividade eram, de fato, coligadas e, portanto, não podiam atuar na licitação de forma independente. E somente não conseguiram levar a cabo a adjudicação do objeto licitado, porque conforme esclareceu a testemunha Sidnei Cícero Cotter ao depor em juízo, que quando estava prestes a encerrar o pregão, recebeu denúncia de uma pessoa que não conhecia, dizendo que as duas empresas eram as mesmas, que estavam tentando fraudar a licitação.

Com isso, disse Cotter, ao receber as propostas das empresas Artividade e Artmóbile, encaminhadas eletronicamente em arquivo no formato PDF, ele constatou que ambas as propostas foram feitas no mesmo computador e com poucos minutos de diferença, pois tanto na

4 Vide fls. 50, 51, 52 e 53 do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32.pdf* os documentos que comprovam a correspondência devolvida e o e-mail remetido pela ré Thalita usando em sua assinatura o logotipo da Adattare, ao passo que nas fls. 3-6 do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32 volume V.pdf*, consta requerimento firmado pela ré Loraine, em que usa para identificar a empresa Artividade o mesmo logo utilizado por Thalita.

proposta da Artividade quanto na da Artmóbile, constava do campo “propriedade” o mesmo de proprietário do arquivo: “Loraine”.

Segundo esclareceu Cotter, depois de encerrado o pregão, o pregoeiro pede para que a proposta vencedora seja anexada ao sistema eletrônico. E quando analisou a informação de “propriedade” dos arquivos em formato PDF, identifica-se o nome do computador de onde saiu a proposta. Com essa providência, ele constatou que as propostas apresentadas pelas empresas Artividade e Artmóbile foram feitas no mesmo computador, pois tinham o mesmo proprietário: “Loraine” e as duas empresas tinham propostas para vários itens.

A mencionada testemunha esclareceu, ainda, que esta constatação somente ocorreu ao final do certame, quando o pregão de todos os itens já estava praticamente encerrado e as duas empresas envolvidas estavam com as maiores quantidades de itens ganhos. Explicou que as rés não conseguiram justificar e nem mesmo impugnaram o fato de as propostas que deveriam ser independentes terem sido feitas em um mesmo computador, com poucos minutos de diferença. Afirmou, ainda, que num primeiro momento, as empresas foram declaradas vencedoras, mas depois acabaram desclassificadas em face das denúncias.

Além da prova testemunhal, convém analisar detidamente o documento de fls. 2-11 do arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume I.pdf, em que a testemunha Sidnei Cícero Cottet apurou (fls. 10 e seguintes), a partir de pesquisas feitas no sistema SICAF, que ambas as empresas tinham como endereço eletrônico o mesmo *e-mail* e também o mesmo *e-mail* de responsável pelo cadastro, sendo que Thalita foi apontada como a responsável pelo cadastro da Artmóbile, ao passo que Loraine a responsável pelo cadastro da Artividade. Consta do mencionado documento que os arquivos das propostas apresentadas no pregão foram feitas com intervalo de pouco mais de 15 minutos e no mesmo computador.

Por outro lado, conforme bem destacado pelo Tribunal de Contas da União, fls. 34, também me convenci da análise dos 30 (trinta) volumes de documentos eletrônicos, que existem *diversos elementos que, em conjunto, formam um consistente indício de uma gestão comum dos interesses das duas empresas: o laudo técnico de ergonomia apresentado pelas duas empresas na presente licitação foi elaborado pelo mesmo engenheiro⁵; as duas empresas, em diferentes ocasiões, nomearam procuradores e representantes em comum⁶*. Além do mais, é fato incontroverso, ambas as empresas utilizavam os serviços do mesmo contador e as respectivas propostas oferecidas no pregão eletrônico foram feitas do mesmo computador.

No ponto, a defesa argumentou que não haveria problema algum que duas empresas utilizassem os serviços dos mesmos profissionais e que se houve algum fato ilícito, não foi por dolo, mas por erro, pois não tinham intenção alguma de fraudar o caráter competitivo da licitação, até porque os lances oferecidos acabaram reduzindo muito o preço inicial. A tese é claramente desmentida pelo acervo probatório. Inicialmente há de se destacar que a cidade de Campo Largo (PR) situa-se na região metropolitana de Curitiba, Capital paranaense. Logo, é intuitivo que não há carência de profissionais para atender a ambas as empresas.

É evidente, ainda, não ser minimamente interessante a qualquer dessas empresas, se fossem efetivamente uma concorrente da outra, confiar a participação em pregão eletrônico a uma mesma pessoa, por óbvias razões. Igualmente empresas concorrentes não contratariam um mesmo engenheiro para cuidar da avaliação ergométrica dos produtos que fabrica, porque

5 Vide páginas eletrônicas 198-240 do arquivo de nome 35664.0003622011-32 volume IV.pdf e páginas eletrônicas 7-49 do arquivo de nome 35664.0003622011-32 volume V.pdf, ambos contidos na mídia juntada às fls. 171 dos autos.

6 Vide páginas eletrônicas de fls. 21-60 do arquivo de nome 35664.0003622011-32.pdf, contido na mídia juntada às fls. 171 dos autos.

isso poria em risco a própria atividade fim.

Além do quanto exposto, a prova documental atestou suficientemente a fraude no agir das rés. De fato, há nos autos (síntese às fls. 25-29) documentos comprovando que a empresa Artmóbile usou, de forma fraudulenta, a prerrogativa destinadas às empresas de pequeno porte, para se sagrar vencedora no pregão eletrônico em 7 lotes, cujos contratos tinham valor de R\$ 11,9 milhões. Isso porque a circunstância de ser coligada da Artividade a impedia de usufruir do tratamento diferenciado (oferecer lance de desempate) no pregão eletrônico.

Aliás, ainda que existisse autonomia entre as empresas Artmóbile e Artividade a partir de 27/09/2011, nem assim a Artmóbile poderia ter oferecido lance de desempate, em razão da vedação contida no art. 3º, §4º, inciso IX, da Lei Complementar n. 123/2006. Nada obstante isso, a ré Thalita firmou declaração⁷ dizendo não ter qualquer impedimento em exercer as prerrogativas previstas na aludida lei complementar.

E, por fim, a alteração de endereço promovida pela Artmóbile foi, coincidentemente providenciada, no mesmo dia em que a Artividade recebeu do INSS consulta de preço porque haveria uma grande licitação para ser deflagrada. E, depois de se declararem independentes, apurou-se que as propostas assinadas pelas rés foram elaboradas com diferença de minutos e no mesmo computador, pertencente a Loraine.

Em suma, não há dúvida alguma que os expedientes usados pelas rés fraudaram e frustraram o caráter competitivo do pregão eletrônico 17/2011 realizado pela Previdência Social e que assim as rés agiram, porque queriam auferir os lucros ou vantagens decorrentes da adjudicação do objeto licitado, qual seja, fornecer móveis e equipamentos em contratos que, somadas as propostas vencedoras das duas empresas, ultrapassa a R\$ 12 milhões.

A autoria é inquestionável, pois foram ambas as rés que firmaram as propostas vencedoras, consoante se infere dos autos. Note-se que pela Artmóbile a proposta foi assinada pela ré Thalita: arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 Volume IV.pdf, fls. 636-728 (página eletrônica 155-197), ao passo que pela Artividade a proposta foi assinada por Loraine: arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 Volume V.pdf, fls. 809-812 (página eletrônica 3-6).

Além disso, Thalita é a pessoa responsável pela administração da empresa Artmóbile, da qual possui 90% (noventa por cento) das cotas, sendo que os outros 10% (dez por cento) é de titularidade da mãe das rés. Já Loraine é proprietária de nada menos que 99% (noventa e nove por cento) do capital social da empresa Artividade. Só isso, mas não exclusivamente isso, já demonstra que mãe e filhas são proprietárias de praticamente todas as duas empresas.

Ademais, as duas testemunhas ouvidas por carta precatória confirmaram que era um mesmo grupo de pessoas que atuava nas licitações em prol das duas pessoas, o que é claramente incompatível com a independência de propostas, pois é inimaginável que duas empresas concorrentes iriam contratar as mesmas pessoas para lhes representarem em uma mesma licitação, onde uma deveria competir com a outra.

Do exposto, vê-se que as rés agiram de forma concertada no pregão eletrônico 17/2011 e conseguiram fraudar o caráter competitivo do certame, porque, por meio de propostas feitas de um mesmo computador usado pela Artividade, a Artmóbile conseguiu sair vencedora no pregão eletrônico valendo-se de uma prerrogativa que não detinha, qual seja, a de ofertar o lance de desempate depois de encerrado a etapa de lances livres. E ao assim agirem, ambas as acusadas o fizeram com o intuito claro de auferirem as vantagens (lucro) decorrentes do fornecimento de móveis para o INSS, ou seja, praticaram de forma dolosa os atos tendentes à

7 Página eletrônica n. 270, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.

fraudar o caráter competitivo.

Com efeito, o dolo é manifesto e já se vislumbra da ação premeditada e voltada à fraudar o caráter competitivo, quando a ré Thalita confecciona uma 3ª alteração de contrato social no mesmo dia em que o INSS informa à Artividade que haveria licitação destinada à aquisição de móveis para *atender as necessidades das diversas Gerências Executivas espalhadas pelo País*. (vide fls. 24 e 25, do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32 volume II.pdf*, contido na mídia de fls. 171 dos autos).

Porque já tinham sido desclassificadas anteriormente de outro pregão eletrônico pelo BNDES, exatamente em razão do vínculo de uma empresa com a outra, mais que depressa correram para alterar o endereço de uma das empresas, uma vez que indubitavelmente pretendiam usar do benefício legal de desempate. E assim o fizeram em vários dos lotes e foram vencedoras. Somente não contrataram, em razão das apurações feitas pelo INSS depois de uma denúncia. No entanto, à esta altura, o crime de fraudar o caráter competitivo já tinha se consumado e, assim, ambas devem ser condenadas como incursas nas penas do art. 90 da Lei n. 8.666/1990, razão pela qual passo a dosimetria, na forma do art. 68 do Código Penal.

THALITA POZZI RIBAS ALBACH

A culpabilidade é desfavorável à acusada, na medida em que ela agiu de forma premeditada para fraudar o caráter competitivo da licitação, pois providenciou a alteração do endereço de sua empresa no mesmo dia em que soube que brevemente haveria uma grande licitação. Os motivos (adjudicação do objeto licitado) são neutros, porque já punidos pelo tipo penal. As circunstâncias do crime também são desabonadoras, pois Thalita fez declarações falsas, quando afirmou cumprir os requisitos do art. 3º da Lei Complementar 123/2006⁸ e também quando disse que sua proposta seria independente⁹. Igualmente situa-se como circunstância desabonadora, o valor dos contratos adjudicados mediante fraude, que, nos termos da sua proposta vencedora da Artmóbile, tinha o valor de R\$ 11.910.460,41 (onze milhões e novecentos e dez mil e quatrocentos e sessenta reais e quarenta e um centavos).¹⁰

As consequências do delito não autorizam a exasperação da pena base, porque as empresas foram desclassificadas. Por fim, nada há a desabonar a título de antecedentes, pois a ré é primária, e nenhum fato foi constatado acerca de sua personalidade ou conduta social. Por fim, o comportamento da vítima, no caso, é uma circunstância neutra. Em consequências das circunstâncias judiciais negativas acima expostas, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes e, por fim, inexistente causa de aumento a ser considerada, razão pela qual mantenho a pena fixada em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Considerando o valor do capital social da empresa Artmóbile declarado é de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), dos quais 90% (noventa por cento) pertencem à ré Thalita, fixo o valor do dia-multa no valor correspondente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos vigente em novembro de 2011, o qual deverá ser corrigido até o dia do efetivo pagamento.

A quantidade de pena aplicada não autoriza o *sursis* penal e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, máxime em razão do desvalor da conduta da ré, não permitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8 Página eletrônica n. 270, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.

9 Página eletrônica n. 273, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.

10 Páginas eletrônicas n. 155-197, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.

Apesar de a pena fixada ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (art. 33, §2º, letra “c”, do Código Penal), as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis e os crimes praticados em detrimento da Previdência Social devem ser punidos de forma mais rigorosa. Portanto, necessário se faz para a reprovação e prevenção do delito que a ré inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

LORAINE POZZI RIBAS

A culpabilidade é igualmente desfavorável à acusada, na medida em que ela também agiu de forma premeditada para fraudar o caráter competitivo da licitação, pois foi previamente comunicada da intenção do INSS fazer uma grande licitação e ainda foi de seu computador que saíram as propostas das empresas Artividade e Artimóbile. Os motivos (adjudicação do objeto licitado) são neutros, porque já punidos pelo tipo penal. As circunstâncias do crime também são desabonadoras e comuns às rés, pois a Artividade sagrou-se vencedora em um contrato da ordem de R\$ 367.185,00 (trezentos e sessenta e sete mil e cento e oitenta e cinco reais), ao passo que a empresa coligada (Artimóbile) adjudicou contratos da ordem de R\$ 11.910.460,41 (onze milhões e novecentos e dez mil e quatrocentos e sessenta reais e quarenta e um centavos).¹¹

As consequências do delito não autorizam a exasperação da pena base, porque as empresas foram desclassificadas. Por fim, nada há a desabonar a título de antecedentes, pois a ré é primária, e nenhum fato foi constatado acerca de sua personalidade ou conduta social. Por fim, o comportamento da vítima, no caso, é uma circunstância neutra. Em consequências das circunstâncias judiciais negativas expostas e tendo em vista a atuação concertada entre ambas as demandadas, tenho que praticaram atos de igual intensidade, de modo que devem ser punidas na mesma proporção. Assim, fixo a pena-base da ré Loraine em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes e, por fim, inexistente causa de aumento a ser considerada, razão pela qual mantenho a pena fixada em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Considerando o valor do capital social da empresa Artividade declarado é de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), dos quais 99% (noventa e nove por cento) pertence à ré Loraine, fixo o valor do dia-multa no valor correspondente a 7,5 (sete e meio) salários mínimos vigente em novembro de 2011, o qual deverá ser corrigido até o dia do efetivo pagamento.

A quantidade de pena aplicada não autoriza o *sursis* penal e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, máxime em razão do desvalor da conduta da ré, não permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Apesar de a pena fixada ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (art. 33, §2º, letra “c”, do Código Penal), as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis e os crimes praticados em detrimento da Previdência Social devem ser punidos de forma mais rigorosa. Portanto, necessário se faz para a reprovação e prevenção do crime que a ré inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTES os pedidos da presente ação penal e:

1. Condeneo THALITA POZZI RIBAS ALBACH, como incurso nas penas do artigo 90 da Lei n. 8.666/1990, a cumprir pena de 3 (três) anos de reclusão e a pagar 15 (quinze) dias-multa, cada dia no valor equivalente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos vigentes em novembro de 2011, corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

11 Páginas eletrônicas n. 155-197, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf e páginas eletrônicas 3-6, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume V.pdf, ambos da mídia de fls. 171 dos autos

2. Condeno LORAINÉ POZZI RIBAS, como incurso nas penas do artigo 90 da Lei n. 8.666/1990, a cumprir pena de 3 (três) anos de reclusão e a pagar 15 (quinze) dias-multa, cada dia no valor equivalente a 7,5 (sete e meio) salários mínimos, no valor vigente em novembro de 2011, corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Nos termos da fundamentação, as rés iniciarão o cumprimento das penas no regime inicial semiaberto, nos moldes do artigo 33, §2º, letra “c”, do Código Penal, em razão das circunstâncias judiciais que revelaram o desvalor da conduta e porque os crimes praticados contra o INSS devem ser punidos de forma mais rigorosa.

Consoante exposto na individualização das penas, incabível para as rés o benefício do *sur-sis* penal ou mesmo a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

As rés poderão apelar ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região em liberdade.

Determino para após o trânsito em julgado: *a)* o lançamento do nome das rés no rol dos culpados; *b)* a expedição de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná, comunicando-se a condenação com a expedição do necessário para o atendimento ao artigo 15, III, da Constituição da República, c. c. artigo 71, § 2º, do Código Eleitoral.

Ao SEDI, para que proceda à alteração na situação processual das rés, que deverão passar à condição de condenadas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se, expedindo-se o necessário.

São Paulo, 24 de janeiro de 2019.

Juiz Federal EMERSON JOSÉ DO COUTO

PROCEDIMENTO COMUM

0009958-96.2015.403.6100

Autor: GONZALO PASTOR CASTRO BARREDA

Réus: UNIÃO FEDERAL e ESTADO DE SÃO PAULO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: ANA LÚCIA PETRI BETTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/02/2018

Trata-se de ação ordinária ajuizada por GONZALO PASTOR CASTRO BARREDA, em face da UNIÃO FEDERAL e do ESTADO DE SÃO PAULO, em que pretende a condenação dos réus por danos morais, em razão de perseguição política e prisões sofridas no período da Ditadura Militar.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 14/185.

Recebida ação (fl. 189), a União apresentou contestação às fls.193/214.

Manifestação em réplica às fl. 216/262, requerendo as partes o julgamento antecipado (fl. 263/266).

Às fls. 268, o julgamento foi convertido em diligência para a inclusão do Estado de São Paulo no polo passivo, que apresentou sua contestação à fls. 274/287, colacionando documentos às fls. 289/372.

O autor manifestou-se, mais uma vez, em réplica (fls. 374/375).

Não sendo requerida produção de provas, os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Afasto a preliminar de falta de interesse de agir, suscitada pelas rés, já que inexistente, no ordenamento pátrio, diretiva a obrigar as partes ao esgotamento da via administrativa, antes de socorrer-se do Judiciário. É evidente que a parte tem o direito deduzir sua pretensão em juízo de maneira direta, independentemente de prévio requerimento administrativo.

Demais disso, ao contrário do alegado pelas rés, o fato de o autor ter percebido reparação econômica, portanto, de cunho material, não impede que pleiteie indenização pelo abalo moral sofrido, evidente que as verbas de origem material e moral ostentam diversos fundamentos.

Nesse sentido, a jurisprudência majoritária de nossos Tribunais:

EMEN: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS DECORRENTES DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NA ÉPOCA DA DITADURA MILITAR. ANISTIA. CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA DECORRENTE DA LEI N. 10.559/02. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Acórdão regional recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ, inexistente vedação de acumulação da reparação econômica prevista na Lei n. 10.559/02 com indenização por danos morais, porquanto elas constituem verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas. Precedentes: AgInt no REsp 1569337/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 15/6/2018; AgInt no AREsp 536.386/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/3/2018, DJe 10/4/2018; AgInt no REsp 1587187/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 13/3/2018; e AgInt no REsp 1652397/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/9/2017, DJe 14/9/2017. II - Agravo interno improvido. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do

Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. (AIRES P - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1639619 2016.03.09970-9, FRANCISCO FALCÃO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/08/2018 ..DTPB:.)

Com relação à prescrição, tampouco merecem acolhimento as alegações das rés.

Em se tratando de lesão perpetrada à época em que vigia estado de exceção, vulnerando direitos fundamentais da pessoa humana, o E. Superior Tribunal de Justiça há tempos sedimentou-se no sentido de que o direito de ação não está sujeito a lapso prescricional.

Confira:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO E PRISÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO, REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA. ART. 538, DO CPC. IMPOSIÇÃO DE MULTA. SÚMULA N.º 98/STJ. 1. Ação Ordinária, proposta em face da União, objetivando a condenação da demandada ao pagamento de danos morais decorrentes de perseguições políticas, perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão ilegal do autor, o qual foi submetido a torturas sistemáticas durante o regime militar nos anos de 1964 a 1979. 2. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 4. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 5. Outrossim, a Lei n.º 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto n.º 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano. 6. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 7. A dignidade humana violentada, in casu, posto ter decorrido, consoante noticiado pelos autores da demanda em sua exordial, de perseguição política imposta ao seu genitor, prisão durante o Regime Militar de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. 8. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. 9. Deflui da

Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual. 10. A responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional (art. 186 do Código Civil) e à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, resta inequívoca, bem como escorreita a imputação da indenização fixada a título de danos morais. A análise da existência do fato danoso, e o necessário nexos causal entre a suposta conduta omissiva e os prejuízos decorrentes da mesma implica em análise fático-probatória, razão pela qual descabe a esta Corte Superior referida apreciação em sede de recurso especial, porquanto é-lhe vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora, ante a ratio essendi da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 723893/RS DJ 28.11.2005; AgRg no Ag 556897/RS DJ 09.05.2005; REsp 351764/RJ DJ 28.10.2002. 11. In casu, o acórdão recorrido assentou que: “(...)O autor comprovou, com os documentos juntados aos autos, que efetivamente foi preso político do regime militar. A certidão da Justiça Militar Federal de fi. 18 certifica que o autor foi denunciado pelo Ministério Público Militar em 30/1 0/1969, e foi preso em 10/08/1970. Coerentemente com o relato do autor de fis. 24/32, no sentido de que foi logo enviado ao Rio de Janeiro para julgamento, consta na certidão que este se deu em 29/08/1970, tendo sido pela absolvição. Dois anos após, foi julgado e negado provimento ao recurso. Vê-se, à fi. 19, cópia do fichário do DOPS, fazendo referência ao autor e à sua mulher, na época sua namorada. Está registrada no fichário a preferência esquerdista do casal, e que o autor supostamente faria parte do MR-8. Até mesmo a visita do autor à namorada, no Presídio do Ahú, está anotada. Às fis. 20/23, cópia do Auto de Qualificação e Interrogatório do autor, lavrado pela Delegacia Especial de Ordem Política e Social- DOPS- de Curitiba, no qual o autor “confessa” a participação ou o contato com movimentos de esquerda e ter lido livros marxistas. O relato pessoal que se segue, de fis. 24/32, é muito interessante e de importância histórica. Nele está descrito detalhadamente o procedimento dos agentes da ditadura e o sofrimento pessoal do autor, inclusive as torturas. À fi. 33, declaração do Hospital da Clínicas de São Paulo de que o autor esteve internado por motivos psiquiátricos em 1974 e 1975. À fi. 34, atestado médico de que o autor está sob tratamento psiquiátrico desde 1978. Mais documentos e relatórios médico-psiquiátricos às fis. 35/37. O autor é aposentado por invalidez desde 1988 (fis. 38 e 39), contando apenas quatro anos de serviço. Também consta nos autos, da fi. 41 à 44, declarações de três pessoas que testemunharam a prisão e tortura de Cândido. O nome do autor, Cândido, lembra a personagem Cândido, da obra do filósofo francês Voltaire, chamada “Cândido ou o Otimismo”. Trata-se de obra em que o escritor ironizou a filosofia otimista de Leibniz, segundo a qual tudo corre no mundo do melhor modo possível, tudo vai bem, e segundo a qual a divina inteligência criadora deste mundo escolhera, entre os diversos mundos possíveis, o que associava o máximo de bem e o mínimo de mal, criando, pois, o melhor dos mundos possíveis. o Cândido fictício de Voltaire passou pelos maiores dissabores do mundo e presenciou as maiores atrocidades, tudo extraído pelo autor dos acontecimentos reais da época, registrados na História (no “melhor dos mundos possíveis”), mas absurdamente sem nunca deixar de acreditar na visão otimista ensinada pelo seu mestre Pangloss, quase ao ponto de negar a realidade dos acontecimentos que se sucediam. De qualquer maneira, sobreviveu com alguma riqueza que obteve em um país imaginário da América do Sul chamado Eldorado (onde tudo ia às mil maravilhas e os diamantes e o ouro eram abundantes como o lodo e o cascalho), que lhe trouxe, e aos seus companheiros de aventuras, alguma insuficiente compensação material à angústia da existência, pois lhe permitiu comprar um pouco de tranquilidade, enquanto, de quebra, mudava, enfim, sua visão do mundo, pelas conclusões a que chegou no final da obra. Trata-se, este Cândido que veio ao Judiciário, de personagem real que também sofreu algumas das maiores atrocidades de que é capaz a humanidade, consistentes na perseguição política e na tortura, com o total desrespeito à vida, à integridade física e moral do ser humano. Este Cândido não conheceu o Eldorado, mas conheceu o que pode haver de pior

neste mundo, merecendo a justa compensação daquele que lhe causou tal sofrimento, o próprio Estado (...)” fls. 125/127 12. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade 13. O Tribunal a quo considerando a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista o fato da vítima ter sofrido perseguições políticas decorrente do regime militar de 1964, ocasionando depressão e dependência alcoólica, bem como sérias dificuldades financeiras na família e transtornos psicológicos no ambiente escolar, manteve o valor fixado em sentença, a título de danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). 14. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais somente é admitida, em sede de recurso especial, na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, incorrentes no caso sub judice. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 681482 / MG ; Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Relator(a) p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 30.05.2005; AG 605927/BA, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 04.04.2005; AgRg AG 641166/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 624351/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 28.02.2005; RESP 604801/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.03.2005; RESP 530618/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 641222/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 07.03.2005 e RESP 603984/MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 16.11.2004. 15. A exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ. 16. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 17. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, parcialmente provido, apenas, para excluir a multa imposta, com base no art. 538, parágrafo único, do CPC. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Francisco Falcão, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1085358 2008.01.96693-0, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:09/10/2009 ..DTPB:.)

Superadas as preliminares e prejudiciais, passo ao exame do mérito.

No presente caso, a parte autora sustenta que, na época da Ditadura Militar, sofreu perseguição política, sendo monitorado pelos órgãos de repressão de 1968 a 1976. Relata ter sido preso pela Operação Bandeirantes e também detido na Delegacia Especializada de Ordem Pública. Aponta que chegou a ser dispensado de seu emprego junto à TELESP, por supostamente ter sido “citado em declarações de elemento subversivo como TERRORISTA”. Ressalta, outrossim, que obteve a condição de anistiado político (Processo Administrativo nº 2008.0161049), tendo sido reconhecido o direito de percepção da reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada.

Analisando detidamente todos os elementos colacionados aos presentes autos, tenho que merecem prosperar as alegações autorais.

Os documentos juntados indicam, de maneira incontestada, as perseguições sofridas pelo ora demandante, certo que, no período da repressão, além de ter sido preso em duas ocasiões, foi também vigiado pelos órgãos estatais, culminando, inclusive, com a dispensa de seu trabalho por ligações “terroristas”.

Ademais, vê-se que o próprio Estado Brasileiro reconheceu a condição de anistiado

político do ora demandante, de modo a confirmarem-se todos os elementos evidenciados na presente ação.

Evidente, pois, que os ilícitos perpetrados pela ré sujeitaram a parte autora a uma situação que ultrapassa o mero aborrecimento, vulnerando os próprios direitos da personalidade, lesão essa que deverá ser indenizado.

Nessa linha, profícuos julgados do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

ADMINISTRATIVO. DITADURA MILITAR. LEI Nº 10.559/02. LEI ESTADUAL Nº 10.726/01. IMPRESCRITIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONCEDIDA NA VIA ADMINISTRATIVA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELAÇÕES E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS. 1. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à imprescritibilidade das ações de reparação de danos decorrente de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o regime militar. 2. A reparação econômica prevista na Lei n. 10.559/2002 e na Lei Estadual n. 10.726/2001 não se confunde com a indenização por danos morais requerida nestes autos, pois configuram verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas, de modo que o valor obtido em sede administrativa não deve ser descontado de eventual condenação em indenização por dano moral. 3. O reconhecimento por parte do Ministério da Justiça e da Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania vem tão somente corroborar o que está amplamente provado nos autos, no sentido de que o autor, por defender ações contra o regime militar, foi vigiado, perseguido, detido e torturado, o que, sem dúvida, não gerou mero constrangimento, mas sim efetivo abalo psíquico. 4. Algumas diretrizes hão de ser observadas no tocante à fixação do montante a título de indenização por danos morais, tais como a proporcionalidade à ofensa, a condição social e a viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, além de não ensejar enriquecimento ilícito, nem representar valor irrisório. 5. A conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado manter a indenização por danos morais no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem pagos solidariamente pela União e pelo Estado de São Paulo, acrescidos de juros de mora e correção monetária. 6. Precedentes. 7. Sentença mantida. 8. Agravo retido não conhecido. 9. Apelações e remessa necessária, tida por interposta, desprovidas. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NÃO CONHECER do agravo retido e NEGAR PROVIMENTO às apelações e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1452852 0021676-71.2007.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. APELAÇÃO PROVIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. 1. A questão posta nos autos diz respeito à indenização por danos morais, pleiteada em face da União Federal e do Estado de São Paulo, em razão de perseguições políticas, prisão e torturas ocorridas no período da Ditadura Militar no Brasil. 2. Não há que se cogitar de hipótese de falta de interesse de agir. Inexiste qualquer exigência no sentido de prévio esgotamento de vias administrativas, de modo que o autor é livre para requerer judicialmente sua indenização por dano moral sem antes ter requerido administrativamente sua indenização por dano material. 3. Quanto à análise da ocorrência de prescrição, verifica-se que é pacífica a orientação nos Tribunais Superiores acerca da imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes de violações a direitos fundamentais ocorridas ao longo do regime

militar no Brasil. 4. Tendo em vista a jurisprudência dominante, é evidente a não aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/32 ao presente caso, uma vez que a gravidade das violações cometidas aos direitos humanos no período do Regime Militar enseja a imprescritibilidade das ações de indenização por danos morais sobre este fundamento. 5. A discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. 6. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 7. No caso dos autos, o ato ilícito corresponde à perseguição política sofrida pelo demandante. O auto de qualificação e interrogatório lavrado na Delegacia Especial de Ordem Social - DOPS, em 22.12.1971, acostado às fls. 23/30, demonstra suficientemente a intolerância e a repressão praticadas pelo Poder Público em relação às convicções políticas do autor, além de comprovar a efetiva prisão deste em novembro de 1971. 8. No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Maria Aparecida Serapião Teixeira, colhido às fls. 127/128, é bastante incisivo em confirmar a prisão do apelante, e também comprovar os atos de crueldade cometidos pelas autoridades policiais. 9. Ademais, o processo nº 763/72, que tramitou perante 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar de São Paulo, e teve início por uma denúncia do Ministério Público Militar contra o autor e outros indivíduos perseguidos por integrarem uma organização denominada Ação Popular Marxista Lenista (APML), comprova cabalmente a ocorrência da conduta estatal lesiva. 10. Sobre o dano moral, a doutrina o conceitua enquanto “dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (Cavaliere, Sérgio. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 549)” 11. Na situação, a ocorrência de dano moral é irrefutável ante a nítida comprovação dos atos ilícitos estatais alegados na inicial. É inequívoco que os procedimentos então adotados tinham caráter excepcional, usando métodos e técnicas que na normalidade democrática não poderiam ser admitidos. A dignidade humana do autor foi violada pelos meios mais atrozes, ou seja, a tortura, prisão e perseguição por motivações políticas, gerando séria ofensa à honra, imagem, e integridade, tanto moral como psicológica, nos diversos planos possíveis, incluindo o pessoal, familiar, profissional e social. 12. Acerca da fixação da indenização por danos morais, é sabido que seu arbitramento deve obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, observando ainda a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, e a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e gravidade do dano, sem, contudo, incorrer em enriquecimento ilícito. 13. Reputa-se adequada a fixação de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor do autor, a título de indenização por danos morais, a serem igualmente arcados pela União Federal e pelo Estado de São Paulo, incidindo correção monetária a partir desta decisão (Súmula 362 do STJ), e juros de mora a partir da citação, por ser nesse sentido a jurisprudência do C. STJ, havendo qualquer discussão em juízo em torno do direito resguardado pela Lei 9.140/95. 14. Quanto aos honorários advocatícios, considerando a prolação da sentença sob a égide do antigo Código de Processo Civil, nos termos de seu art. 20, §3º e 4º, arbitro-os em 10% sobre a condenação, a serem pagos igualmente pelos réus. 15. Apelação provida e agravo retido prejudicado. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, rejeitar a questão da prescrição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Des. Federais Mairan Maia e Marli Ferreira que a acolhiem, e, no mérito, por unanimidade, dar provimento à apelação e julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do voto do Relator.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1996254 0008230-59.2011.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Deste modo, o fato danoso enseja a configuração de dano extrapatrimonial, diante de uma lesão à própria dignidade humana da parte autora.

No que tange a fixação do “quantum” da indenização por dano moral, há consenso no sentido de que esta deve imprimir caráter pedagógico à condenação imposta ao ofensor, e, ao mesmo tempo, evitar que o fato se traduza em via de enriquecimento indevido para a parte ofendida.

Deve-se considerar, ainda, as circunstâncias do caso concreto, a gravidade do dano, a situação econômica das partes envolvidas e, quando cabível, o grau de culpa daquele que praticou o ato danoso.

O dano moral foi tutelado pela nossa Constituição Federal no inciso X do artigo 5º e o valor a ser fixado deve estar em consonância com a função pedagógica e compensatória na qual a doutrina alerta para que seja aplicado de forma justa e equilibrada, assim como observar aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Creio que na fixação do “quantum debeat” da indenização, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

De acordo com a fundamentação supra, considero pertinente a fixação da indenização em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser paga, de maneira solidária, pelas rés, em favor da parte autora.

DISPOSITIVO

Ante ao exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, condenando a União e o Estado de São Paulo a pagar à parte autora, solidariamente, a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), devendo tal valor ser corrigido monetariamente pelos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal e juros de mora de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença. (Súmula 362 do STJ).

Condeno as rés no pagamento de custas e honorários de sucumbência, que fixo em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §3º, I, do CPC/2015.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, §3º, I e II do CPC/2015.

Após o trânsito em julgado, oportunamente, dê-se baixa e arquivem-se, observadas as formalidades legais.

P.R.I.C.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

Juíza Federal ANA LÚCIA PETRI BETTO

AÇÃO PENAL PRIVADA**0003408-24.2017.4.03.6130**

Querelante: JEAN WYLLYS DE MATOS SANTOS

Querelado: ALEXANDRE FROTA ANDRADE

Juíza Federal: ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2018

Trata-se de queixa-crime proposta em 8 de junho de 2017 por JEAN WYLLYS DE MATOS SANTOS em face de ALEXANDRE FROTA ANDRADE, imputando ao querelado os delitos de difamação e injúria.

Segundo a inicial acusatória, ALEXANDRE FROTA possui uma página registrada na internet que conta com mais de 430 mil seguidores. Aduz o querelante que ALEXANDRE promove vários ataques aos seus direitos da personalidade. Narra que em 5 de abril de 2017, ALEXANDRE postou em sua página da internet uma foto com identificação do sujeito – “*Dep Federal: Jean Wyllys*”, atribuindo a ele, JEAN WYLLIS, a seguinte frase: “*A pedofilia é uma prática normal em diversas espécies de animal, anormal é o seu preconceito*”. Afirma o querelante que tal publicação contou com mais de 9,6 mil compartilhamentos, 4,4 mil curtidas e mais de 2 mil comentários. Consta, ainda, que em 16 de abril de 2017, ALEXANDRE publicou novamente a foto com a frase que o querelante afirma jamais ter dito.

O querelante ressalta que é deputado federal combatente em relação aos direitos das minorias, sem jamais ter se posicionado de forma favorável à pedofilia. A frase atribuída a ele decorre tão somente da vontade de o querelado em difamar a sua reputação. Assim resume o fato na queixa-crime: “*Alexandre Frota, imbuído de clara intenção difamatória, fabricou uma mentira extremamente grave com o objetivo de difamar o querelante e macular a sua reputação, associando a sua imagem ao crime de pedofilia*”.

Consta, também, da inicial, que a publicação gerou asco social em relação a pessoas que acreditaram na veracidade da informação, tendo sido lançadas manifestações de ódio e ameaças em relação ao querelante. Ressalta que ALEXANDRE curtiu e comentava, com novas injúrias, as manifestações dos visitantes de sua página na internet.

Inicialmente proposta perante a Justiça Federal do Distrito Federal, houve declínio de competência para Osasco, com jurisdição sobre o domicílio do querelado ALEXANDRE, a cidade de Cotia (fls. 31-33).

Recebidos os autos, este juízo firmou sua competência para o julgamento do feito, tendo sido designada audiência prévia de conciliação, que restou infrutífera (fls. 89/90).

Em resposta à acusação, ALEXANDRE FROTA propugnou pelo não recebimento da queixa-crime ao argumento de inépcia da inicial, qualificando-a de “verdadeiro frenesi acusatório”. Afirmou, em tese subsidiária, a vontade de retratação cabal em relação às eventuais ofensas, o que geraria a extinção da punibilidade, independentemente da vontade do querelante.

O querelante manifestou-se (fls. 123/129) sobre a audiência de conciliação, pontuando o seguinte: que o suposto supedâneo de ALEXANDRE para atribuir a frase já referida a JEAN WYLLYS (entrevista na CBN) não existe, conforme esclarecimento oficial da própria CBN; que a afirmação de ALEXANDRE, no sentido da retratação, foi inverídica porque, momentos antes da audiência, ALEXANDRE teria lançado novas ofensas contra JEAN WYLLYS; que mesmo após a propositura da ação, ALEXANDRE FROTA lançou publicação atribuindo outra frase a JEAN WYLLYS, qual seja: “*Nós brasileiros temos que aceitar a tradição dos muçulmanos de*

se casarem com meninas menores de 10 anos. Não é pedofilia, é cultura Islâmica". O querelado afirmou que tal imputação é falsa, porquanto jamais se manifestou nesse sentido. Ademais, ressaltou que o querelado continua a escrever e a proferir, em vídeos disponibilizados nas redes sociais, diversas expressões injuriosas em relação a ele, tais como *"putinha de Brasília", "merda", "mulambo safado", "fresco", "vagabundo", "corrupto", "falso moralista", "viadinho", "bicha louca do caralho"*, dentre outras.

O querelante, nessa mesma manifestação, pediu o aditamento para incluir na acusação o delito de calúnia, ao argumento de que o querelado referiu-se a ele, publicamente, como "corrupto".

ALEXANDRE FROTA ANDRADE manifestou-se a fls. 146/150, pedindo o não recebimento da queixa-crime. Argumentou que o direito do querelante em relação aos vídeos já caducou. Alegou ter ocorrido renúncia tácita em relação aos delitos de injúria porque o querelante deixou de processar todas as pessoas que fizeram comentários na página da internet em foco.

O Ministério Público Federal manifestou-se (fls. 154/158) pelo prosseguimento da ação; ressaltando, porém, a ocorrência de decadência em relação ao aditamento da denúncia, no que diz respeito ao delito de calúnia, porque a prova do delito data de 13/12/2016, sendo que a emenda da inicial se deu em 05/04/2017; portanto, mais de seis meses após a ciência do fato pelo querelante.

Em decisão de fls. 161/163, este juízo reconheceu a decadência em relação à imputação da calúnia, rejeitando, nesse ponto, a inicial acusatória. Recebeu a queixa-crime em relação aos delitos de injúria e difamação. Houve rejeição em relação ao argumento do querelado, relativo a uma suposta renúncia tácita, caracterizada pelo fato de o querelante não ter processado todas as pessoas que curtiram os comentários ou que inseriram novos comentários, porquanto se reconheceu a impossibilidade física de tal ato, já que não haveria tempo hábil para o querelado identificar todos os partícipes do delito, dada a dificuldade tecnológica envolvendo endereços e dados cadastrais na internet.

Em audiência de instrução e julgamento, colheram-se os depoimentos de ambas as partes.

Em alegações finais, JEAN WILLYS pediu a condenação de ALEXANDRE FROTA, nos termos do recebimento (injúria e difamação).

ALEXANDRE FROTA, em memoriais da defesa, disse da ausência de justa causa, eis que não foi lavrada a ata notarial das ocorrências verificadas na internet. No mérito, suscitou que JEAN WILLYS se utilizou do processo como "palanque eleitoral", não tendo havido qualquer ação delituosa por parte do querelado.

O Ministério Público Federal pediu a condenação de ALEXANDRE FROTA, entendendo que ele, *"imbuído de clara intenção difamatória, fabricou mentira extremamente grave com o objetivo de difamar o querelante e macular sua reputação, associando a sua imagem ao crime de pedofilia"*. Argumentou ainda que no curso do processo ALEXANDRE publicou uma série de palavras, vídeos e imagens que denotam a intenção renitente do querelado, em relação às ofensas irrogadas ao querelante.

Relatei o necessário.

DECIDO.

Não caducou o direito à ação porque o conteúdo das ofensas resta presente nas mídias sociais. Ademais, as ofensas foram irrogadas em desfavor de Deputado Federal (o cargo ocupado é de relevo porque se imputam as falas ao deputado e não à pessoa de JEAN) e assim a retratação torna-se juridicamente inviável.

Tampouco há falar-se em inépcia da denúncia, por certo que a exordial acusatória traduz, de maneira bastante satisfatória, as condutas e as implicações decorrentes relativas à apuração da responsabilidade penal. Do modo em que posta, possibilitou a vestibular o exercício do contraditório e da ampla defesa nesta ação penal; condizente, pois, a peça, com os requisitos constitucionais implícitos, bem como os legais explicitados no artigo 41 do CPP.

Como bem ressaltou o MPF a fls. 155 verso, a ata notarial não é imprescindível para a configuração do delito, eis fartamente demonstrada a materialidade do delito pelo conjunto probatório constante dos autos. Ademais, o próprio querelado, em audiência, não negou que lançara mesmo as manifestações na rede, apenas apresentou explicações para os fatos, na tentativa de justificá-los como conformes ao ordenamento vigente.

Analiso o mérito, que diz respeito aos *limites* da liberdade de expressão. A questão é saber: a) há limites à liberdade de expressão garantida na Constituição Cidadã? b) em caso positivo, quais seriam os limites legítimos? c) ALEXANDRE FROTA ANDRADE, ao exercer sua manifestação de pensamento, excedeu esses limites, causando dano a outrem? d) esse excesso configura algum tipo penal?

Para responder a essas questões analisamos, em primeiro lugar, o texto da Constituição Federal. Diz o artigo 5º, inserido no título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, em sua literalidade:

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

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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

Analisando o texto acima, no plano sintático, percebe-se que o inciso IV, que diz da livre manifestação do pensamento, já conta com uma ressalva explícita: a vedação do anonimato. Ainda no plano sintático, percebe-se que a posição dos incisos não faz intuir, pela organização do artigo, nenhuma ordem de importância ascendente dos incisos precedentes em relação aos posteriores.

Assim, em casos de colisão de interesses, como deflui ao analisarmos o inciso IV em conjunto com o inciso X, há necessidade de análise no plano semântico, com o escopo de analisar se a Constituição da República quis privilegiar a liberdade de expressão quando em confronto com a honra da pessoa.

E o plano semântico comporta análise histórica e cultural, para situar os vetores axiológicos do texto no caso concreto que ora se enfrenta.

Cediço que a Constituição de 1988 surte num cenário pós-ditadura, passando as liberdades públicas a ocupar lugar de destaque; juntamente, porém, com a elevação do conceito de dignidade humana.

Em relação a eventuais conflitos de normas de igual estirpe constitucional (texto originário), muito já se falou sobre as técnicas de ponderação de valores. Na obra “Mídi@ e Poder

Judiciário”, há um resumo preciso dessas ideias, sendo importante, para as finalidades dessa sentença, os seguintes excertos:

(...) Um instrumento eficaz e indispensável para a solução desse conflito entre normas constitucionais é o princípio da proporcionalidade. Esse princípio compatibiliza os conteúdos em atrito, já que se harmonizam na medida do possível, dado o caso concreto. (...) O professor Edilson Pereira de Farias entende que *a colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais)*. Nos idos de 1980, o professor René Ariel Dotti já ressaltava que *não tem sido possível a apresentação de fórmulas legislativas que, a um só tempo, contemplem todas as situações de conflito e proponham as soluções adequadas*. Daniel Sarmento discorre sobre a *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Em sua obra, esclarece que a ponderação consiste no método utilizado para a resolução de eventuais colisões entre princípios constitucionais, sempre em relação a situações concretas. (...) Ressalte-se, novamente, o devastador efeito que notícias bombásticas e sensacionalistas pode causar na vida das pessoas envolvidas e excessivamente expostas. À luz disso, o professor Luís Roberto Barroso lembra que *a discussão atual na doutrina é a extensão do poder do Judiciário na matéria, especialmente no que diz respeito à possibilidade de impedir previamente o exercício da liberdade de expressão em deferência à intimidade e à vida privada de terceiros*.

No plano internacional, as posições a respeito do tema são divergentes.

Nos Estados Unidos, verifica-se clara preferência da Suprema Corte pela liberdade de expressão, incluída pela primeira emenda da Constituição. Ao longo do tempo, aquela Corte tem decidido que a liberdade de expressão inclui: o direito a não se manifestar, como não saudar a bandeira americana – *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S.624 (1943); o direito de usar vestimentas pretas na escola em protesto contra a guerra – *Tinker v. Des Moines*, 319 U.S. 503 (1969); manifestação abstrata do pensamento, sem correlação direta de ameaça ou perigo aos possíveis ofendidos – *Bradenburg v. Ohio*, 395 U.S. (1969); o uso de certas palavras ofensivas com finalidade de transmitir mensagens de ordem política – *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); o direito de utilização de linguagem simbólica, como queimar a bandeira em público – *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). Nos últimos tempos, a questão mais expressiva e controversa se deu no julgamento do caso *Snyder v. Phelps* – 562 U.S. 443 (2011), conforme se explica no texto abaixo:

(...) No caso *Snyder v. Phelps*, julgado pela Suprema Corte Americana em 02/03/2011, reafirmou-se, mais uma vez a amplitude do princípio. Eis os fatos: ao longo dos últimos 20 anos, a Congregação Westboro Igreja Batista vinha realizando protestos em funerais militares, propagando mensagens no sentido de que Deus não tolera a homossexualidade no âmbito castrense. No caso concreto o fundador Fred Phelps viajou a Maryland com outros seis associados, para protestar durante o enterro de Snyder, morto em ação militar no Iraque. O protesto consistiu na exibição de cartazes com dizeres como: “obrigada, Senhor, pelos soldados mortos”, “padres estupram crianças”, “vocês irão para o inferno”, dentre outros semelhantes. O pai do militar ingressou com ação contra os manifestantes, pleiteando indenização

1 ANDRADE, Fábio Martins de. Mídia e Poder Judiciário. A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 243-250.

por danos morais. Na primeira instância, o júri considerou abusiva a manifestação, fato que levou à condenação de Westboro ao pagamento de milhões de dólares em danos.

A congregação apelou, invocando o direito à liberdade de expressão, garantido pela primeira emenda. A Corte Distrital reduziu a multa, mantendo a conclusão do júri. Em segunda instância, o julgamento foi revertido em favor dos manifestantes. No mesmo sentido, o julgamento da Suprema Corte.

O caso causou estranheza mesmo à sociedade americana, já acostumada à largueza do conceito de *freedom of speech* adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Antes do julgamento, a mídia sinalizava que a Corte poderia restringir o direito, em juízo de ponderação com outros direitos fundamentais.

A Suprema Corte americana, porém, contrariando a suposta expectativa popular, entendeu que, no caso, não houve intenção de ofensa a nenhum indivíduo particular, mas protesto genérico contra a existência de homossexuais em quadros militares. Entendeu, ainda, que a *ocasião* não pode ser confundida com a *personificação* da ofensa, vez que o intuito do grupo liderado por Phelps não era ofender os parentes do morto, mas de atrair a atenção da sociedade para o reclamo².

No direito europeu, a tendência é a de valorização da dignidade da pessoa humana, em detrimento da liberdade de expressão, principalmente na Alemanha³. Ingo Sarlet, em artigo recente publicado na Revista Consultor Jurídico⁴, discorreu sobre a importância de norma alemã aprovada em 01/09/2017, denominada *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (German Network Enforcement Act – GNEA), cujo objetivo é reprimir e coibir discursos ofensivos, discriminatórios e que incitem à violência na internet. Trata-se de norma destinadas a provedores da internet, determinando que sejam eliminados e bloqueados conteúdos ilícitos (dentre os quais ofensa a direitos da personalidade, negação do holocausto, discurso de ódio etc.) nas mídias sociais destinatárias, sob pena de severas multas. Nesse mesmo artigo, o professor também elenca diversos instrumentos desenvolvidos para orientar a ética nas mídias sociais, no âmbito europeu:

Relembre-se, nesse contexto, que embora ainda não exista uma diretiva ou regulamento específico voltado ao combate do discurso do ódio na Internet no âmbito da normativa da União Europeia, já foram criados alguns instrumentos e parâmetros para tal efeito, no sentido de que já poderia se designar de uma espécie de *soft law*. Destacam-se aqui as medidas da Comissão para o combate do racismo e da intolerância do Conselho da Europa, Estrasburgo, como é o caso de um código de conduta emitido em 31.5.2016, em parceria com Facebook, Twitter, YouTube, Google e Microsoft e uma recomendação sobre o tratamento dispensado a conteúdos ilegais na internet, de 26.04.2018.

Voltando à análise da Constituição da República, agora no campo pragmático, podemos citar os casos Ellwanger (HC 84.424, Rel. Min. Presidente Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, Plenário, DJ 19/03/2004) e ADPF 187, conhecida como “marcha da maconha”. No primeiro caso, houve claro pendor do plenário do STF para os direitos inerentes à dignidade humana. Apenas o Ministro Marco Aurélio, vencido, manifestou-se pela proteção da liberdade de ex-

2 ZANETTI, Adriana Freisleben de. “O julgamento político e a liberdade de expressão”. Acessível em <https://www.iabnacional.org.br/iab-na-imprensa/o-julgamento-politico-e-a-liberdade-de-expressao>.

3 Antônio de Holanda Cavalcanti Segundo, em sua obra “Uma questão de opinião? Liberdade de expressão e seu Âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao HATE SPEECH”, discorre, nas páginas 74 a 76, sobre os principais julgamentos do Tribunal Constitucional alemão a respeito.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão, regulação e discurso de ódio – o caso GNEA. Consultor Jurídico. São Paulo, 23 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-23/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-regulacao-discurso-odio-gnea>. Acesso em 25 de novembro de 2018.

pressão. Na ADPF 187 entendeu-se como legítimo o direito à manifestação da legalização da maconha. Importante assinalar que o contexto desse julgamento se insere em momento cultural em que várias nações já descriminalizaram o uso recreativo da maconha. Assim, temos que a liberdade de expressão não foi a grande vencedora no caso, eis que dada a autorização para posicionar-se sobre a maconha, e não sobre outra droga qualquer (cocaína, por exemplo).

Nessa toada, entendemos que o Supremo Tribunal Federal segue a tendência europeia, no sentido da equalização entre liberdade de expressão e direito à dignidade humana, do qual a incolumidade e a honra das pessoas constituem componentes importantes.

Após a análise sintática, semântica e pragmática do artigo 5º, incisos IV e X, concluímos que a Constituição da República garantiu a liberdade de expressão de forma ampla. Mas a amplitude não significa a ausência de fronteiras no exercício do direito, por certo que em um sistema ou ordenamento jurídico, por vezes há colidência entre direitos de igual estirpe. No caso concreto, temos, de um lado, o direito à livre manifestação do pensamento; e, de outro, os direitos inerentes à dignidade humana.

Logo, a resposta aos dois primeiros questionamentos dessa sentença é clara: Sim, há limites à liberdade de expressão, quando em confronto com a honra e a dignidade humana, limite esse a ser aferido no caso concreto.

ALEXANDRE FROTA ANDRADE, ao exercer seu direito à livre manifestação do pensamento, claramente excedeu os limites constitucionais, porquanto atentou diretamente contra a honra e à imagem do deputado federal JEAN WYLLYS.

Com efeito, restou comprovado nos autos que as frases atribuídas a JEAN WYLLYS por ALEXANDRE são discursos jamais proferidos pelo deputado. A frase foi criada com a finalidade de difamar JEAN WYLLYS, causando na comunidade cibernética o sentimento de repúdio por empatia emocional com as vítimas da pedofilia. ALEXANDRE forjou a fala imputada a JEAN WYLLYS, posteriormente justificando-se ao dizer que teria construído o raciocínio de que o deputado tinha esse entendimento a partir de entrevista concedida por JEAN WYLLYS à Rádio CBN.

Além disso, ALEXANDRE proferiu várias expressões injuriosas a respeito da pessoa de JEAN WYLLYS, sempre criticando suas preferências pessoais para atacar o papel por ele exercido como parlamentar da República.

No ponto, cumpre destacar que a Constituição de 05/10/88 recepcionou os tipos descritos no artigo 139 e 140 do Código Penal. Essa recepção constitucional também reforça a ideia de limites à liberdade de expressão do pensamento, eis que alça à esfera de ofensa penal os delitos de difamação e injúria. Isso porque há preocupação na defesa da honra do indivíduo, honra essa tanto em seu viés objetivo (o conceito que a comunidade tem do indivíduo) quanto em seu viés subjetivo (o conceito que o próprio sujeito tem de si próprio).

Também recepcionado pela Constituição a causa de aumento prevista no artigo 141, III, eis que os delitos contra a honra, ao serem propagados em meios difusos, aumentam sua potencialidade lesiva. No caso concreto, houve a divulgação das ofensas por meio da internet, cujo alcance e influxo revelam-se ilimitados. Nesse s

Constatou-se que essa verdadeira revolução na maneira de se comunicar deriva de um fator essencial e bem caracterizado nas redes sociais na internet: a influência que tais redes sociais exercem sobre seus usuários e o poder de persuasão que as suas informações conseguem impor ao receptor da mensagem. (...) De outro lado, verificou-se também a influência que as redes sociais possuem, no que tange a fatores relacionados à política e a decisões governamentais.

Percebe-se a repercussão de uma atitude política de um parlamentar, por exemplo, em questões de segundos, pela análise das postagens e compartilhamentos realizados em tais redes sociais⁵.

Diante do exposto, conclui-se que ALEXANDRE FROTA ANDRADE incorreu nos delitos de difamação e injúria. Não havendo excludentes de ilicitude e presentes os elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa), a condenação é medida que se impõe.

De acordo com o prescrito no art. 20, *caput*, do Decreto 4.657/42, há necessidade de análise das consequências práticas da decisão, sempre que houver de enfrentarem-se valores jurídicos abstratos. Embora o caso concreto não se relacione diretamente com essa hipótese, há necessariamente viés abstrato na ponderação de valores constitucionais. Por isso, para evitar desconformidade normativa, tenho que a condenação de ALEXANDRE, na prática, cumpre aos desideratos penais da prevenção geral e especial. Do ponto de vista da prevenção geral, essa sentença confirmará que há limites à liberdade de expressão, sempre que o pensamento externado afetar o direito de terceira pessoa a manter incólume sua honra e imagem. As consequências práticas, no ponto de vista da prevenção especial, inserem-se no campo da reprimenda a ser aplicada ao querelado, conforme se exporá adiante.

DISPOSITIVO

Condeno ALEXANDRE FROTA ANDRADE como incurso nas penas dos artigos 139 e 140 c/c 141, III, na forma dos artigos 69 e 71, todos do Código Penal.

Doso as reprimendas.

Artigo 139 – Difamação

ALEXANDRE agiu com dolo intenso em desfavor do émulo político. Forjou frase falsa e a atribuiu a JEAN WYLLYS com o escopo de atingir fortemente a honra objetiva do querelante. Assim, de rigor a exasperação da pena base, que fixo em 8 meses de detenção e pagamento de 200 dias-multa. Incide a majorante do inciso III do artigo 141, montando a sanção a 10 meses e 20 dias de detenção e pagamento de 266 dias-multa.

Artigo 140 – Injúria

ALEXANDRE atingiu, em diversas ocasiões, a honra subjetiva de JEAN WYLLYS. Esse ponto, porém, será considerado para a aplicação da benesse prevista no artigo 71 do CP. Em relação ao dolo, verifica-se a intensidade, eis que ciente o querelado de que sua conduta implicaria sofrimento e desgaste psicológico a JEAN WYLLYS. Por isso, fixo o marco inicial da reprimenda em 8 meses de detenção e pagamento de 200 dias-multa. Incide a majorante do inciso III do artigo 141, montando a sanção a 10 meses e 20 dias de detenção e pagamento de 266 dias-multa. Por fim, aumento a reprimenda em 1/3, dada a abundante reiteração da conduta, cometida nas mesmas circunstâncias; por isso, a benesse prevista no artigo 71 do CP. Assim, a pena final a esse delito monta a 1 ano, 2 meses e 6 dias de detenção e pagamento de 354 dias-multa.

Concurso material

ALEXANDRE praticou de uma conduta delituosa causando resultados diversos, em termos de objetividade jurídica. De rigor, pois, a soma das reprimendas dos delitos de injúria e difamação, nos moldes do artigo 69 do CP.

Assim, fixo a pena definitiva de ALEXANDRE FROTA ANDRADE em 2 anos e 26 dias

5 MAIA, Daniel. Liberdade de Expressão nas Redes Sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

de detenção no regime inicial aberto e pagamento de 620 dias-multa, no valor de 1/2 salário mínimo cada, por certo que ALEXANDRE tem condições materiais de arcar com um ônus maior do que o trabalhador comum, cuja média salarial não ultrapassa um salário mínimo mensal.

Atenta ao fato de a pena impingida ser inferior a 4 (quatro) anos e por entender medida socialmente recomendável no caso em concreto, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. A primeira consiste em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade, preferencialmente junto a fórum federal da subseção da residência do condenado, em atividades auxiliares à gestão documental, devendo ALEXANDRE trabalhar, por cinco horas diárias, no auxílio à destruição/picotagem de papéis que não mais se fazem úteis aos autos. A segunda consiste em limitação de fim de semana, devendo ALEXANDRE permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento similar, sendo que, em relação a esta última, na hipótese de impossibilidade material de cumprimento por falta de estabelecimento adequando no Estado, fica o juízo da execução autorizado a substituí-la por outra pena restritiva de direito compatível com o caso.

Pode apelar em liberdade. Transitada em julgado e mantida a condenação, responderá o condenado pelas custas e terá seu nome inscrito no rol dos culpados (artigo 393, inciso II, do Código de Processo Penal).

Expeçam-se os ofícios de praxe. Oficie-se aos departamentos competentes para cuidar de estatística e antecedentes criminais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ciência pessoal ao MPF. Cumpra-se.

Osasco, 17 de dezembro de 2017.

Juíza Federal ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

PROCEDIMENTO COMUM**5007391-36.2017.4.03.6100**

Autor: USINA BOM JESUS S.A. ACUCAR E ALCOOL

Ré: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2019

Trata-se de ação judicial, com pedido de tutela antecipada, proposta por USINA BOM JESUS S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL (sucessora da empresa USINA SANTA HELENA S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL) em face da UNIÃO FEDERAL objetivando a declaração da inexistência de multa que integra o débito objeto do processo administrativo nº 11128.002185/95-66, inscrito na Dívida Ativa da União sob o nº 80.4.09.039354-09, bem como cancelada a inscrição em Dívida Ativa e excluída do parcelamento da Lei nº 11.941/2009.

A autora relata que, em 07 de julho de 1995, foi lavrado o auto de infração objeto do processo administrativo nº 11128.002185/95-66, por meio do qual a Receita Federal constituiu débito relativo ao imposto de exportação (IE) e propôs a aplicação de multa, a qual deveria ser precedida de audiência do Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DTIC/SECEX/MICT).

Notícia que o auto de infração foi posteriormente aditado para melhor indicação do enquadramento legal da proposta de aplicação de multa.

Afirma que a multa não foi aplicada, mas tão somente proposta, com fundamento no artigo 142 do Código Tributário Nacional e no artigo 542, parágrafo único, inciso I, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 91.030/85).

Alega que a Receita Federal do Brasil requereu a manifestação do Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, porém não obteve resposta.

Diante disso, em 19 de agosto de 1997, a Receita Federal do Brasil concluiu ser dispensável a prévia audiência do órgão acima. Contudo, deixou de aditar o auto de infração ou de lavrar um novo para efetiva aplicação da multa.

Aduz que, embora nunca constituída, a multa vem sido exigida da parte autora, tendo sido acrescida ao débito principal inscrito na Dívida Ativa da União sob o nº 80.4.09.039354-09 e parcelada nos termos da Lei nº 11.941/2009.

A inicial veio acompanhada da procuração e de documentos.

Na decisão id nº 1522610 foi concedido à autora o prazo de quinze dias para adequar o valor da causa ao benefício econômico pretendido e recolher as custas judiciais complementares.

A autora apresentou a manifestação id nº 1648920.

A União apresentou contestação aduzindo que a oitiva do Departamento Técnico de Intercâmbio, Comércio de Turismo (DTIC/SECEX/MICT) era desnecessária e que a autoridade fiscal esclarece a constituição e aplicação da multa.

Houve réplica.

Instada a manifestar-se especificamente sobre a constituição ou não do crédito decorrente da penalidade, a União afirmou que houve a aplicação da sanção, remetendo a excerto da peça defensiva nesse sentido.

A autora reafirmou a tese e apresentou outros autos de infração para ilustrar o quanto sustentado.

Instada a manifestar-se, a ré reiterou o quanto já dito em outras manifestações.

É o relatório. Decido.

Não há preliminares.

A resolução da causa dispensa a produção de outras provas, tal como já dito pelas partes.

Primeiramente, observo que não, a penalidade não foi imposta no autor de infração sob exame.

O auto de infração lavrado pela Equipe de Despacho Aduaneiro de Exportação da Receita Federal do Brasil (id nº 1441922) possui a seguinte observação: *“A multa está sendo proposta (art. 142 da Lei 5.072/66); devendo a sua aplicação ser precedida de audiência do Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial da SCE (art. 1º § único do Decreto 91030/85)”*.

Quem propõe e condiciona a aplicação à manifestação de outro órgão não impõe. Quem pune, não condiciona a evento futuro e incerto ao alvedrio de outrem a emergência da sanção.

À duas, tem-se que consta das informações prestadas em 19 de agosto de 1997:

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo determinou o retorno do presente Auto de Infração a esta ALF/Porto de Santos, para fins de proceder ao saneamento, uma vez que não consta nenhuma manifestação do CTIC/SECEX, acerca da procedência ou não da aplicação de penalidade prevista no artigo 7º do Decreto-lei nº 1.578/77, regulamentado pelo artigo 531, inciso I do RA, conforme determina o artigo 542, inciso I do RA – Decreto nº 91.030/85 e, ainda, em razão de inexistir neste, documento comprobatório de recebimento do ofício expedido por esta EQDEX ao referido órgão do MICT.

Diante disso, foi encaminhado novo expediente àquele Departamento (Ofício/0817800/DI-DAD/EQDEX nº 031/97), reiterando o pedido feito anteriormente, mas não houve resposta até o presente momento.

Ao procedermos melhor exame do caso, concluímos, data máxima vênia, ser dispensável essa audiência, uma vez que se trata, a penalidade imposta no caso vertente, de multa proporcional ao imposto incidente sobre transação de venda ao exterior, prevista no Decreto-lei nº 1.578/77, isto é, ato legal que instituiu efetivamente o imposto incidente sobre a operação de exportação. É de se observar que, por imperativo do artigo 161 da Lei nº 5.712/66 (CTN) a cobrança do imposto não deve ser dissociada, quando devida, da respectiva penalidade aplicável à espécie. Isso significa que o lançamento da multa de natureza fiscal referente ao imposto não pago no vencimento, como na hipótese examinada, deve ser realizado concomitantemente com a constituição do principal, independente de qualquer manifestação do DTIC/SECEX. E não poderia ser de outra maneira, visto que, nesses casos, a atividade de lançamento do imposto e da multa correspondente é vinculada e obrigatória.

(...)

Ante todo o exposto e, considerando ser improvável a manifestação do órgão responsável pelo controle administrativo de exportação – DTIC/SECEX com relação ao caso em tela, sugerimos que seja encaminhado o presente ao SESAR para, em conjunto com a EQJU, verificar o desfecho da ação judicial, bem como adoção de demais providências aplicáveis ao caso.

A manifestação administrativa acima não impôs e nem tratou como se imposta tivesse sido a penalidade.

Aliás, quando alude à multa, faz em tese, enquanto manifestação do poder de polícia do Estado – e não como se tivesse ocorrido tal exercício no caso em tela.

Assim, a decisão administrativa posterior que explicita a desnecessidade de manifestação do outro órgão não ratifica - e nem poderia fazê-lo - o que sequer foi feito.

Não bastasse isso, ato da própria Receita Federal datado de 19.11.1996 trata a multa como tendo sido apenas proposta. Ou seja, o entendimento da própria instituição era no sentido da inexistência de multa aplicada.

Em terceiro lugar, o débito foi incluído em parcelamento e impõe-se a cognição sobre a eficácia jurídica de tal ato.

Cumpre distinguir se houve uma confissão ou a própria constituição de multa tributária por meio da inclusão em parcelamento. Explico porque faço a distinção entre confissão e constituição pelo próprio contribuinte abaixo.

Entendida a confissão como a admissão de um fato contra si, de tal expediente não adviria a aplicação de uma sanção que se revela enquanto exercício concreto da incidência de uma norma punitiva sobre determinada pessoa por determinada ação ou omissão. Sem dúvida, a confissão nunca faria surgir uma obrigação tributária, pois não cria tributo[1] e, com maior razão, não implica no advento jurídico de uma pena.

Já a constituição de crédito tributário pelo próprio contribuinte (autolancamento) é mais do que a mera admissão do fato, mas a aplicação da lei sobre o fato de modo a fazer surgir a obrigação tributária contra si. E é juridicamente possível o autolancamento não apenas da obrigação tributária principal, mas igualmente de acessórios, dentre os quais a multa tributária. Nesse sentido, Gustavo Masina[2] leciona “o fato de que as multas tributárias também podem ser constituídas por declarações do contribuinte.”. Diferentemente da sanção de natureza criminal que demanda, necessariamente, a intervenção não apenas do Estado, mas do Poder Judiciário, a sanção tributária implica em pena que pode ser cumprida espontaneamente.

Note-se, ainda, que a própria Lei Federal 9.964/2000 previa a inclusão em parcelamento tanto dos débitos já constituídos quanto daqueles ainda não-constituídos. Veja-se o teor do art. 2º, §3º, da Lei Federal que instituiu o REFIS:

§ 3º A consolidação abrangerá todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inclusive os acréscimos legais relativos a multa, de mora ou de ofício, a juros moratórios e demais encargos, determinados nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Por isso, mais do que a confissão, a adesão ao parcelamento pode ser vista como um autolancamento tributário.

No caso em tela, a admissão do débito tributário decorrente da incidência de norma punitiva não se deu espontaneamente pelo contribuinte como corolário do descumprimento da obrigação principal. Pelo contrário, a admissão do dever tributário de natureza punitiva deu-se em parcelamento diante do qual havia uma aparência de prévia constituição da multa (o que incorreu, como já aduzido acima).

O Estado deu sinais de que a multa havia sido aplicada, ofertando sua inclusão para fins de aderência a programa de parcelamento.

Documento fiscal relativo a parcelamento aponta a multa como tendo tido seu vencimento expirado em 26 de junho de 1996.

Note-se que a Certidão de Dívida Ativa, por exemplo, aponta que o crédito teria sido constituído por auto de infração – o que se sabe não ser verdade – e que a notificação teria ocorrido em 27 de maio de 1996.

A própria opção de inclusão do débito sustenta a aparência do mesmo aos olhos de todos

e, diante disso, contribui para despertar a crença de que juridicamente existe.

A constituição de multa pelo próprio contribuinte deve dar-se em um contexto de certa normalidade, onde espontaneamente ou, pelo menos, voluntariamente, o devedor reconheça o débito principal e seus consectários. No caso em tela, para aderir a um programa de parcelamento o contribuinte incidiu em erro e para tanto o modo pelo qual a situação transcorreu contribuiu, ensejando uma aparência de que se havia constituído a multa em desfavor da autora, quando, na verdade, não o tinha. Na ausência de constituição prévia e diante da mácula de um autolancamento, poderia ser cogitada a ocorrência de confissão, mas como a admissão de fato contra si não gera tributo ou outra obrigação tributária, igualmente não remanesce eficácia na exação levada a efeito pelo Fisco.

Por tudo isso, entendo que não se pode considerar o débito constituído pelo próprio contribuinte quando este, induzido em erro, reconhece sanção que parecia aplicada e que, na verdade, não o foi. De certo modo, admitir o contrário, implicaria em convalidar ato juridicamente inexistente, o que certamente não se revela correto.

Assim, JULGO PROCEDENTE A DEMANDA, declarando a inexistência jurídica do débito objeto do processo administrativo nº 11128.002185/95-66 e inscrito na dívida ativa da União sob o nº 80.4.09.039354-09, determinando o cancelamento da respectiva CDA.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 20% sobre o valor que não excede 200 salários mínimos, 10% do valor excedente até 2.000 salários mínimos e, naquilo que sobejar, de 6% de tanto, dada a complexidade elevada da causa e o labor despendido para sua resolução pelo patrono da vencedora, forte nos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 85 do CPC.

Caberá à União reembolsar as custas já pagas pela autora.

Com reexame necessário.

Dado o tempo já decorrido durante o qual tinha-se o débito como supostamente devido, bem como dada a complexidade da causa, entendo que, apesar da procedência do pleito, não há razão para o deferimento da antecipação de tutela.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

EMBARGOS À EXECUÇÃO**5000070-17.2018.4.03.6131**

Embargante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT

Embargada: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2019

Vistos, em sentença.

Trata-se de embargos à execução, movimentados por *EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT* em face do *MUNICÍPIO DE BOTUCATU*, pretendendo a desconstituição do título executivo que aparelha a execução fiscal em apenso. Aduz o embargante, em suma, que a CDA que instrui a execução padece de nulidade, e, quanto ao mérito, que se operou a prescrição da pretensão executiva, e, quando não, que não se sustenta a validade jurídica do lançamento efetuado pela embargada porquanto há situação de imunidade constitucional em favor do embargante, empresa pública que executa serviços em regime de monopólio. Junta documentos

Instada a se manifestar, a embargada pugna pela rejeição dos embargos (id n. 5402906), batendo-se pela plena higidez e exigibilidade do título exequendo, contrapondo-se a todos os fundamentos arrolados nos embargos.

Réplica sob id n. 6448649.

Instadas as partes em termos de especificação de provas, nada requereram.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.**Decido.*

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Passo, então, ao julgamento, na forma do art. 17, § ún. da LEF c.c. art. 355, I do CPC.

Logo de saída, observo que a CDA apresentada com a inicial da execução fiscal ostenta todos os requisitos de validade na medida em que descreve circunstanciadamente os montantes pretendidos na execução, acompanhados dos respectivos fundamentos legais do débito. Todas as hipóteses concretas da exigência fiscal em que incidiu o sujeito passivo da obrigação tributária estão claramente expostas na inicial da execução, bem como todas as incidências legais que a exequente acredita vertentes à espécie. E essas circunstâncias foram escorreitamente esclarecidas à parte embargante, tanto que ela pode acessar amplamente a via dos presentes embargos, de molde a demonstrar claramente o pleno atendimento ao direito de defesa por parte do contribuinte, na medida em que, a partir, apenas, das informações constantes da própria certidão e de seus fundamentos legais, já se permitiu ao interessado efetuar a impugnação daquilo que lhe está sendo exigido. Nesse sentido, existe torrencial posicionamento jurisprudencial: *Processo: AC 00233502720074039999 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1200195, Relator(a) : DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3, 6ª T., Data da Decisão: 08/08/2013, Data da Publicação: 16/08/2013; Processo: AI 00044431820134030000 – AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 498354, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL*

CARLOS MUTA, TRF3, 3ª T, Data da Decisão: 06/06/2013, Data da Publicação: 14/06/2013; Processo: AC 00282953820024036182 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 174186, Relator(a): JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO; TRF3, 4ª T., Data da Decisão: 02/05/2013, Data da Publicação: 10/05/2013.

Daí a razão pela qual não ser o caso de reconhecer qualquer tipo de nulidade ou cerceamento ao direito de defesa do embargante, até porque, como se deduz dos termos em que lavrada a inicial da demanda, o postulante tomou plena ciência dos termos de lançamento, bem assim dos fundamentos legais que se entendem aplicáveis à espécie, o cumpre o requisito legal de fundo constitucional do *due process of law*. Com tais considerações, *rejeito* a alegação de nulidade formal da CDA.

Nesse mesmo passo, observe-se ser inconsistente a alegação de nulidade da CDA com relação à exigência de taxa urbana, porque essa modalidade tributária (taxa) não engloba o título executivo aqui em questão.

De *prescrição* da execução, no caso concreto, também não se há de cogitar. No caso dos autos, bem demonstrou a embargada, mediante a exibição de cópia legível da CDA aqui em questão que, constituído o crédito tributário relativo ao imposto aqui em causa (para o exercício fiscal mais remoto) em 15/05/2009, conforme se colhe da própria CDA que aparelha a execução, verifica-se que plenamente atendido o lustro quinquenal aplicável, na medida em que ajuizada a execução aos 23/10/2013, com despacho ordinatório da citação do executado (CC, art. 202, I) em 24/03/2014. Ainda que tenha sido ordenada por juiz absolutamente incompetente, sobrevém o efeito interruptivo da prescrição, nos termos do que prescreve o art. 240, caput, do CPC/2015 (antigo art. 219, caput do CPC/73), razão porque *não* configurada a prescrição da pretensão executiva aqui em apreço. Com tais considerações, *rejeito* a alegação de prescrição.

Passo à análise do tema de fundo desses embargos.

IMUNIDADE DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE MONOPÓLIO. EXTENSÃO LIMITADA AO PATRIMÔNIO RELATIVO ÀS SUAS ATIVIDADES ESSENCIAIS. TERRENO BALDIO. PROPRIEDADE IMPRODUTIVA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

Preliminarmente, será necessário consignar que, a despeito do intenso debate que se travou no entorno dessa instigante questão jurídica, existe, atualmente, orientação jurisprudencial segura no sentido de que, em princípio, as empresas públicas prestadoras de serviços em regime de monopólio, efetivamente, fazem jus à percepção da imunidade tributária a que alude o art. 150, VI, 'a' da CF. Nesse sentido, lição do eminente LEANDRO PAULSEN, que, a respeito do tema ensina que a imunidade, verbis:

“Em regra, não alcança empresas públicas e sociedades de economia mista. As empresas públicas e sociedade de economia mista estão excluídas da imunidade, não sendo beneficiadas, salvo quando prestadoras de serviço público em regime de monopólio” (g.n.).

[Direito Tributário – Constituição e Código Tributário ..., 15ª ed., Porto Alegre: 2013, ES-MAFE/ Livraria do Advogado Editora, p. 228].

Especificamente no que concerne às empresas públicas prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio – caso do embargante –, se esclarece que:

ECT. “A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que é empresa pública, executa, como atividade fim, em regime de monopólio, serviço postal constitucionalmente outorgado à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso X, da Lei Fundamental,

o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito do princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, 'a'), do poder de tributar deferido aos entes políticos em geral. Precedentes. - Consequente inexigibilidade, por parte do Estado-membro tributante, do IPVA referente aos veículos necessários às atividades executadas pela ECT na prestação dos serviços públicos: serviço postal, no caso" (STF, Plenário, ACO 803 TARQO, Min. Celso de Mello, abr/08).

- "imunidade recíproca. Art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte em que a norma do art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação civil originária julgada procedente" (STF, ACO 765, Relatório/ Acórdão Min. MENEZES DIREITO, mai/09).

- "I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, 'a' (STF, 2º T., RE 407.099-5, Min. Carlos Velloso, jun/04).

- Sobre a matéria, ainda: Ives Gandra da Silva Martins, imunidade tributária dos correios e telégrafos, RDDT nº 74, novembro/01, p. 58/65; Raquel Discacciati Bello, Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos, Revista de Informação Legislativa nº 132, 1996, p. 182/2.

- Sobre o monopólio dos serviços de correio, vide a ADPFc46/DF" (g.n.).
[op. cit., p. 252].

Sucedee, entretanto, que essa imunidade somente se dá em relação ao patrimônio, bens ou serviços *diretamente afetados* pela prestação dos serviços em regime jurídico de monopólio, excluídos outros serviços, e, consequentemente, também o patrimônio a eles relativos. Nos termos da Carta Constitucional:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas" (g.n.).

Nesse sentido, veja-se:

- Outros serviços prestados pelos correios - que não os postais e de correio aéreo - não são imunes. Julgamento não finalizado pelo STF. Repercussão Geral.

"O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute - à luz do art. 150, VI, a, e §§2º e 3º, da CF - se a imunidade tributária recíproca alcança, ou não, todas as atividades exercidas pela (...) Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. (...) O Min. Joaquim Barbosa, relator, negou provimento ao extraordinário. (...) Asseverou que a exoneração integral e incondicional da empresa desviar-se-ia dos objetivos justificadores da proteção constitucional, porquanto a ECT também desempenharia atividades de intenso e primário interesse privado-particular, ou seja, não público. Reputou, ainda, que a imunidade não deveria ser aplicada quando a empresa prestasse serviços também franqueados à iniciativa privada, para evitar vantagens competitivas artificiais em detrimento do princípio da concorrência. (...) Abordou, por fim, o tópico suscitado pela recorrente sobre a concessão da

imunidade sem restrições, sob o argumento de que as receitas obtidas seriam integralmente revertidas em seus objetivos institucionais. No ponto, assentou que a importância da atividade protegida pela imunidade não poderia justificar a colocação dos princípios da livre-iniciativa e da concorrência em segundo plano, em toda e qualquer hipótese. Ademais, salientou que a ênfase na aplicação dos recursos, como modo em si para garantir o benefício, abriria margem ao abuso e à desconsideração do equilíbrio concorrencial. Assim, concluiu que seria circunstância insuficiente para reconhecer à ECT imunidade ampla e irrestrita. O Min. Luiz Fux, em voto-vista, desproveu o recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cezar Peluso, Presidente. Destacaram que, consoante julgados da Corte, o regime jurídico da ECT aproximar-se ia ao das autarquias (...), de modo que os serviços desvinculados de suas finalidades essenciais, como os da situação em comento, não seriam alcançados pela aludida benesse. (...) Reiterou-se que eventual imunidade tributária concedida aos serviços prestados em regime de livre concorrência significaria vantagem competitiva em relação aos demais agentes de mercado, em afronta ao art. 173, § 2º, da CF. Rejeitaram, ademais, o argumento de subsídio cruzado - desoneração tributária de atividades que custeariam o serviço postal - haja vista que a incidência de tributação repercutiria no preço final dos serviços e produtos comercializados pela ECT, que não se regeriam pelos princípios da universalidade, da continuidade e da modicidade tarifária - mas sim pela dinâmica de formação de preços de mercado - bem como essa extensão ofenderia *a ratio essendi* da imunidade recíproca, qual seja, a manutenção do equilíbrio federativo. Por fim, asseverou que, se mantido o subsídio cruzado, ele deveria se limitar aos tributos de competência da União, sob pena de impor aos demais entes federados o custeio de serviço público não incluído entre suas competências. (...) O relator reafirmou necessário estabelecer a seguintes distinção: quando se tratar de serviço público, imunidade absoluta; quando envolvido o exercício de atividade privada, incidiriam as mesmas normas existentes para as empresas privadas, inclusive as tributárias. O Min. Cezar Peluso enfatizou ser opção político constitucional do Estado a prestação de determinadas atividades em caráter exclusivo, como privilégio, independentemente de sua lucratividade. Assim, se a ECT se desviara do âmbito do serviço postal, o fizera sabendo que teria de se submeter às regras reservadas à iniciativa privada. Ademais, observou que o fato de pagar imposto, em igualdade de condições com outras empresas, não significaria entrave ou incompatibilidade com o regime de privilégio no seu setor específico. Em divergência, os Ministros Ayres Brito, Gilmar Mendes e Celso de Mello proveram o extraordinário. Após, pediu vista o Min. Dias Toffoli. “ (RE-601392) (Informativo 648 do STF, nov/11).

“... está a ECT amparada pela imunidade de impostos em relação aos serviços postais privados, exclusivos e próprios da União, por essa empresa prestados, em face de outorga legal, ressalvadas, no entanto, as atividades econômicas em sentido estrito exercidas pela empresa. Assim, as atividades exercidas pela ECT, que não se identificam com os serviços postais ou de correio aéreo nacional, e que, portanto, sem vedação constitucional podem ser executadas por particulares, em regime de livre concorrência, não são mercedoras da imunidade recíproca, podendo sobre elas incidir os impostos” (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, Imunidade tributária recíproca e a ETC, RFDT 26/19, mar-abr/07)” (g.n.).
[idem, pp. 252-253].

Esclarece-se, assim, que o direito à imunidade constitucional dessas entidades da Administração Pública não é ilimitado ou incondicionado, mas se acha vinculado pela finalidade e compatibilidade entre aquilo que é excluído do campo de incidência da tributação e os fins institucionais das pessoas favorecidas pela imunidade.

Nesses termos, portanto, é que, segundo penso, deve-se interpretar o precedente específico do C. STF colocado em destaque pelo embargante, no concluir que, em não sendo possível, *aprioristicamente*, identificar quais dos imóveis pertencentes à Empresa Brasileira de Correios

e Telégrafos – ECT sujeitos ao lançamento de IPTU estariam, ou não, atrelados diretamente à prestação de serviços relacionados às atividades essenciais da empresa, deve prevalecer, então, o direito à imunidade constitucional da monopolista. Segue o trecho em que ficam claras as razões de decidir do v. julgado chamado à colação:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).

“1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.

2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados.

3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.

4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional.

5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (g.n.).

[RE 773992, Min. DIAS TOFFOLI, STF].

O que significa dizer, *contrario sensu*, que, sendo possível, *a fortiori*, a definição – ônus da prova que encabe à entidade tributante – de que um determinado patrimônio ou serviço da empresa pública não atende às finalidades essenciais que justificam a sua instituição, é viável a incidência da tributação, uma vez que esses bens ou atividades se encontram alijadas do espectro favorecido de abrangência da imunidade constitucional assegurada a essas pessoas jurídicas.

Estabelecidas essas premissas essenciais à correta inteligência dessa matéria, sobrevém a conclusão de que, no caso dos autos, está plenamente configurada a higidez do lançamento fiscal efetuado contra o embargante, na medida que – demonstrado à saciedade no âmbito dos presentes embargos – o imóvel sujeito ao lançamento do tributo aqui em causa efetivamente não se presta à consecução de quaisquer das atividades-fim da empresa monopolista aqui em causa, mesmo porque, *in casu*, se cuida de um *terreno baldio*, sem qualquer aproveitamento por anos a fio (comprovadamente desde, pelo menos, o exercício fiscal de 2011), conforme comprovam as fotografias juntadas a esses embargos pela Municipalidade embargada sob id’s ns. 5403129, 5403138, 5403198, 5403218, 5403433, em momento algum impugnadas pelo embargante.

Mais do que comprovar a total desvinculação desse patrimônio em relação às finalidades institucionais da prestadora de serviços públicos, o abandono do imóvel por parte da embargante configura, no mínimo, sub-utilização, quando não exercício inadequado do direito de propriedade, no que se descarta de dar destinação social – uso adequado e racional do patrimônio em prol da melhoria dos serviços públicos e bem estar geral da população – aos bens que constituem o acervo dominial de que são titulares.

Aqui, é necessário dar vazão ao comando constitucional que, ao resguardar a qualquer

cidadão o direito de propriedade, impõe ao seu titular a sua utilização de acordo com a sua função social, o que implica, por outro lado, a imposição de regras e sanções para coibir a configuração do uso inadequado ou improdutivo da propriedade. Nesse sentido, importa dizer que, já ciente desse importante vetor introduzido no ordenamento a partir da Carta Constitucional de 1988, o Código Civil de 2002, fincou na socialidade uma das funções essenciais seja dos direitos decorrentes do contrato, seja da propriedade. No ponto, colho a exortação de um dos nossos mais eminentes juristas, Presidente da comissão de notáveis juristas que elaborou o projeto do novo Código Civil, no sentido que a novel legislação está centrada – em consonância com o desiderato constitucional – na noção de eticidade, socialidade e operabilidade quanto ao exercício dos direitos civis previstos no ordenamento. Sobre a socialidade, diz o eminente *Professor MIGUEL REALE*, prefaciando o Código Civil/ 2002:

A socialidade – É constante o objetivo do novo código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual. (...)

No caso de posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má-fé, o Código leva em conta a natureza social da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil. Assim é que, conforme o art. 1.238, é fixado o prazo de 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de título e boa-fé, sendo esse prazo reduzido a dez anos “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”.

Por outro lado, pelo art. 1.239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto basta que não tenha havido oposição.

O mesmo sentido social caracteriza o art. 1.240, segundo o qual, se alguém “possuir”, como sua, “área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel”.

Um magnífico exemplo da preponderância do princípio de socialidade é dado pelo art. 1.242, segundo o qual “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, continuamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Esse prazo é, porém, reduzido a cinco anos: “se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico”.

Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, determinado o seguinte:

“§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas e, estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo Juiz de interesse social e econômico relevante”.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores”.

Como se vê, é conferido ao Juiz o poder expropriatório, o que não é consagrado em nenhuma legislação (g.n.).

[Novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002) – Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916, constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante – Prefácio do Prof. Miguel Reale – 2ª edição, revista e ampliada].

Mesmo porque, é a própria ordem constitucional quem estipula as sanções aplicáveis à propriedade improdutiva, seja no âmbito rural, seja no urbano (*art. 5º, XXII e XXIII c.c. art. 182, § 4º, II c.c. art. 156, I e § 1º, II, todos da CF*), razão pela qual, considerando a situação de *imóvel urbano baldio* de propriedade do embargante, sem qualquer destinação afetada à prestação do serviço público de correios e telégrafos, não vejo como enquadrar a hipótese em questão dentro do âmbito da imunidade constitucional, no que se me afiguraria um total contrasenso privilegiar com a benesse tributária um imóvel que sequer cumpre a função social da propriedade. Bem por essa razão é que a jurisprudência, não é de hoje, vem se orientando no sentido de que esse tipo de imóvel não se beneficia da imunidade, mesmo quando titularizado por pessoas que, em tese, teriam direito a esse tipo de tratamento tributário diferenciado. Cito precedente:

IMUNIDADE. IPTU. ART. 150 da CF/88. TERRENO BALDIO. FINALIDADE ESSENCIAL. SESI... Terrenos baldios sem vinculação às finalidades essenciais da entidade afastam a imunidade prevista no art. 150, VI, 'c', da Constituição Federal. Precedentes (g.n.). [STF, 2ª T., RE 375715 ED, Rel. Min. Elen Grace, ago/2010].

É improcedente, integralmente, a pretensão desenhada na inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTES os presentes embargos à execução, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC.

Sem condenação em custas e honorários, porquanto já se incorporam ao crédito exequendo (*art. 1º do DL n. 1.025/69*).

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA

5001469-17.2018.4.03.6120

Impetrante: EMPRESA PIONEIRA DE TELEVISAO S/A

Impetrados: DIRETOR GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA-ANEEL, PRESIDENTE DA CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRAS, PRESIDENTE DA COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ - CPFL, DIRETOR PRESIDENTE DA ELEKTRO REDES S.A., DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARARAQUARA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/08/2018

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Empresa Pioneira de Televisão S.A. contra atos das seguintes autoridades: (i) Diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, (ii) Presidente da Eletrobrás, (iii) Presidente da Companhia Piratininga de Força e Luz — CPFL, (iv) Presidente da Elektro Redes S.A. e (v) Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara. A impetrante ajuizou esta ação com o objetivo de se eximir do pagamento de dois adicionais que incidem sobre suas contas de energia elétrica, a saber: adicional do sistema de bandeiras tarifárias e Conta de Desenvolvimento Energético — CDE. Além da exclusão dos adicionais, pede a declaração do direito de compensar os valores que pagou nos últimos cinco anos.

Em resumo, na inicial (fls. 2-25¹) a impetrante ataca o sistema de bandeiras tarifárias, instituído pela Resolução Normativa nº 547/2013 da ANAEEEL. Sustenta que o encargo alterou a política tarifária do serviço público de distribuição de energia, de modo que só poderia ter sido introduzido por meio de lei. Além disso, a mencionada resolução transferiu ao consumidor os riscos econômicos do serviço concedido, encargo que deveria ser absorvido pela concessionária, bem como infringiu a norma que estabelece a periodicidade anual para o reajuste das tarifas.

E mesmo que o sistema de bandeiras tarifárias fosse regular, não se pode dizer o mesmo a respeito da incidência de tributos sobre o adicional tarifário. Isso porque a cobrança de adicionais nos períodos de bandeira amarela e vermelha teve por consequência o alargamento da base de cálculo das contribuições administradas pela Receita Federal que incidem sobre a conta de energia, majoração que se deu ao arrepio da lei.

Quanto ao adicional destinado à Conta de Desenvolvimento Energético, a impetrante sustentou sua inexigibilidade. A uma porque na essência a CDE foi desvirtuada a partir do momento em que deixou de receber recursos da União. A duas porque o modelo atual resulta da ampliação das finalidades da CDE promovidas por decretos em vez de lei formal. Ademais, a CDE possui os contornos de empréstimo compulsório, de modo que só poderia ser criada por meio de lei complementar, sua cobrança deveria se sujeitar ao princípio da anterioridade e deveriam ser estabelecidos prazos para a devolução dos recursos ao contribuinte. E mesmo que todos esses requisitos fossem cumpridos, o encargo continuaria inexigível, uma vez que os recursos emprestados não estão sendo aplicados de forma vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

¹ O PJe possui uma funcionalidade que gera um arquivo pdf dos autos eletrônicos, cujo conteúdo e paginação será o mesmo do arquivo criado em qualquer outra máquina. Em benefício da clareza, as referências a páginas do processo nesta sentença correspondem a esse arquivo pdf.

Além disso, não há correspondência entre as finalidades atribuídas à CDE e o serviço percebido pela impetrante (ausência de referibilidade). Na verdade, a CDE instituiu um subsídio cruzado, por meio do qual a impetrante é compelida a contribuir com o custeio de obras e serviços que não revertem em seu favor.

Segue uma síntese das manifestações dos requeridos.

Delegado da Receita Federal (fls. 231-235): Em preliminar, a autoridade sustenta sua ilegitimidade para integrar o feito, uma vez que não concorreu para a edição dos atos atacados na inicial. Além disso, a Resolução da ANEEL que instituiu o modelo de bandeiras tarifárias não alargou a base de cálculo das contribuições administradas pela Receita Federal que incide sobre a conta de energia, que continua sendo a receita bruta.

Companhia Piratininga de Força e Luz — CPFL (fls. 259-273²): Inicialmente alega não ter legitimidade para integrar a lide, uma vez que as supostas ilegalidades apontadas pela impetrante resultam exclusivamente do cumprimento de atos editados pela ANEEL. A concessionária é mera recolhadora dos adicionais combatidos pela impetrante, de modo que não possui qualquer ingerência sobre a aplicação dos recursos. Ainda a título de preliminar, sustentou a inadequação da via eleita, uma vez que a pretensão da impetrante se dirige à declaração de inconstitucionalidade de norma. No mérito, defendeu a higidez dos adicionais atacados pela autora.

Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL (fls. 278-312): A impetrada arguiu preliminares de decadência da impetração (os atos atacados foram editados há mais 120 dias contados da impetração), ilegitimidade passiva do Diretor-Geral da ANEEL (os atos atacados foram editados pela Diretoria Colegiada da ANEEL, e não por seu Diretor-Geral) e, embora sem nominar assim a prefacial, inadequação da via eleita, sob o argumento de que (i) a matéria demanda dilação probatória e (ii) o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. No mérito, defendeu os encargos questionados pela impetrante. Elencou as razões técnicas e jurídicas para a cobrança dos adicionais e destacou os reflexos para os consumidores na hipótese de suspensão das bandeiras tarifárias e do adicional da CDE.

Elektro Redes S.A. (fls. 462-474): Tal qual a demandada CPFL, a concessionária Elektro Redes S.A. alegou não ser parte legítima, na medida em que apenas cumpre os atos normativos da ANEEL, o que inclui arrecadar os adicionais atacados pela autora. No mérito, defendeu a cobrança dos adicionais das bandeiras tarifárias e da CDE.

Embora notificado (fl. 460), o Presidente da Eletrobrás não apresentou informações.

Em sua manifestação, a União (fls. 500-517) alegou em preliminar que a impetrante não demonstrou sua legitimidade para pleitear a restituição dos tributos questionados. No mérito, defendeu a tributação do adicional das bandeiras tarifárias, uma vez que integram a base de cálculo das contribuições que incidem sobre a tarifa de energia.

O Ministério Público Federal limitou-se a informar que o caso não demanda sua intervenção (fls. 518-519).

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

Preliminares

A impetração se dirige contra encargos que atualmente gravam as contas de energia da impetrante. Dessa forma, embora os atos normativos que os instituíram tenham sido editados

2 Também foi anexada uma versão sem formatação, de idêntico conteúdo (fls. 239-258).

há mais de 120 dias contados ao ajuizamento da ação, não há que se falar em decadência.

Também não verifico hipótese de inadequação da via eleita. A uma porque a impetrante não busca a restituição de eventuais valores recolhidos indevidamente e não alcançados pela prescrição, mas sim a compensação desses valores com créditos vincendos administrados pelos mesmos entes atingidos; não há que se falar, portanto, em utilização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança. A duas porque a declaração de inconstitucionalidade de normas não se apresenta como pedido, mas sim causa de pedir — dito de outra forma, a declaração de inconstitucionalidade não é o destino, mas o caminho. E a três porque a análise das supostas ilegalidades concernentes ao adicional da CDE não demanda dilação probatória, sendo suficiente o confronto entre as alegações da impetrante e as normas aplicáveis.

Por outro lado, as arguições de ilegitimidade passiva devem ser acolhidas em parte. Como bem colocado nas respectivas informações, às concessionárias de energia elétrica compete apenas a arrecadação e repasse dos adicionais questionados. Tendo em vista a absoluta ausência de autonomia em relação a esses encargos, é patente a ilegitimidade das impetradas CPFL e Elektro Redes S.A. Logo, em relação a tais impetradas o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Esse raciocínio não se aplica ao Delegado da Receita Federal. Embora dita autoridade não tenha ingerência sobre a política tarifária promovida pela ANEEL, cujos reflexos incidem na arrecadação dos tributos administrados pela Receita Federal, a impetrante articula questão que está relacionada à atuação do fisco, no caso a suposta ampliação da base de cálculo das contribuições que incidem sobre a conta de energia. Caso a pretensão seja acolhida no ponto, a segurança deverá ser implementada pelo Delegado da Receita Federal, bem como recairá sobre a União (Fazenda Nacional) o ônus referente à compensação dos tributos recolhidos indevidamente, não alcançados pela prescrição. Conforme lição clássica de Hely Lopes Meirelles, *“Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; (...)”*³.

Aliás, falando em efeitos financeiros relacionados ao pagamento de tributos, a legitimidade da impetrante para pleitear a repetição de tributos é evidente, uma vez que o valor das contribuições incidentes sobre a fatura é integralmente repassado pela concessionária ao usuário do serviço de distribuição de energia.

Por fim, rejeito a preliminar de ilegitimidade arguida pelo Diretor-Geral da ANEEL. Conforme mencionado há pouco, a autoridade coatora não é propriamente aquela que pratica o ato que se reputa ilegal, mas sim a que detém a competência de corrigi-lo. Descendo para o caso desta ação, o eventual acolhimento dos pedidos da impetrante resultará na suspensão de cobrança dos encargos (ou de parte deles), medida que deverá ser executada pela autoridade máxima da ANEEL.

Superadas as prefaciais, passo a enfrentar o mérito da impetração.

Inconstitucionalidade e ilegalidade da instituição das bandeiras tarifárias.

A impetrante sustenta que a instituição das bandeiras tarifárias por meio de resolução ofende o art. 175, II da Constituição, pois somente a lei pode alterar a política tarifária. Não bastasse o vício de constitucionalidade, a norma também se revela ilegal, por duas razões: (i) por ofensa ao art. 2º, II da Lei 8.987/1995, na medida em que repassa ao consumidor encargo que integra o risco da prestação do serviço e que, por isso, deveria ser absorvido pela concen-

3 Mandado de segurança. 29 ed. São Paulo : Malheiros Editores. 2006. p. 63.

sionária; (ii) por ofensa ao art. 70, II da Lei 9.069/1995, que estabelece a periodicidade anual para o reajuste das tarifas de energia.

A Lei 9.427/1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL e disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica, estabelece que compete à agência reguladora definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição (art. 3º, XVIII, incluído pela Lei 10.848/2004). Esse dispositivo se articula com outras normas legais que tratam da instituição de mecanismos visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e o rateio dessas despesas entre os consumidores (MP. 2.152-2/2001, Lei 10.438/2002 etc.), tudo com o objetivo de evitar o colapso do sistema de geração de energia (o famigerado apagão), ameaça que ronda o sistema elétrico brasileiro desde o início dos anos 2000.

Dessa forma, ao regulamentar a cobrança do adicional das bandeiras tarifárias, a ANEEL atuou dentro de balizas fixadas em lei, de sorte que não exorbitou de sua competência regulamentar.

A instituição das bandeiras tarifárias também não colide com os dispositivos legais invocados pela impetrante. Está certo que o art. 2º, II da Lei 8.987/1995 determina que a concessionária deve prestar o serviço público concedido por sua conta e risco, porém o alcance dessa disposição não pode ser fixado por meio de leitura reducionista, senão à luz de outros comandos desse mesmo diploma legal e conforme a natureza ínsita das concessões.

Na perspectiva do concessionário, a concessão de um serviço público não é um ato de benemerência, de desapego material em prol da coletividade, mas sim um negócio, que como qualquer outro tem no lucro sua razão de ser. Daí porque um dos elementos essenciais da concessão é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que naturalmente decorre de ajustes na tarifa e/ou a instituição de outras receitas, sempre que esse equilíbrio esteja em risco, sobretudo quando a concessionária não concorreu para o desajuste. A propósito disso, vale lembrar que o art. 11 da Lei 8.987/1995 estabelece que *“No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o art. 17 desta Lei”*.

A concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica atua em duas frentes. Em uma, o concessionário adquire a energia das empresas que atuam na geração; na outra, revende e distribui essa mercadoria a seus consumidores cativos. Em minha leitura, a previsão de que a concessionária deve executar o serviço por sua conta e risco dirige-se às ações de distribuição da energia, e não à aquisição junto aos geradores.

Entre outras obrigações, a concessionária de distribuição deve garantir o fornecimento de energia elétrica segundo padrões mínimos estabelecidos no contrato, tais como períodos máximos de interrupção do serviço, tempo de resposta em caso de interrupção não programada, etc. O cumprimento dessas obrigações, incluído aí a disponibilização dos recursos necessários para a execução do serviço, corre por conta e risco da concessionária. É o caso, por exemplo, da mobilização de equipes extraordinárias para a religação de rede abalada por um vendaval, desforço extra que está compreendido na expressão *“por sua conta e risco”* de que trata a lei que regulamenta as concessões. Todavia, não há como impor à concessionária o ônus de adquirir energia no mercado por preço superior ao que poderá cobrar de seus consumidores finais, sobretudo quando a causa do ágio decorre de causa previsível, porém inevitável, no caso a diminuição do potencial hidrológico, fenômeno de natureza climática e sazonal que

obriga o acionamento das usinas termelétricas, que geram energia a custo mais elevado que as usinas hidrelétricas.

Ainda a propósito dessa questão, transcrevo interessante excerto de sentença que acompanha as informações da ANEEL (fls. 440-443), assinada pela juíza federal Liviane Kelly Soares Vasconcelos: *“Ora, é evidente que, sendo a energia um serviço, o custo do serviço é repassado a quem o demanda, sob pena de o setor ser simplesmente inviabilizado”*.

Melhor sorte não assiste à impetrante quando articula que o sistema de bandeiras tarifárias desafia a norma que determina a periodicidade anual para o reajuste das tarifas (art. 70, II da Lei 9.069/1995). Conforme já referido, a geração de energia elétrica possui um custo variável, que é influenciado pelas condições do cenário hidrológico. A função do sistema de bandeiras tarifárias é corrigir a diferença no custo de aquisição da energia pelas distribuidoras, por meio de um adicional calculado segundo a participação das termelétricas na geração da energia, de modo que quanto maior essa participação, maior o acréscimo tarifário. Justamente por se tratar de uma recomposição dinâmica, que visa refletir o preço atual de aquisição da energia, a fixação dos coeficientes de acréscimo tarifário (representado pela cor das bandeiras) não está sujeita à periodicidade anual.

Cobrança de tributos sobre as bandeiras tarifárias. Ampliação da base de cálculo por norma infralegal. Ofensa aos arts. 146, III, *a* e 150, I *a* da Constituição.

Na visão da impetrante, o sistema de bandeiras tarifárias ampliou a base de cálculo dos tributos que incidem sobre a conta de energia elétrica. Como as bandeiras tarifárias foram instituídas por resolução normativa da ANEEL, resta evidenciada a inconstitucionalidade na cobrança dos tributos, por ofensa ao princípio da legalidade.

A irrisignação não procede.

A base de cálculo dos tributos que incidem sobre a conta de energia é a tarifa. Logo, a majoração da tarifa não resulta em ampliação da base de cálculo dos tributos que sobre ela incidem, pouco importando a causa da majoração, se o reajuste do preço da tarifa, o aumento do consumo ou a incidência de adicional tarifário. É claro que nos período de incidência de bandeira amarela ou vermelha o consumidor paga mais tributos, mas isso não decorre do alargamento da base de cálculo, mas sim do aumento do valor tributável. A base de cálculo está para o valor tributável como o navio está para o rio onde flutua. Se o nível do rio sobe, o navio sobe junto, mas sem que a linha de flutuação se altere.

Penso que esse exemplo ilustra bem o ponto, mas a ANEEL saiu-se com um que é ainda melhor: *“Pelo raciocínio dos autores, se um empregador pagasse mais salário a um empregado, estaria também a alargar a base de cálculo do imposto de renda, o que é absurdo. A base de cálculo dos tributos não sofreu qualquer alteração pela ANEEL. Ainda que as bandeiras tarifárias tivessem produzido aumento da tarifa — algo muito longe da verdade —, isso não importaria ‘alargamento da base de cálculo’, mas tão somente do valor tributável”* (fls. 293-294).

Conta de Desenvolvimento Energético — CDE. Inexigibilidade. Cessação dos aportes da União. Inconstitucionalidade das finalidades instituídas por Decreto. Caracterização de empréstimo compulsório. Ausência de referibilidade. Impossibilidade da instituição de subsídio cruzado.

A Conta de Desenvolvimento Energético — CDE foi instituída pela Lei 10.438/2002, produto da conversão da Medida Provisória nº 14/2002. Na redação original, a CDE visava *“... o desenvolvimento energético dos Estados e a competitividade da energia produzida a partir de*

fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional, nas áreas atendidas pelos sistemas interligados e promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional”. Sucessivas leis (e decretos, conforme será analisado logo mais) alargaram as finalidades da CDE, que hoje almeja mais de dez objetivos.

O § 1º do art. 13 da Lei 10.438/2002, incluído pela Lei 12.783/2013, estabelece que “Os recursos da CDE serão provenientes das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializem energia com consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição, dos pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público, das multas aplicadas pela Aneel a concessionárias, permissionárias e autorizadas, e dos créditos da União de que tratam os arts. 17 e 18 da Medida Provisória no 579, de 11 de setembro de 2012”. Conforme demonstrado pela impetrante, a partir de 2015 a União cessou os aportes à CDE, movimento que demandou novo rateio das despesas entre os contribuintes do fundo e, como não poderia deixar de ser, o aumento das respectivas cotas.

A autora sustenta que esse recálculo é ilegal, uma vez que não se concebe a CDE sem a participação da União. Porém, a ausência de contribuição da União não reveste a CDE de ilegalidade, uma vez que a Lei 10.438/2002 não fixa um percentual de participação mínima a cargo do Tesouro. Além disso, a interrupção dos aportes pela União encontra justificativa no momento histórico, de emergência econômica.

Embora esteja contemplada no rol de cotistas, a participação da União na integralização da CDE é uma decisão de natureza política/discricionária, fortemente influenciada pelo panorama das contas públicas. E como é de conhecimento geral, desde 2014 o Brasil tem atravessado severa crise econômica, talvez a pior de sua história; — basta lembrar que o PIB recuou durante dois anos consecutivos, algo que só havia ocorrido na década de 1930. Na tentativa de reverter o quadro de severo desequilíbrio fiscal, o governo implementou diversas medidas de ajuste, dentre as quais a limitação radical dos desembolsos do Tesouro, corte que praticamente neutralizou os investimentos e pressionou para baixo o custeio — não há órgão público que não sentiu os efeitos do contingenciamento. É nesse contexto que a União cessou os aportes à CDE, o que demandou o rateio da diferença entre os demais participantes do fundo. (Na prática, quem pagou a conta foram os usuários, uma vez que as quotas à CDE são encargos incluídos na tarifa de energia).

A impetrante também não tem razão quando sustenta que a ampliação do rol de finalidades da CDE promovidas pelos Decretos 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014 é inconstitucional, por ofensa ao art. 175 da Constituição. Esse tópico se assemelha à discussão sobre a legalidade da instituição das bandeiras tarifárias, embora neste caso seja ainda mais evidente a ausência de inconstitucionalidade.

Os incisos do art. 13 da Lei 10.438/2003 elencam objetivos a serem perseguidos pela CDE. Ocorre que essa relação de metas não é exaustiva, mas complementar ao objetivo principal da CDE, que é o desenvolvimento energético dos Estados. A relação entre os objetivos enunciados nos incisos e o exposto no caput é demonstrada pelo emprego do conector adverbial aditivo “além de”, a revelar que os objetivos dos incisos se somam ao objetivo expresso na cabeça do artigo. Ademais, tal qual o caput, os objetivos expressos nos incisos I (*promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional*) e II (*garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda*) possuem natureza de norma programática, demandando complementação que lhes confira concretude.

Nessa ordem de ideias, penso que a ampliação das finalidades da CDE por ato infralegal não é inconstitucional, uma vez que as novas metas estão compreendidas nos esforços de promover o desenvolvimento energético dos Estados, a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional e a diminuição do custo da energia aos consumidores de baixa renda.

Ainda a propósito disso, oportuno anotar que o caráter nacional das metas da CDE se contrapõe também à alegação de ausência de referibilidade entre a finalidade e o ônus tarifário, bem como infirma a impossibilidade de criação de subsídio cruzado.

É bem verdade que nem todas as ações financiadas pelos recursos da CDE resultam em benefício percebido diretamente pela impetrante (exemplo disso é o caso destacado na inicial, de utilização da CDE para cobrir os custos com a realização de obras no sistema de distribuição de energia para os jogos olímpicos Rio 2016), mas esse quadro não aponta para a ausência de referibilidade. Os objetivos da CDE possuem caráter nacional e sistêmico, de modo que as ações financiadas com seus recursos não têm por objetivo assegurar benefícios ao usuário na medida de sua participação, mas sim do sistema energético como um todo. Ou seja, a referibilidade da CDE não deve ser buscada dentro de uma determinada categoria de usuários, na proporção de sua participação no fundo, mas sim dentro do sistema de geração e distribuição de energia.

O caráter nacional e sistêmico somado a objetivos com nítido conteúdo de solidariedade social (exemplo: *garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda*) revela que a instituição de subsídio cruzado não encontra vedação na lei. Antes pelo contrário, é meio necessário para a implementação de algumas metas da CDE, notadamente aquelas destinadas a atenuar o custo da energia para o estrato mais carente da população.

Em outra frente, a impetrante aplica à CDE a pecha de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que se trata de empréstimo compulsório instituído ao arrepio da Constituição, uma vez que (i) não foi introduzido no ordenamento jurídico por meio de lei complementar, (ii) não obedeceu ao princípio da anterioridade, (iii) não prevê prazo para restituição das contribuições e (iv) não há vinculação entre a aplicação dos recursos e a despesa que fundamentou sua instituição.

As ponderações dos itens de i a iv estão corretas (de fato, a CDE não foi instituída por lei complementar, não obedeceu ao princípio da anterioridade, etc.), mas nada disso torna o adicional inconstitucional, sobretudo na perspectiva do sistema tributário nacional. E a razão é muito simples: a CDE não possui natureza de empréstimo compulsório, de modo que não se sujeita às formalidades dessa espécie tributária para sua instituição, cobrança e destinação dos recursos. Aliás, vistas as coisas sob a lente da impetrante, a CDE é inconstitucional como empréstimo compulsório, contribuição social, imposto ou qualquer outra obrigação de natureza tributária. No entanto, o adicional em questão não tem natureza de tributo, mas sim de preço público.

Mudando o que deve ser mudado, essa questão já foi examinada pelo STF no RE 576.189, cujo tema era outros adicionais instituídos pela Lei 10.438/2002. Nesse julgado, o Plenário rejeitou a ideia de que os encargos tarifários em questão ostentavam natureza tributária, uma vez que ausente a compulsoriedade que caracteriza os tributos. Eis a ementa desse importante precedente:

TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS CRIADOS PELA LEI 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO. I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária. II - Encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos. III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez. IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos à política tarifária governamental. V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. VI - Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento. (RE 576189, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 22/04/2009).

Tudo somado, a segurança deve ser denegada.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA, extinguindo o feito (i) sem resolução de mérito em relação às impetradas CPFL e Elektro Redes S/A, com fundamento no art. 485, VI do CPC (ilegitimidade) e (ii) com resolução do mérito quanto aos demais impetrados, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem honorários advocatícios, em face do disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pela impetrante.

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

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Dê-se ciência ao MPF.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT