

# Sentenças





## **AÇÃO PENAL**

**0001385-73.2009.4.03.6005**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: EURICO SIQUEIRA DA ROSA

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

Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FERDEMAN SALDANHA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2016

Vistos,

### **RELATÓRIO**

Trata-se de ação penal pública movida pelo Ministério Público Federal em desfavor de *EURICO SIQUEIRA DA ROSA*, como incurso nas penas do artigo 313-A do Código Penal, por ter inserido dados falsos no sistema do Programa Bolsa Família no Município de Antônio João, com o objetivo de auferir vantagem financeira indevida.

Narra a denúncia que o acusado *EURICO SIQUEIRA DA ROSA*, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, obteve na condição de coordenador do Programa Bolsa Família indevidamente o montante de R\$ 2.116,00 (dois mil cento e dezesseis reais) ao colocar como seu filho, na qualidade de dependente, seu gato de estimação, Billy Flores da Rosa.

A denúncia foi recebida em 01 de Junho de 2009(fl. 77).

A ré foi citada (fl. 136) e apresentou em seguida resposta à acusação (fls. 144/150).

Instrução do feito realizada com a produção da prova oral às fls. 279/286, no qual foram ouvidas as testemunhas Almiro Adão dos Reis Pereira, Luciane Freitas Simplício, Maria Theresa Felix Viana Cremasco, Jussara Pires Fernandes, Joel Aparecido Barbosa Pereira e Dirlon

O réu foi interrogado às fls. 301/302.

A acusação apresentou suas alegações finais às fls. 309/320, reiterando o pedido condenatório em relação à parte ré. Afirmou restarem comprovadas tanto a materialidade quanto a autoria do delito inculcado no art. 313-A do Código Penal.

A defesa, em razões derradeiras às fls. 333/340, sustentou que tudo se tratou de problemas políticos, que o procedimento administrativo foi nulo e, sendo assim, o réu deve ser absolvido em respeito ao princípio do *in dubio pro reu*.

Vieram-me os autos conclusos.

É O BREVE RELATÓRIO.

DECIDO.

*B – FUNDAMENTAÇÃO:*

De início, registro que o feito encontra-se formalmente em ordem, com as partes legítimas e bem representadas, inexistindo vícios ou nulidades a serem sanadas.

Não havendo, igualmente, quaisquer preliminares aventadas, passo à análise meritória.

*MÉRITO*

*Do crime do art. 313-A do Código Penal.*

O delito de inserção de dados falsos em sistema de informações inculcado no art. 313-A do Código Penal tem como objetivo albergar a conduta que visa obter vantagem indevida pelo servidor, que, mediante fraude, insere, ou facilita a inserção de dados falsos nos sistemas, ou

banco de dados da Administração Pública.

O crime só pode ser cometido por funcionário autorizado, se tratando, portanto, de crime próprio.

Deve-se entender que o elemento subjetivo do delito é o dolo específico de obter vantagem indevida e, por se tratar de crime formal, consuma-se com a mera inserção dos dados falsos no sistema de informação. Pode ser classificado como crime instantâneo de efeitos permanentes.

*Da materialidade e da autoria delitiva.*

A existência material do crime previsto nos art. 313-A, CP restou certa e determinada com a prova judicial.

Da prova produzida nos autos, se percebe farto material probatório a indicar a ocorrência da inserção de dados falsos no sistema de base de dados da administração, que permitiu a obtenção de vantagem ilícita. Nesse fim, consta o Processo Administrativo nº 001/2008 instaurado pela Prefeitura Municipal de Antônio João/MS (fls. 17/70 do apenso 2). Particularmente, atento fl. 60 que consta o nome de Billy Flores da Rosa como beneficiário do programa de assistência. Corroborava tal ocorrência os próprios depoimentos testemunhais nesse sentido (fls. 279/286), que reiteraram, em juízo, o apurado na esfera administrativa. Particularmente o depoimento da testemunha Almiro Adão dos Reis Pereira que foi quem descobriu que Billy, na verdade era um gato e não dependente do réu.

No mais, se percebe que em nenhum momento a defesa negou a ocorrência de tal inserção falsa, mas apenas se ateve à negativa de autoria.

Quanto à autoria, a prova produzida em juízo é igualmente farta em amparar a denúncia do *parquet* federal.

Corroborando tal conclusão, atenha-se ao depoimento do réu que, em procedimento administrativo, confessa o delito:

Disse que inventou um nome fictício para colocar no cadastro para que a beneficiária recebesse R\$ 20,00 mensais a mais, disse ainda que fez por estar passando dificuldades financeiras e esse dinheiro seria de grande ajuda pois Anderson recebia R\$ 62,00, tendo como responsável Raquel Fernandes Flores, e com mais o cadastro de Billy passaria a receber R\$ 82,00, ficou de 4 a 5 meses recebendo esse valor e quando ficou sabendo que estavam questionando a sua esposa sobre o filho Billy, excluiu o cadastro de Billy, cadastrando nesse mesmo NIS o nome de Andressa Flores da Silva (...) Quando questionado sobre o nome de Brendo Flores da Silva, ele disse que o mesmo é filho da irmã de Raquel que mora na fazenda, sra. Marileide Leandro Flores, mas que o mesmo nunca foi cadastrado no Programa Bolsa Família, então, como Anderson Flores da Silva morava com Raquel, por isso foi cadastrado o nome de Raquel Fernandes Flores como responsável legal no Programa Bolsa Família (fl.29 do apenso 2).

Todavia, o réu negou o fato a ele imputado em interrogatório judicial. Alegou que todo procedimento administrativo foi “armado” pelo Prefeito do Município. Afirmou também que a confissão no procedimento administrativo ocorreu de maneira induzida, uma vez que estava sem a presença de advogado.

Entendo que o argumento defensivo carece de verossimilhança mínima. A suposta coação que alega ter sofrido no procedimento administrativo não é minimamente lógica, seja porque o próprio afirma não ter sido obrigado a nenhuma autoacusação, como a presunção lógica é não confessar sem razão o cometimento de um crime, ainda mais num procedimento

administrativo que tem por fim a própria demissão do servidor dos quadros da administração pública. Atenta-se que o normal é negar mesmo culpado e não assumir o ato ilícito quando inocente. No mais, essa suposta coação, ou interferência política não encontra embasamento algum nos autos. A defesa em nenhum momento arrolou testemunhas, ou produziu provas que indicasse tratar de uma grande armação contra o ex-servidor.

Por fim, é de entendimento pacífico a desnecessidade de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar, não sendo argumento para nulificar tal procedimento, quiçá para interferir na condenação penal, uma vez conhecida a separação das searas. O réu teve todo um procedimento judicial para provar sua versão negativa de autoria. O que não ocorreu.

A testemunha de defesa Dirlon Ifran Veron foi apenas abonatória, afirmando que talvez um dos motivos do réu ter agido dessa maneira, foi que à época “comprou um carro, não deu conta de pagar, então devolveu o carro e o salário dele era tudo para pagar dívida, então tinha empréstimo, então ele era um cara financeiramente bem precário”. (fl. 286). A testemunha afirmou também que à época do suposto delito só morava o réu e a esposa, sem quaisquer tipos de dependente.

Por todo o exposto, tenho por suficientes as prova de materialidade e autoria delitiva. Passo à análise da tipicidade e das demais teses defensivas.

### *1.3- Da tipicidade delitiva e das demais teses defensivas*

O delito se encontra caracterizado em seu tipo objetivo, uma vez que ocorreu a inserção de dados falsos em sistema da Administração, do mesmo modo se encontra presente o tipo subjetivo, uma vez demonstrado o fim específico de obter vantagem ilícita para si.

Não há no caso quaisquer causas excludentes da ilicitude, ou da culpabilidade. O argumento utilizado pelo réu em procedimento administrativo de estar passando por dificuldades financeiras é falho, pois a fraude a programa social que alberga milhões de necessitados não é a forma adequada – ou mesmo desesperada – para resolver situação de miséria. No mais, o réu era o responsável pelo cadastro dos necessitados ao Programa Social, sendo servidor público, longe de caracterizar uma situação de miséria.

A ação do réu de fraudar programa social apenas para auferir vantagem econômica é de inegável gravidade. Mesmo que o valor econômico auferido não seja de grande monta, o fato de ter inserido o nome de seu gato de estimação como dependente é atitude não só ilícita contra o patrimônio estatal – ou seja, de todos – mas verdadeira piada a atingir aqueles que realmente necessitam de tal dinheiro para viver com um mínimo de dignidade. A fraude já é suficientemente grave, o ilícito com toques de humor negro é o pilar de um agir antiético e antijurídico.

Pelo exposto, não há alternativa no caso dos autos do que a condenação do réu pela conduta inculpada no artigo 313-A do Código Penal.

### *1.3-Do crime continuado*

No que tange ao artigo 313-A do Código Penal, a denúncia imputa a inserção de dados falsos no sistema do programa social por 4(quatro) vezes. Como destacado na denúncia:

Inicialmente substituiu o nome de Billy pelo de seu sobrinho Brendo (mês de outubro) e posteriormente o nome de Brendo pelo de sua sobrinha Andressa Flores da Silva (mês de dezembro), e por último, substituiu o nome de sua esposa Raquel pelo de sua cunhada Marileide Leandro Flores como beneficiária legal dos menores (fl. 105)

Em depoimento testemunhal, Jussara Pires Fernandes afirmou que, após os comentários

na cidade sobre a descoberta “do caso Billy”, o réu passou a trocar o nome do gato por outros de sua família, entre eles o de Brendo. Afirmou também que tal fato foi apurado em procedimento administrativo presidido pela própria testemunha (fl. 286). Dessa forma, o réu comprovadamente inseriu dados falsos em sistema da Administração Pública para obter vantagem indevida por 4(quatro) vezes. O delito, em comento, se trata de crime formal, instantâneo e de efeito permanente, portanto a conduta típica foi realizada em quatro oportunidades distintas, perfazendo quatro delitos autônomos, como narrado na peça acusatória e comprovada nos autos processo.

Todavia, atenta-se para a possibilidade de aplicação do regramento do crime continuado, uma vez que estão presente as mesmas condições de tempo (alguns meses), lugar (nas dependências da Administração Pública) e maneira de execução (a partir da utilização de senha que lhe permitia inserir os dados falsos no programa social).

A porcentagem de aumento na continuidade delitiva deve se basear no número de crimes efetuados. Entendendo toda a trama delitiva e por se tratar de 4(quatro) condutas de inserção de dados falsos, fixo o aumento em  $1/4$ , já que se parte de  $1/6$ , quando há apenas 2 (duas) condutas, podendo atingir até  $2/3$ , a partir da sexta conduta (art. 71 do CP).

*C – DISPOSITIVO:*

Ante o exposto, julgo *PROCEDENTE* o pedido formulado na denúncia, para *CONDENAR*, *EURICO SIQUEIRA DA ROSA* por ele ter violado a norma do art. 313-A do Código Penal c/c art. 327 §2º, por quatro vezes, aplicando o regramento do art. 71 do Código Penal, razão pela qual passo a dosar-lhe a pena, individual e isoladamente, em estrita observância ao que estabelece o art. 68 do CP.

*Acusado EURICO SIQUEIRA DA ROSA:*

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que o réu agiu com culpabilidade exacerbada à espécie. Tal circunstância não se confunde com a culpabilidade pressuposto da aplicação da pena e sim deve ser entendida como a reprovação social que o crime merece. No caso, a reprovabilidade é alta, uma vez que se tratava do responsável legal por incluir/excluir as pessoas de importante programa social, dessa forma, agiu com reprovabilidade maior à espécie penal. Considero, assim, negativa tal circunstância. O réu não possui maus antecedentes, motivo pelo qual nada se tem a valorar nesse aspecto; os dados acerca de sua conduta social são neutros e não há pareceres psicológicos que possam aferir sobre a sua personalidade, portanto não valoro negativamente tais circunstâncias. Os motivos do crime são próprios à norma penal e por ela reprovada, qual seja, aferir indevidamente vantagem econômica a partir da inserção de dados falsos em sistema da administração, portanto não valoro tal circunstância.

Quanto às circunstâncias do crime, elas compõem o *modus operandi* empregado na prática do delito, composta pelos elementos que não estão ínsitos ao próprio tipo penal, como as circunstâncias de tempo, de lugar e o próprio objeto utilizado para o delito. No caso, ao utilizar o nome de seu gato de estimação, como membro da família, para se beneficiar do programa social, o autor literalmente fez piada, não só com o Estado, como também com a própria sociedade que depende de tais recursos econômicos para uma vida mais digna. Valoro negativamente também essa circunstância judicial. No que se referem às consequências do crime, elas são também negativas, uma vez que são analisadas como resultado da ação do agente, ou seja, os efeitos práticos de sua conduta. No caso, o dano causado pelo réu é de grande monta, não circunscrita ao mero valor econômico, mas principalmente pelo valor ético de tal conduta, longe de ser ínsito ao tipo penal em espécie. Não há que se falar de comportamento da vítima, razão pela qual nada se tem

a fixar nesse ponto. Logo, estabeleço a pena base no patamar de 6(seis) anos e 6(seis) meses de reclusão para cada uma das 4 condutas tipificadas no art. 313-A do Código Penal, com pena de multa fixada em 210 (duzentos e dez) dias multa igualmente para cada uma das condutas.

No que se refere às agravantes, se faz necessário aplicar a agravante inculpada no art. 61, II “b” do Código Penal, uma vez que a segunda, a terceira e a quarta inserção de dados falsos foram cometidas para facilitar a ocultação do primeiro crime. No caso, se trata de 4(quatro) delitos autônomos do art.313-A. Isto é, o réu inseriu os nomes falsos de Brendo, Andressa e Raquel com o fim de ocultar o crime antecedente de ter inserido o nome de seu gato de estimação nas bases do Programa Bolsa Família. Agravado, portanto, a pena desses 3(três) crimes ficando, assim, a pena intermediária em 6(seis) anos e 6(seis) meses de reclusão para primeira conduta tipificada no art. 313-A do Código Penal, com a pena de multa fixada em 210 (duzentos e dez) dias multa e pena de 7 (sete) anos, 7(sete) meses de reclusão, com 245(duzentos e quarenta e cinco) dias multa para a segunda, a terceira e a quarta conduta inculpada no art. 313-A do Código Penal

No que se refere às circunstâncias atenuantes, reconheço a ocorrência da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), e, assim, atenuo a pena. Mesmo o réu tendo negado em juízo o cometimento do delito, seu depoimento em PAD possibilitou a esse juízo acrescer mais um forte elemento indiciador de sua conduta delitativa. Dessa forma, é justo que o réu se beneficie de tal atenuante. Fica, assim, a pena intermediária fixada em 5(cinco) anos e 5(cinco) meses de reclusão, com 175 (cento e setenta e cinco) dias multa para a primeira conduta e 6 (seis) anos, 3(três) meses e 25(vinte cinco) dias de reclusão e 204(duzentos e quatro) dias multa para a segunda, a terceira e a quarta conduta inculpada no art. 313-A do Código Penal.

Quanto às causas de aumento, primeiramente deve ser aplicada a causa objetiva inculpada art. 327 §2º do Código Penal. O réu era funcionário público à época dos fatos, pois exercia o cargo de provimento efetivo de Inspetor de Alunos, exercendo o cargo em comissão de Gestor do Programa Bolsa Família (fl. 266 do Apenso 1). Sendo, assim, sua pena passa a ser de 7(sete) anos, 2(dois) meses e 20(vinte) dias de reclusão, com 233(duzentos e trinta e três) dias multa para a primeira conduta e 8(oito) anos, 5(cinco) meses e 3(três) dias de reclusão, com mais 272 (duzentos e setenta e dois) dias multa para a segunda, a terceira e a quarta conduta inculpada no art. 313-A do Código Penal.

Quanto à continuidade delitativa, deve de acordo com o art. 71 do Código Penal aplicar à pena mais grave o aumento decorrente da continuidade. Como tratado no tópico específico, tal valor foi estabelecido em  $\frac{1}{4}$ , sendo a pena mais grave de 8(oito) anos, 5(cinco) meses e 3(três) dias de reclusão, com mais 272 (duzentos e setenta e dois) dias multa, fica a *pena definitiva fixada em 10(dez) anos, 6(seis) meses e 11(onze) dias de reclusão. Os dias multa passam a ser fixados em 340 (trezentos e quarenta) dias multa.*

O valor do dia/multa deve guardar proporcionalidade com a renda do condenado. No caso em comento, o réu afirma estar empregado em Campo Grande, recebendo valor próximo ao salário mínimo. Fixo, assim, *o valor do dia/multa em 1/30(um trigésimo) do salário mínimo.*

Frente ao art. 33, § 2º, a, do CP, determino o *regime inicial fechado* para o cumprimento da pena acima fixada, tendo em vista os critérios objetivos nele ditado.

Na hipótese, outrossim, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a expressa disposição do inciso I, do art. 44 do Código Penal, que veda a substituição quando a aplicação da pena privativa de liberdade for superior a 04 (quatro)

anos, como é o caso desses autos. De igual modo, inexistente o requisito objetivo necessário para a concessão do *sursis* penal.

Deixo de fixar valor mínimo de indenização, porque se trata de matéria não debatida em Juízo, em preservação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Aplica-se o efeito genérico da perda do cargo, emprego, ou função, que consta no art. 92, I, “b” do Código Penal.

#### *DA PRISÃO PREVENTIVA*

A prisão cautelar só pode ser admitida, quando for demonstrada, objetivamente, a necessidade da segregação do investigado.

Para tanto, além da prova da materialidade do crime e indícios de autoria (*fumus comissi delicti*), deve coexistir um dos fundamentos que autorizam a decretação (*periculum libertatis*): para garantir a ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Quanto ao *fumus comissi delicti*, estes se encontram presentes, uma vez se tratar de sentença condenatória, ocorrida após todo um processo judicial, no qual se deu ao réu o pleno direito de exercer sua ampla defesa. Ao final, ficou provado o cometimento do delito pelo réu.

Todavia, no que tange ao *periculum libertatis*, observo que ele não se encontra. O réu respondeu todo o processo em liberdade e não exerce mais o cargo público que poderia lhe propiciar uma reincidência criminosa. Sendo assim, a manutenção da liberdade é medida que, por ora, se justifica.

#### *-disposições finais:*

Oportunamente, após o trânsito em julgado desta sentença, efetivem-se as seguintes providências:

- a) lance-se o nome do réu no rol dos culpados;
- b) condene o réu ao pagamento das custas processuais
- c) oficie-se ao TRE deste ente federado, comunicando-o da condenação dos réus e encaminhando-lhe cópia desta decisão, para os fins do art. 71, §2º, do Código Eleitoral, combinado com art. 15, III, da CF-88;
- d) oficie-se ao órgão responsável pelo cadastro de antecedentes criminais, encaminhando-lhe cópia desta decisão.

São Paulo, 12 de Agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** **0001135-12.2011.4.03.6121**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Réus: NEUSA RODRIGUES DOS SANTOS E MUNICÍPIO DE UBATUBA  
Assistentes litisconsorciais: UNIÃO E ESTADO DE SÃO PAULO  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP  
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES  
Disponibilização da Sentença: REGISTRO TERMINAL 13/05/2016

### **I – RELATÓRIO**

Trata-se de ação civil pública, proposta em 20/05/2009 pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Neusa Rodrigues dos Santos e Município de Ubatuba, em que se pretende, em síntese, condenar os réus solidariamente à obrigação de não fazer consistente em cessar atividade degradadora ao meio ambiente em razão de construção (pousada) em área considerada bem comum do povo (Praia de Picinguaba – Ubatuba-SP), bem como obrigação de fazer a partir da recuperação da vegetação suprimida, demolição das edificações e remoção de entulho, sob pena de multa diária.

Quanto às medidas de recuperação, requer sejam precedidas de apresentação de projeto de recuperação ambiental da área degradada perante a Fundação Florestal, para aprovação, implantação e monitoramento pelo prazo de 3 (três) anos. Ainda, na inviabilidade de cumprimento da obrigação de fazer, pede pela condenação dos réus no pagamento de indenização, a ser recolhida ao fundo especial de despesa de reparação dos interesses difusos lesados, previsto na Lei nº 6.536/1989.

Em sede de liminar, a parte autora requereu o “embargo judicial da área, devendo cessar imediatamente o desmatamento, roçada e manutenção do jardim, plantio de espécies exóticas, promoção de novas edificações e poluição, ou qualquer outra forma de destruição vegetal e da natureza”, sob pena de multa diária, e ainda a expedição de mandado de constatação. Juntou documentos.

Pelo Juízo Estadual foi afastada a prevenção em razão da inexistência de conexão com os autos nº 642.01.2004.002447, ante a ausência de identidade de objeto ou de causa de pedir, ordenando a livre distribuição do feito (fl. 32).

Decisão do Juízo Estadual concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, determinando o embargo judicial da área, com a proibição de corte de vegetação, novas construções ou ampliações e reformas das obras já existentes, sob pena de crime de desobediência, bem como a expedição de mandado de constatação (fl. 113/114).

Citados, os réus Neusa Rodrigues dos Santos e Município de Ubatuba apresentaram contestação, sendo que pelo Município houve denúncia da lide em relação ao Estado de São Paulo (fl. 117/119 e 207/221).

Réplica pelo Ministério Público Estadual (fl. 224/227).

Pelo Estado de São Paulo foi requerido o ingresso no feito como assistente litisconsorcial, no pólo ativo, sob as razões expostas (fl. 237), o que foi admitido pelo Juízo Estadual (fl. 240).

Manifestação das partes em especificação de provas (fl. 228), tendo os réus Neusa e Município de Ubatuba afirmado não terem interesse na produção de provas, e o Ministério Público se manifestado pelo julgamento antecipado da lide (fls. 229, 244, 283).

A ação tramitou inicialmente perante a Justiça Estadual, sendo que, em razão da manifestação da União Federal pelo interesse no feito (fl. 256/264), os autos foram remetidos à Justiça Federal (fl. 266).

Em razão de decisão do Juízo Federal de Taubaté, houve a retificação da autuação, para fazer constar no pólo ativo da ação o Ministério Público Federal, bem como a União Federal e o Estado de São Paulo como assistentes litisconsorciais do pólo ativo (fl. 315), não tendo havido qualquer oposição das partes.

Após manifestações da ré (fl. 284/286 e 319), parecer do Ministério Público Federal (fl. 326/328) e petição da União pelo julgamento antecipado, foram os autos conclusos para sentença, tendo na sequência sido remetidos a este Juízo em declínio de competência, sob as razões expostas (fl. 333), das quais tomaram ciências as partes.

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

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 – PRELIMINARMENTE

#### II.1.1 - COISA JULGADA

Nos termos da decisão proferida pelo Juízo Estadual de Ubatuba, tão logo da distribuição da presente ação civil pública, restou consignada a inexistência de conexão destes autos como com os autos nº 642.01.2004.002447, ante a ausência de identidade de objeto ou de causa de pedir (fl. 32).

Verifica-se que a ré Neusa se refere à ação demolitória proposta em 05/08/1992 pela Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Ubatuba-SP em face de Walter Karl Valentin Schwind e outros, dentre os quais o então esposo da ré, que tinha por objeto a demolição de “construções irregulares erigidas na Praia de Picinguaba, na Zona 1 – Zona da Orla Marítima, sem a devida e necessária autorização do Poder Público Municipal” (fl. 128/129).

Ocorre que, além de inexistir identidade de partes entre os feitos, e ainda a ação demolitória se voltar em face de obras irregulares situadas na Praia de Picinguaba, em geral, tendo objeto distinto da presente ação civil pública, que se refere especificamente sobre a edificação de construção de pousada com fins comerciais em área de praia e desrespeito a embargo administrativo pela ré Neusa, sobredita ação foi julgada extinta sem resolução de mérito (fl. 128/135).

Ademais, em relação à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual em face de Flávio Castro Paula, do mesmo modo não se identifica qualquer identidade, visando aquela, segundo documentos dos autos, a demolição de “muro de arrimo construído em seu imóvel localizado no Núcleo Picinguaba” (fl. 137/199), tendo, portanto, objeto distinto da presente ação, restando afastada a alegação de coisa julgada sobre a matéria objeto destes autos.

#### II.1.2 - ILEGITIMIDADE DE PARTE

Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual suscitada pelo Município de Ubatuba (fl. 208), não se sustenta, ante a função institucional conferida ao Ministério Público em geral para “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, nos termos da CF/88, art. 129, inciso III, somado ao princípio da unidade do Ministério Público (CF/88, art. 127, § 1º), independentemente de se tratar de eventual degradação e construção em área de terreno de marinha, conforme se alega na petição inicial, o que deverá ser objeto do mérito da presente ação.

Ademais, considerando que a presente ação fora proposta inicialmente perante o Juízo

Estadual, de fato era do Ministério Público do Estado de São Paulo a atribuição para oficiar perante a Justiça Estadual em defesa do meio ambiente, não havendo em que se falar de sua ilegitimidade ativa.

Por tais motivos, rejeito as preliminares de coisa julgada suscitada pela ré Neusa e de ilegitimidade ativa aduzida pelo Município de Ubatuba.

## II.2 – MÉRITO

### II.2.1 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERRENO DE MARINHA – PRAIA – BEM DE USO COMUM DO POVO – CONSTRUÇÃO IRREGULAR – POUSADA - EMBARGOS - DEMOLIÇÃO

A presente ação civil pública foi proposta em face dos réus em razão da ocupação e devastação ambiental de área situada na Praia de Picinguaba, em Ubatuba-SP, no interior do Parque Estadual da Serra do Mar, a partir da edificação de construção de pousada com fins comerciais pela ré Neusa Rodrigues dos Santos em área de praia, considerada bem de uso comum do povo.

Conforme documentos que instruem a petição inicial, a construção edificada teria sido objeto de embargo administrativo, sendo que a ré Neusa, em desrespeito à ordem administrativa, permaneceu na degradação da área a partir da continuidade da edificação da construção da pousada a partir de “rancho de pesca” e impermeabilização do solo, o que causou sérios danos ao meio ambiente e à sociedade em geral.

Em razão da matéria objeto desta ação civil pública, faz-se oportuna a análise da legislação que dispõe de alguma forma sobre a ocupação de faixa litorânea, dos terrenos de marinha e acrescidos de marinha e das praias, sendo estas ordinariamente consideradas bem de uso comum do povo.

Os terrenos de marinha e as praias marítimas são considerados bens da União, conforme previsão do art. 20, incisos IV e VII da Constituição Federal de 1988:

#### DA UNIÃO

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

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; (...).

VII - *os terrenos de marinha e seus acrescidos*;

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 deste 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).*

Com efeito, o domínio da União sobre os terrenos de marinha e acrescidos é decorrência da própria previsão constitucional e não requer registro no cartório de registro de imóveis, conforme jurisprudência pacífica sobre a matéria.

Constitui competência 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, conforme Lei nº 9.636/1998, arts. 1º e 2º:

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, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada.*

Art. 2º *Concluído, na forma da legislação vigente, o processo de identificação e demarcação das terras de domínio da União, a SPU lavrará, em livro próprio, com força de escritura pública, o termo competente, incorporando a área ao patrimônio da União.*

Parágrafo único. *O termo a que se refere este artigo, mediante certidão de inteiro teor, acompanhado de plantas e outros documentos técnicos que permitam a correta caracterização do imóvel, será registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente. (Grifou-se).*

Quanto às praias, sob fundamento no teor exemplificativo do art. 99, inciso I, do Código Civil, são consideradas bens públicos de uso comum do povo:

#### *Dos Bens Públicos*

Art. 98. *São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.*

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.*

(...)

Art. 102. *Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.*

Art. 103. *O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.*

As praias são bens públicos da União e de uso comum do povo, cujo uso é atribuído à sociedade em geral, sendo vedado o uso de um particular que obsta o uso ou o acesso dos demais.

Nosso ordenamento jurídico não contempla as chamadas praias particulares ou o uso da praia pelo particular que exclui o uso pelos demais.

A Lei nº 7.661/1988, que criou o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, em seu art. 10, deu o conceito legal de praia e sua natureza de bem público de uso comum do povo, nos seguintes termos:

*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.*

*§ 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.*

Registradas essas considerações acerca da evolução legislativa relativa aos terrenos de marinha e acrescidos de marinha e às praias, passa-se à análise do caso concreto.

Verifica-se que a ré Neusa Rodrigues dos Santos, em sua contestação aos termos da petição inicial (fl. 117/119), limitou-se a suscitar a preliminar de coisa julgada, já rejeitada nos termos da fundamentação. Contudo, em relação aos fatos lhe imputados relativos à degradação ambiental a partir de edificação de construção de pousada com fins comerciais em área de praia, bem de uso comum do povo, bem como em face do pedido de demolição, recuperação ambiental e remoção de entulhos, não apresentou qualquer oposição, não tendo se desincumbido de prova fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora (CPC, art. 373, inciso II).

A partir do conjunto probatório acostado aos autos restou suficientemente demonstrado que a ré Neusa é proprietária de uma edificação situada na Avenida Beira Mar, nº 243, Praia de Picinguaba, em Ubatuba, tendo realizado a construção ilegal da “Pousada sobre as Ondas” (Laudo de Constatação de Dano Ambiental - fls. 51/60) com fins comerciais a partir de “rancho de pesca” situado em área de praia, a partir de reforma e ampliação sem as licenças necessárias do Poder Público, bem como em desacordo com as normas e leis de proteção ao meio ambiente.

Conforme vistoria realizada pela Fundação Florestal na área em que se encontra situada a construção irregular da autora, em 2006, foi realizado embargo administrativo através do Termo de Suspensão de Atividade nº 004/06 (fl. 38/40), tendo na sequência sido constatado o desrespeito pela ré Neusa ao embargo imposto, bem como que “o material apreendido e registrado foi utilizado para terminar a obra” (fl. 04), motivo pelo qual foi imposta em 2007 ordem de demolição da construção irregular, remoção de entulhos e limpeza do local, conforme Laudo de Constatação de Dano Ambiental nº 005/07 e Relatório Fotográfico (fl. 51/60), em que constou:

*Em vistoria realizada em 07/10/06 pela equipe de Fiscalização do Núcleo Picinguaba, Instituto Florestal, constatou-se que na propriedade da Sra Neusa Rodrigues dos Santos (Pousada das ondas) estava sendo efetuado reforma e ampliação sem licenças legíneas das auto-*

*ridades competentes, caracterizando a sua ocupação irregular dentro do Parque Estadual da Serra do Mar, em desacordo com as normas e leis ambientais, quando foram registrados os documentos acima mencionados.*

*Em nova vistoria ao local constatou-se que a indicada desrespeito o embargo administrativo do Instituto Florestal de nº 004/06 de 07/10/2006 dando continuidade a obras ali existentes usando material apreendido e registrado no Termo de Apreensão nº 004/06 de 07/10/06, para terminar a obra deixando parte do entulho nos fundos da casa, conforme pode ser verificado no relatório fotográfico em anexo.*

*Cabe ressaltar que a Sra Neusa Rodrigues dos Santos não é tradicional do lugar, e que na época isto ó por volta do final dos anos 80, a mesma junto com seu marido hoje falecido, comprou um rancho de canoa que existia ali e depois de varias reformas e ampliações transformando em uma pousada, sobre as pedras que embelezava aquela praia (Fl. 51/52 – Grifou-se).*

Segundo consta, a obra irregular edificada pela ré Neusa ainda foi objeto de embargo pelo Município de Ubatuba, que foi sucedido de auto de multa, em razão do descumprimento pela ré Neusa em relação aos termos do embargo administrativo realizado pela Municipalidade.

Com efeito, quanto ao réu Município de Ubatuba, considerando a relevância das alegações em sua contestação (fl. 207/221), bem como que, uma vez constatada a irregularidade da ocupação pela ré Neusa, procedeu ao embargo administrativo e auto de multa em 2007 em face da ré e proprietária Neusa (fl. 79/89), não se fazem presentes elementos suficientes à sua responsabilização pelos desmandos perpetrados pela proprietária da construção irregularmente edificada, em contrariedade inclusive à ordem de embargo pela Municipalidade.

Conforme inclusive consta da petição inicial, “o Município tomou conhecimento dos fatos por meio de comunicação do Ministério Público. Na sequência, procedeu à fiscalização na área e constatou que o imóvel encontrava-se irregular, razão pela qual embargou a obra e iniciou-se o processo administrativo, em 17.01.2007”, estabelecendo inclusive na Lei Orgânica Municipal que “Artigo 213 – O Município adotará as medidas necessárias para assegurar a todo cidadão o livre acesso às praias de seu território”, como bem destacou o autor.

Contudo, pretender o autor responsabilizar o Município de Ubatuba ante o descumprimento do embargo administrativo pela ré Neusa, quando esta sequer cumpriu o embargo da Fundação Florestal e 2006 (fl. 38/40) e tampouco a notificação do próprio Ministério Público de 2009 (fl. 111), seria buscar ampliar por demais o espectro de responsabilidade decorrente da inobservância pela ré Neusa aos atos administrativos, bem como à lei, o que não deve prevalecer sob pena de indevida responsabilidade objetiva da Administração Pública, o que não se aplica no presente caso.

A responsabilidade da Administração Pública Municipal em casos de omissão do Poder Público, diversamente da responsabilidade objetiva do poluidor-pagador (Lei nº 6.938/1981, art. 14, § 1º), é subjetiva, ou seja, deve ser exaustivamente comprovada, conforme jurisprudência consolidada a respeito da matéria. Todavia, na medida em que houve atuação do Município de Ubatuba para reprimir a construção irregularmente edificada pela ré Neusa, não se verifica a necessária omissão do Poder Público na defesa do meio ambiente que poderia dar ensejo à sua responsabilização em caráter solidário.

Por outro lado, nos termos dos documentos comprobatórios que instruem a petição inicial, além do embargo administrativo lavrado pela Fundação Florestal e pelo Município de Ubatuba, consta ainda informação da Secretaria de Patrimônio da União – SPU no sentido da ausência de inscrição de ocupação (RIP) em nome da ré Neusa, o que evidencia inclusive a irregularidade da ocupação perante o órgão federal.

Nos termos do Ofício nº 881/2008/Gabinete/GRPU/SP, da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, sobre a ocupação e construção realizada pela ré Neusa:

*(...) Ainda, se a ocupação compromete a integridade de área de preservação ambiental, não será possível a regularização perante este órgão, conforme disposto na Lei nº 9636/98, inciso II, artigo 9º (...) (fl. 99).*

Por oportuno, dispõe o art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.636/1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União:

*Da Inscrição da Ocupação*

*(...)*

*Art. 9º É vedada a inscrição de ocupações que:*

*(...)*

*II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança nacional, de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais e de implantação de programas ou ações de regularização fundiária de interesse social ou habitacionais das reservas indígenas, das áreas ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação e das áreas reservadas para construção de hidrelétricas ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei.*

Todavia, pela ré houve flagrante descumprimento à ordem de paralisação da construção em área de praia objeto de embargos administrativos lavrados pela Fundação Florestal e pelo Município de Ubatuba, tendo ainda desatendido notificação do Ministério Público Estadual para adoção de medidas de recuperação (fl. 111), sendo este conjunto de ações e omissões da ré Neusa o que motivou a presente ação civil pública, remetendo ao Poder Judiciário o total desrespeito da ré Neusa aos atos da Administração Pública no exercício regular do poder de polícia.

Poder de Polícia, segundo Hely Lopes Meirelles, é “*a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado*”, o que vem sendo reiteradamente afrontado pela ré Neusa na arbitrariedade de ter dado início e continuidade à edificação de construção de pousada com fins comerciais em área de praia, considerada bem público de uso comum do povo, quando, segundo Meirelles “*ninguém adquire direito contra o interesse público*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Editora RT. Pág. 115 – Grifou-se).

Ainda, a partir do Termo de Audiência realizada em 09/04/2007 pelo Ministério Público Estadual no Inquérito Civil nº 163/06, que antecedeu a presente ação civil pública, em que houve a oitiva da ré Neusa, resta comprovada sua plena ciência quanto à irregularidade de sua construção no local, tendo assumido o ônus de sua ilegal permanência no imóvel edificado em área de praia em total contrariedade às normas e leis de proteção ao meio ambiente:

*não solicitou a prévia autorização do Instituto Florestal em razão da urgência para a realização das obras...; não tem alvará da Prefeitura Municipal... já procurou o Instituto Florestal e a Prefeitura na tentativa de regularizar a edificação e a atividade comercial. Por esta Promotora de Justiça foi dito que a situação da casa e da atividade comercial permanecem absolutamente irregulares junto aos órgãos públicos (IF e PMU); em persistindo tais irregularidades*

*serão adotadas as medidas judiciais necessárias à reparação do danos ao meio ambiente. (Fl. 70).*

Por conseguinte, resta evidente a responsabilidade da ré Neusa em razão da construção irregular de pousada com fins comerciais a partir de “rancho de pesca” em área de praia, bem de uso comum do povo, mesmo ciente de embargo administrativo realizado pela Fundação Florestal e pelo Município de Ubatuba, motivo pelo qual se impõe sua demolição às suas custas, bem como a remoção dos detritos e a devida recuperação ambiental no local.

Sobre a impossibilidade de ocupação de área de praia por particular, a partir da edificação de construções, o que dá ensejo à sua demolição, tal como se observa no presente caso em concreto, destacam-se os seguintes precedentes de Egrégios Tribunais Regionais Federais:

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESTABELECIMENTO COMERCIAL CONSTRUÍDO EM TERRENO DE MARINHA. OCUPAÇÃO IRREGULAR. MESAS E CADEIRAS EM ÁREA DE PRAIA. BEM DA UNIÃO DE USO COMUM DO POVO. IMPOSSIBILIDADE DE OCUPAÇÃO POR PARTICULAR. DEMOLIÇÃO, COM DIREITO A INDENIZAÇÃO. BOA-FÉ DO OCUPANTE. COBRANÇA DA MULTA PREVISTA NA LEI Nº 9.636/98. IMPOSSIBILIDADE. IRRETROATIVIDADE. 1. Pretensão da União de obter reintegração de posse contra a empresa proprietária da Barraca Segredos do Mar - 12, localizada na Praia do Francês, no Município de Marechal Deodoro/AL, que comercializa alimentos e bebidas. 2. Do conjunto probatório colacionado aos autos, verifica-se que a ocorrência do esbulho restou comprovada, em razão de que o citado estabelecimento comercial foi construído em terreno de marinha, sem autorização da União para a sua regular ocupação, nos termos do Decreto-Lei nº 9.760/46, além do que foi construído em local destinado como área verde, ou seja, não sujeita a edificação, bem como vem se expandindo irregularmente em direção à praia, área de uso comum do povo, o que é vedado pelo art. 10, caput, §§ 1º e 3º, da Lei nº 7.661/88. 3. Sendo as praias bens públicos da União de uso comum do povo, não são legalizáveis as construções e as limitações nelas empreendidas, por não serem passíveis de ocupação individual por particular. 4. Apesar de irregular, sendo a posse de boa-fé, haja vista que a Barraca em questão teve o apoio da Empresa Alagoana de Turismo, o que deu a aparência de regularidade à situação, é cabível indenização pela demolição das construções, a teor do art. 1.255 do Código Civil/ 2002. 5. A imposição de multa pela União, em face da ocupação irregular, nos termos da Lei nº 9.636, de 15-5-1998, não é devida, visto que a ocupação do terreno é anterior ao referido dispositivo legal, que não pode retroagir para estipular multas por infrações administrativas. Apelações e Remessa Oficial improvidas. (TRF5 - AC 20028000013756 - APELAÇÃO CÍVEL - 306310 - Rel. DESEMBARGADOR Frederico Pinto de Azevedo - Terceira Turma - DJ: 21/08/2007).*

*PROCESSO CIVIL. NULIDADE INSTRUÇÃO SUFICIENTE. REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ASTREINTES. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRAIA. BEM DA UNIÃO. CR, ART. 20, IV. REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO. OCUPAÇÃO PERMITIDA APENAS NAS HIPÓTESES LEGAIS. DECRETO-LEI Nº 9.760/46. BEM DE USO COMUM DO POVO. VEDADAS URBANIZAÇÃO OU FORMA DE UTILIZAÇÃO DO SOLO QUE IMPEÇAM O ACESSO. LEI Nº 7.661/88, ART. 10, § 1º. ASTREINTES. VALOR. ADEQUAÇÃO. PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. 1. Não há ilegalidade nem cerceamento de defesa quando o juiz, verificando suficientemente instruído o processo, considera desnecessária a produção de mais provas e julga o mérito da demanda na forma antecipada. Cabe ao juiz examinar a necessidade ou não da prova, cumprindo-lhe indeferir diligências meramente*

protelatórias ou inúteis. Daí não ser nulo o julgamento antecipado da lide ((STJ, AgRMC nº 14.838-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.08; (TRF da 3ª Região, AC nº 93.03.071394-0, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 24.05.04). 2. Tratando-se as astreintes de medida coercitiva destinada ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, seu valor e periodicidade, bem como o prazo para o cumprimento da obrigação, devem ser fixados a critério do Juiz, atendendo-se à razoabilidade e à adequação, na exata medida em que necessários a esse fim, não estando adstrito a eventual pedido inicial nesse sentido. Frise-se, ademais, as astreintes não fazem coisa julgada, podendo seu valor ou periodicidade serem modificados a qualquer tempo. 3. *Conforme prevê o inciso IV do art. 20 da Constituição da República, as praias marítimas são bens públicos da União, estando sua ocupação sujeita a regime jurídico diferenciado, a depender de autorização da Secretaria do Patrimônio da União, órgão responsável pela administração dos bens da União, a ser concedida nas hipóteses previstas no Decreto-lei nº 9.760/46. Ademais, por serem as praias bens de uso comum do povo, é assegurado, nos termos do art. 10 da Lei nº 7.661/88, “o 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”, sendo vedadas, portanto, quaisquer formas de urbanização ou ocupação que impeçam esse trânsito. Precedentes dos TRFs da 2ª e da 5ª Região.* 4. Não restou plenamente demonstrada nos autos a existência de eventual título emitido pela Secretaria do Patrimônio da União a legitimar a ocupação da área objeto dos autos pela empresa ré, circunstância que, por si só, torna irregulares as construções ali realizadas. 5. O fato de o ente municipal ter autorizado a construção sobre bem da União não confere nenhum direito ao autorizatário, nem presume sua boa-fé, haja vista que não apresenta título emitido pelo órgão competente do ente federal que legitime sua ocupação. 6. *Ainda que a ré fosse efetivamente legítima ocupante da área de praia, tal construção seria irregular tão somente pelo fato de obstar o acesso público ao bem de uso comum do povo, consoante se observa nas fotografias juntadas aos autos, especialmente àquelas de fls. 429/436, circunstância que viola as disposições da Lei nº 7.661/88.* 7. O fato de o custo da obrigação de fazer ser alto não implica, por si só, na redução da multa, a qual deve ser fixada em montante que assegure o cumprimento da obrigação, a sugerir, ao contrário do raciocínio engendrado pelo município réu, que mais alta deve ser a multa se vultoso é o valor da obrigação. 8. Porém, por demandar a realização de licitação para contratação de prestador de serviço especializado, novo e igual prazo para o cumprimento da obrigação deve ser concedido (60 dias). 9. Deve ser reduzida a condenação por ato atentatório à dignidade da Justiça, porém mantida face ao evidente descumprimento da decisão de fls. 711/714. 10. A decisão liminar não fixou prazo o cumprimento da obrigação e o Município réu informou o cumprimento dos demais itens da decisão e que deu início à demolição das construções, a qual não foi finalizada ante a necessidade de realização de licitação para contratação de empresa especializada. 11. Apelações não providas. Reexame necessário parcialmente provido. (TRF3 - QUINTA TURMA, APELREEX 00083376520094036103, JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/07/2012).

**AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO E REMOÇÃO DA PARTE FRONTAL DO ESTABELECIMENTO QUE SE ENCONTRA SOBRE A AREIA. REPARAÇÃO FÍSICA DO DANO AMBIENTAL E PAISAGÍSTICO CAUSADO. RECUPERAÇÃO DAS DUNAS PRIMÁRIAS DESTRUÍDAS. APRESENTAÇÃO DE PROJETO DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. INDENIZAÇÃO EM RELAÇÃO À PARTE DA OBRA REALIZADA EM REGIÃO JÁ URBANIZADA. ESCABIMENTO DE PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO DE TRAMANDAÍ A INDENIZAR A UNIÃO PELA UTILIZAÇÃO DE BEM DE SEU DOMÍNIO. AUTORIZAÇÃO IMPLÍCITA. O art. 20, IV, da Constituição Federal de 1988 prevê que as praias marítimas são bens da União e sua natureza de bem de uso comum do povo encontra-**

*se devidamente explicitada no art. 10, caput, da Lei de Gerenciamento Costeiro (nº 7.661/88), que assim prevê: “as praias são bens 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”. Os bens de uso comum do povo, são aqueles abertos a toda a comunidade, em igualdade de condições. Ou seja, qualquer pessoa pode deles fazer uso, concorrendo igualitariamente com os demais, tratando-se de bens destinados a fins públicos por sua própria natureza ou por determinação legal, sendo insuscetíveis de apropriação privada. A prática de privatização das praias vai de encontro aos dispositivos acima mencionados, além do § 1º do art. 10 da Lei nº 7.661/88, que dispõe que “não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso garantido no caput desse artigo” - isto é, o acesso à praia. Em casos de praias, o fato de se tratar de bem da União, quando da ocorrência de empreendimentos mais duradouros, existe também a necessidade de que a Secretaria de Patrimônio da União ao menos esteja ciente da obra, eventualmente estabelecendo condições para que se garanta o uso ordenado do bem público. As dunas possuem elevada importância ambiental, por se tratar de uma “zona tampão”, com função de proteger a costa nos momentos episódicos de maior energia (como ressacas). Servem de barreira natural à invasão da água do mar e da areia em áreas interiores e balneários, e também protegem o lençol de água doce, evitando a entrada de água do mar. Há, nas dunas, uma vegetação nativa, composta principalmente de gramíneas e plantas rasteiras, que desempenham importante papel em sua formação e fixação. Caracterizada a área como de preservação permanente, verifica-se, primeiramente, a impossibilidade de realização de construções e atividades sobre ela, a não ser que reste demonstrada a utilidade pública ou interesse social conforme art. 4º do Código Florestal e se realizada em zona costeira, principalmente em área de praias, se não insignificantes, exigem sempre a expedição de prévio licenciamento ambiental, presumindo-se a utilização de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores (art. 10 da Lei nº 6.938/81), bem como os capazes de causar degradação ambiental, em razão da fragilidade do ecossistema costeiro. No Direito Ambiental, a prevenção é a medida primordial, seguida pela reparação e, somente ao final, a indenização pecuniária. A demolição e a desocupação da área são as únicas medidas adequadas a estancar a agressão ocorrida não só ao meio ambiente, mas também à livre fruição da população a bem de uso comum do povo. A penalidade de demolição, por ser medida de cunho irreparável, deve ser sempre utilizada com bastante cautela e com base no princípio da razoabilidade, razão pela qual não há necessidade de remoção da parte da fundação que se encontra sobre o calçadão, devendo ser demolida apenas o que se encontra sobre a areia, seguindo a linha do muro de arrimo. Há necessidade da recuperação ambiental da área frontal, de areia, e não daquela localizada no calçadão, em área já totalmente urbanizada, sendo impossível sua recuperação. Deve de ser realizada a reparação física do dano ambiental e paisagístico causado, com recuperação das dunas primárias destruídas e reposição da vegetação nativa, mediante apresentação de projeto de recuperação da área junto ao órgão ambiental estadual em relação à área do restaurante que se encontra após o muro de arrimo, em direção à praia, ou seja, à parte que deverá ainda ser demolida. (...). (TRF4 - TERCEIRA TURMA - AC 200471000365978, NICOLAU KONKEL JÚNIOR, , D.E. 24/03/2010.)*

Portanto, conforme conjunto probatório produzido nos autos, restou comprovado que:

(i) a parte ré realizou construção de obra sobre área considerada bem comum do povo (praia), a partir da edificação de pousada com fins comerciais sobre prédio inicialmente destinado a “rancho de pesca”, de forma consciente e em contrariedade à lei que rege a matéria, bem como bem como que

(ii) a parte ré fora devidamente notificada em sede administrativa a respeito da irregu-

laridade de edificar obra sobre área considerada bem comum do povo (praia), não podendo se alegar desconhecimento da proibição de se construir prédio com fins comerciais (pousada) a partir de casa então destinada a “rancho de pesca”, motivo pelo qual a parcial procedência do pedido é medida que se impõe, para fins de condenar a ré Neusa à obrigação de fazer consistente em cessar de imediato toda atividade degradadora ao meio ambiente em razão de construção em área de praia (Praia de Picinguaba – Ubatuba-SP), realizar a demolição das construções irregulares ali existentes, removendo todos os detritos do local às suas custas, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, bem como proceder à recuperação da vegetação suprimida.

### III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para, confirmando a tutela antecipada concedida nos autos, **CONDENAR** a ré Neusa Rodrigues dos Santos a:

A) obrigação de fazer consistente em cessar de imediato toda atividade degradadora ao meio ambiente em razão de construção de pousada com fins comerciais (“Pousada sobre as Ondas”/“Pousada das Ondas” – Laudo de Fls. 51/60) em área de praia (Praia de Picinguaba – Ubatuba-SP), bem de uso comum do povo, inclusive paralisar o desmatamento, plantio de espécies exóticas, impermeabilização do solo, qualquer outra atividade poluidora, inclusive visual, e a ocupação da área em questão, sob pena de multa diária em caso de descumprimento;

B) obrigação de fazer a partir da demolição das construções em área de praia ali existentes, no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, removendo todos os detritos do local às suas custas, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, bem como

C) obrigação de fazer a partir da recuperação da vegetação suprimida, que deve ser realizada a partir da apresentação de projeto de recuperação ambiental da área degradada, nele incluindo cronograma das atividades, perante a Fundação Florestal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, para aprovação, implantação e monitoramento pelo prazo de 3 (três) anos. Na inviabilidade de recuperação da área suprimida, o que deve ser objeto de manifestação pela Fundação Florestal, ficam os réus condenados à obrigação de indenizar, em valor a ser apurado em sede de execução de sentença a partir de sua liquidação, que deverá corresponder ao valor mínimo encontrado pelo órgão ambiental competente, revertendo a quantia apurada ao Fundo de Reparação de Direitos Difusos Lesados (art. 13 da Lei nº 7.347/85), acrescido de juros legais e correção monetária, conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal aprovado pelo Conselho da Justiça Federal – CJF.

Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelos réus, ficam **AUTORIZADOS** o autor Ministério Público Federal e os assistentes litisconsorciais União Federal e Estado de São Paulo a procederem aos atos necessários para a demolição da construção em área de praia e remoção dos detritos às suas custas, ou através da realização de convênio ou parceria com a Administração Pública direta ou indireta, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia.

Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de demolição das construções situadas na área de praia, devendo o Executante de Mandados estender seu cumprimento em face de eventuais terceiros desconhecidos e incertos que porventura sejam encontrados na área objeto da lide, tal como descrita ao longo desta sentença. Deverá ainda o Executante do Mandado

cumprir a ordem judicial na presença do representante da Fundação Florestal, que assinará o termo de demolição.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais.

Sem condenação em honorários advocatícios em razão do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85, aplicável também às ações civis públicas julgadas procedentes movidas pelo Ministério Público (STJ - RESP nº 1.038.024-SP, Rel. Min. Herman Beijamin, Dje 24/09/2009).

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

Caraguatatuba-SP, \_\_\_\_ de abril de 2016.

Juiz Federal Substituto GUSTAVO CATUNDA MENDES

## **AÇÃO PENAL**

**0001341-33.2014.4.03.6117**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: CLEITON FOGAÇA

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/05/2016

### *I - RELATÓRIO*

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra CLEITON FOGAÇA imputando ao réu a prática do crime previsto no artigo 334, §1º, c do Código Penal.

Segundo a denúncia, em 17 de outubro de 2012 o réu foi surpreendido mantendo em depósito, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira, que sabia ou deveria saber ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem, no caso uma máquina tipo caça-níqueis.

A denúncia foi recebida em 29/04/2015 (fl. 89).

Na resposta à denúncia (fls. 128-132) a Defesa argumentou que o fato descrito na denúncia não constitui crime. Contudo, o pedido de absolvição preliminar não foi aceito e determinou-se o prosseguimento da ação.

Em 8 de março de 2016 realizou-se a audiência, quando foram inquiridas duas testemunhas e realizado o interrogatório do réu.

Em alegações finais (fls. 146-153) o Ministério Público Federal discorreu acerca das provas colhidas, concluindo que não resta dúvida de que o réu praticou o fato descrito denúncia, de sorte que deve ser condenado.

Os memoriais da Defesa estão encartados às fls. 156-160. Em síntese, a Defesa sustenta que o conjunto probatório não autoriza um decreto condenatório; destacou que sequer há prova de que a máquina apreendida funcionava com caça-níqueis.

É a síntese do necessário.

### *II – FUNDAMENTAÇÃO*

De partida, registro que atuo nestes autos por designação dos Conselhos de Administração e Justiça da Terceira Região, em razão das férias do juiz federal Danilo Guerreiro de Moraes.

Como se sabe, o § 2º do art. 399 do CPP estabelece que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Todavia, o princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto, encontrando exceções nas hipóteses em que há justo motivo para o afastamento do magistrado que encerrou a instrução, como se passa no caso dos autos.

Importante frisar que a prova oral foi colhida por meio de gravação audiovisual, o que possibilita ao magistrado que for prolatar a sentença a plena compreensão do que se passou na audiência, embora dela não tenha participado, sem o risco de ser traído pelo subjetivismo que eventualmente contamina a redução a termo de declarações. Por tudo isso, concluo estar habilitado para o julgamento da ação, sem necessidade de repetição de qualquer prova.

Superado o ponto, passo ao exame das questões de fato e de direito.

O Ministério Público Federal imputou à ré a conduta tipificada no art. 334, § 1º, c do Código Penal, na redação que vigorava antes das alterações promovidas pela Lei 13.008/2014:

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem:

(...)

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

O objeto material do crime seria uma máquina caça-níqueis apreendida no bar administrado pelo réu.

Os depoimentos das duas testemunhas ouvidas na instrução, ambos policiais que participaram da diligência que resultou na apreensão da máquina, confirmaram que esse equipamento estava armazenado no bar do acusado, instalado num cômodo reservado do estabelecimento. Afirmaram que o objetivo da diligência era apurar a informação de que no bar havia uma máquina do tipo fliperama que também podia ser utilizada como caça-níqueis, bastando para isso inserir uma senha. Ambos disseram que o réu estava presente no momento do cumprimento da diligência e que na entrevista inicial o acusado não admitiu que a máquina fosse utilizada para a exploração de jogo de azar. Na ocasião, o réu teria informado que a máquina fora deixada lá por um sujeito de Araraquara, e que acreditava que o equipamento servia apenas para rodar jogos de fliperama.

Em seu depoimento, o réu admitiu que a máquina servia para a exploração de jogos de azar, embora pudesse ser utilizada também como fliperama. Aceitou que a máquina fosse instalada porque na época passava por dificuldades financeiras. Não sabia da origem dos componentes eletrônicos instalados na máquina, mas sabia que sua utilização na função caça-níqueis era ilegal.

O equipamento apreendido no bar do réu foi objeto de duas perícias criminais, sendo uma realizada pela Polícia Civil (fls. 20-27) e outra pela Polícia Federal (77-82). Embora o acusado tenha admitido a utilização para tal finalidade, nenhum desses exames comprovou que a máquina apreendida servia para a exploração de jogo de azar.

O laudo da Polícia Civil informa que a tela inicial da máquina apresentava um menu com jogos clássicos de fliperama. Contudo, “a disposição dos botões no painel era típica daquela encontrada usualmente em máquinas caça-níqueis (equipamento sorteador aleatório de resultado, no qual a perda ou ganho não dependem da habilidade física ou intelectual do jogador, configurando-se, pois, como equipamento utilizado para a prática de jogos de azar)”. O laudo informa também que “Ofereceu especial atenção à Perícia um botão localizado no compartimento da leitura de notas. Acionado o referido botão, o monitor exibia uma tela para digitação de senha, possivelmente para permitir o acesso a outros programas, não se excluindo a possibilidade de acesso a jogos de azar”, bem como que no interior da máquina foram encontrados componentes de origem estrangeira.

A perícia da Polícia Federal também não comprovou a utilização da máquina na função

caça-níqueis. Aliás, o laudo aponta que a máquina estava desprovida de noteiro (coletor de cédulas), equipamento essencial para a exploração de jogos de azar.

A informação do laudo da Polícia Federal no sentido de que o noteiro não estava instalado na máquina pode dar a impressão de que esse acessório foi retirado da máquina após a perícia na Polícia Civil. Todavia, comparando imagens dos laudos da Polícia Civil e da Polícia Federal que focalizam o compartimento onde deveria estar instalado o noteiro, percebe-se que esse acessório também não estava instalado quando da primeira perícia:



Figura 3 - Local preparado para instalação do coletor de cédulas (noteiro), o qual estava ausente

Em certa medida a ausência do noteiro repercute na reprovabilidade da conduta quanto ao crime indicado na denúncia. O noteiro é componente indispensável para o funcionamento de equipamentos úteis e lícitos (por exemplo, máquinas de venda automática de refrigerantes), mas também constitui acessório empregado nos caça-níqueis. A fim de evitar esse desvio de finalidade, o noteiro acabou incluído no rol de mercadorias sujeitas a regime especial de importação, de modo que sua internalização irregular configura crime de contrabando. Todavia, no caso dos autos os componentes de origem estrangeira encontrados na máquina apreendida são aqueles que ordinariamente se encontram em qualquer equipamento de informática, tais como o disco rígido, placa mãe e processador, produtos cuja importação não se sujeita ao mesmo rigor dispensado ao noteiro.

Apenas para ilustrar o ponto, observo que esta sentença foi redigida por meio de um computador Itautec InfoWay, equipamento adquirido pela Seção Judiciária de São Paulo. Não sei ao certo se esse computador foi produzido (montado) no Brasil, mas posso apostar que o disco rígido, o processador e a placa mãe vieram da Ásia, assim como o teclado, o mouse e as caixas de som, todos identificados como sendo mercadorias *Made in China*. Claro que por se tratar de um equipamento montado por empresa idônea e adquirido por um órgão público, é improvável que os componentes estrangeiros tenham sido importados de forma irregular. Todavia, se por um lado o conceito que se tem da empresa que fabricou o computador permite presumir a internalização regular dos componentes, a ausência desse indicador não autoriza supor o contrário. Ou seja, não é por que não se sabe quem montou a máquina apreendida no bar do réu que se pode afirmar que os componentes internos foram importados de modo irregular.

De toda sorte, mesmo que fosse admitido que a importação de placa mãe, disco rígido ou outros desses componentes eletrônicos presentes em todos os computadores constitui crime aduaneiro (que nessa hipótese está mais para o descaminho que para o contrabando), no

caso dos autos a instrução não permite concluir pela existência do elemento subjetivo próprio exigido pelo tipo penal imputado ao réu, consubstanciado na ciência inequívoca da importação irregular de componentes contidos na máquina. Com efeito, apesar de comprovada a utilização do equipamento para a exploração de jogo de azar, não há provas seguras de que o réu sabia que a máquina continha componentes de procedência estrangeira que foram introduzidos clandestinamente no país ou foram importados fraudulentamente, sem o pagamento dos tributos devidos.

Sucedo que para a configuração do crime imputado ao réu na denúncia, exige-se que o agente esteja utilizando em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira *que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem*. Ao descrever a elementar normativa “que sabe ser produto de introdução clandestina ou de importação fraudulenta por parte de outrem”, o tipo acaba por caracterizar modalidade especial do crime de *receptação* (art. 180 do CP).

Para melhor esclarecer o ponto, peço auxílio a DAMÁSIO DE JESUS<sup>1</sup>:

A alínea c, em sua segunda parte, define fatos que deveriam ser, em tese, crime de receptação. O agente vende etc. mercadoria objeto de contrabando ou descaminho cometidos por terceiro. Nesse caso, não basta v. g., a simples venda. É necessário que o sujeito tenha plena certeza da origem delituosa da coisa. Pelo princípio da especialidade, ele não responde por receptação (CP, art. 180, *caput*), mas sim pelo delito descrito na alínea c.

A alínea d descreve o delito de quem “adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos”.

Estão definidas condutas que, normalmente, são consideradas receptação dolosa (CP, art. 180, *caput*): as ações pressupõem a entrada ilícita no país de mercadoria estrangeira, que chega ao sujeito: a) sem a documentação exigida pela lei; b) com documentação falsa, de conhecimento do agente.

(...)

Os verbos típicos são os da receptação dolosa: adquirir (contrato gratuito ou oneroso), receber (ter posse, a qualquer título, que não se trate de propriedade) e ocultar (esconder). O objeto material é a mercadoria de origem estrangeira sem documentação legal (guias de despacho aduaneiro, notas fiscais ou faturas) ou com documentos falsos. O dolo consiste na vontade livre e consciente de realizar qualquer das condutas descritas no tipo. Além disso, exige-se dois elementos subjetivos do tipo: que o sujeito tenha pleno conhecimento da introdução ilícita da mercadoria em nosso território e que aja “em proveito próprio ou alheio”. Na hipótese de mercadoria acompanhada de documento falso, o dolo deve abranger o conhecimento da falsidade. O sujeito, nesse caso, não responde por delito de uso de documento falso, de responsabilidade penal de quem lhe entregou o objeto material.

Por aí se vê que a configuração do crime indicado na denúncia depende, entre outros elementos, da demonstração de que o agente tinha conhecimento tanto da origem estrangeira da mercadoria quanto da irregular importação, dado que tal compreensão constitui elementar do tipo.

<sup>1</sup> Direito penal — v. 4. Parte especial: Dos crimes contra a fé pública a Dos crimes contra a administração pública. 11. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2001, p. 242-243.

No caso em tela, a instrução não apontou que o acusado tenha importado a máquina ou mesmo que soubesse que no interior desse equipamento havia componentes de natureza estrangeira que em algum momento — não se sabe quando nem por quem — foram introduzidos irregularmente no país. Não se põe em dúvida que CLEITON FOGAÇA sabia que a exploração da máquina era ilegal, mas pelo que se depreende das provas isso ocorria na perspectiva da contravenção do jogo de azar, e não na do crime previsto no art. 334, § 1º c do Código Penal.

Por conseguinte, impõe-se a absolvição do réu.

### *III – DISPOSITIVO*

Ante o exposto, julgo *IMPROCEDENTE* a denúncia para o fim de absolver o réu *CLEITON FOGAÇA*, o que faço com fundamento no art. 386, V do CPP.

Sem custas

Arbitro os honorários do advogado dativo no valor máximo da tabela respectiva. Com o trânsito em julgado, requisite-se o pagamento.

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

Jaú, 29 de abril de 2016.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

## **PROCEDIMENTO COMUM**

**0004531-19.2015.4.03.6133**

Autor: CLEIDE DA SILVA CALADO

Rés: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E UNIÃO

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

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/02/2016

Trata-se de ação judicial na qual a autora narra estar padecendo de câncer em estágio terminal, já tendo experimentado, sem êxito, o tratamento ortodoxo, postulando, assim, a fosfoetanolamina. Aduz que há avançados estudos que demonstram a eficácia da substância, ainda que não autorizada sua comercialização pela ANVISA, de forma que deseja submeter-se espontaneamente ao uso da fosfoetanolamina, ao menos para melhorar sua qualidade de vida ao final da mesma. Pede gratuidade e antecipação de tutela. Junta procuração e declaração de pobreza. Acosta relatório médico no qual consta que a autora está sendo submetida a “tratamento paliativo” e que o médico em conjunto com a paciente e seus familiares consideram “uma opção viável a adesão ao tratamento com a substância fosfoetanolamina”.

Eis a suma do pleito.

Dada a gravidade do caso, releva-se a ausência de assinatura da exordial por causídico com procuração para tanto, avultando a assinatura por profissional da Advocacia que não consta no instrumento do mandato. Para regularização, abre-se prazo de 10 (dez) dias. Note-se, ainda, a irregularidade do mandato na parte em que prevê ajuizamento de ação “perante uma das Varas Cíveis da Comarca de Poá-SP”, vez que a presente demanda foi proposta na Justiça Federal. Entretanto, em face da relevância do pleito e da urgência do qual se reveste, tudo isso pode ser regularizado e o pedido de antecipação de tutela merece cognição imediata.

O perigo na demora é evidente, pois a situação periclitante da autora/paciente é evidente, tanto que o estágio terminal a leva a ser submetida a cuidados de caráter meramente paliativo. Presente o fundamento da antecipação de tutela, portanto.

Por outro lado, a existência de prova inequívoca que autorize um juízo de verossimilhança do direito invocado é requisito cujo cumprimento não ocorreu no caso dos autos. Isso porque:

a) a indicação médica é genérica, sem prescrição de quantidade e modo de administração, não se constituindo sequer em verdadeira receita médica;

b) a substância não é tecnicamente um medicamento, estando ainda na condição de substância;

c) uma Universidade é um centro de ensino e de pesquisa, não se prestando à fabricação de medicamentos ou substâncias em geral;

d) não é crível que após supostas décadas de pesquisa não haja a comprovação da eficácia e a regularização da substância enquanto lídimo fármaco.

Feita a sumarização acima, consigna-se que não se mostra plausível que a eficácia da fosfoetanolamina tenha sido constatada, pois o potencial terapêutico decorre de inúmeros testes – primeiramente em laboratório, depois com animais e somente por fim com humanos – isolando-se as variáveis, aferindo quando a melhora/cura decorre de outros fatores e quando decorre da substância sob análise. A resposta positiva pode decorrer de inúmeros outros

fatores, sendo que apenas após o isolamento da variável (uso da fosfoetanolamina) pode ser atestada sua eficácia.

Daí decorre a questão: qual(ais) os estudos que comprova(m) a eficácia da substância após testes laboratoriais, com animais e ao final com humanos? Nenhum, isso porque o suposto uso em humanos até agora foi clandestino e sem qualquer controle, sem sequer cotejar-se em um teste com grupo controle a real porcentagem de pessoas que tenham melhorado com a substância.

Se é possível que a dita substância um dia seja a base de um poderoso medicamento contra o câncer (que não é uma única doença, mas conjunto de doenças muito diversas que vai desde a leucemia até o câncer de pele), responde-se que sim. Por outro lado, até agora não foi percorrido o caminho científico adequado e natural para tanto.

É até mesmo pouco verossímil que a bilionária indústria farmacêutica – que tem total interesse na produção do fármaco - não tenha levado a efeito a produção do medicamento, pois se a substância fosse tão eficaz certamente seria viável vende-la a preços elevadíssimos que seriam pagos tanto pelos próprios pacientes quanto pelos Estados que passariam a fornecer os medicamentos.

Ante o exposto, INDEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Defiro a gratuidade. Anote-se.

Regularize-se a exordial no prazo de 10 (dez) dias.

Mogi das Cruzes/SP, 4 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

## **AÇÃO POPULAR**

### **0003984-84.2016.4.03.6119**

Autora: GENILDA SUELI BERNARDES

Réus: EDUARDO CONSENTINO DA CUNHA E UNIÃO FEDERAL

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

Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2016

Vistos, etc.

Trata-se de ação popular ajuizada por *GENILDA SUELI BERNARDES* em face do *EDUARDO CONSENTINO DA CUNHA E UNIÃO FEDERAL*, objetivando a declaração de nulidade, por vício de desvio de finalidade, do ato administrativo que recebeu o pedido de *impeachment* da Presidenta da República, impedindo-se o réu de tomar qualquer medida que possa interferir no procedimento.

Pretende a autora popular preservar a moralidade administrativa, a qual alega violada por atos praticados pelo Presidente da Câmara dos Deputados, consistente em obstaculizar o processamento de representação por quebra de decoro parlamentar contra ele admitida, bem como manobras para evitar sua cassação, com propostas de alteração da composição de comissões. Alega, ainda, existir desvio de finalidade no ato do Presidente da Câmara ao receber o processo de *impeachment*, por se afastar da forma republicana e imparcial, movendo-se por espírito de vingança, visando sua preservação política e pessoal.

Com a inicial vieram documentos.

*É o relatório. DECIDO.*

A ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e regulada pela Lei 4717/65, é instrumento que viabiliza a participação popular no controle da “coisa pública”, em atenção aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade.

Segundo basilar lição de Francesco Ferrara:

O direito opera por comandos abstractos. Mas a realização forçada destes comandos efectua-se por imposição judiciária.

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstracto da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a *viva vox iuris*.

O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei lhe ordena, é o executor e não o criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito.

(...) As tarefas preliminares da atividade judicial são pois: o apuramento do facto, da relação material a julgar, e a determinação do direito a que o facto está subordinado. (*in* FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Tradução Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia, 1937.p. 01/02).

Nos termos do artigo 1ª da Lei nº 4.717/65, a ação pode ser utilizada por qualquer cidadão, visando a anulação de atos considerados lesivos à moralidade administrativa, ao patrimônio público, assim considerado como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, turístico e ambiental.

Para admissibilidade da ação popular mister esteja presente a ilegalidade do ato apontado como inválido, bem como a sua lesividade ao patrimônio público. A ilegalidade do ato poderá residir na contrariedade às normas jurídicas ou aos princípios gerais que norteiam a Administração Pública, exigindo-se, concomitantemente, a presença da efetiva lesividade ao patrimônio público.

Contudo, não vislumbro interesse de agir na presente demanda, este consubstanciado na presença do binômio ilegalidade/lesividade.

Sobre interesse de agir, valiosa a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Hoje já está razoavelmente assente que o interesse de agir se caracteriza pela necessidade ou pela utilidade que a ação representa para a parte que se afirma titular do direito ou interesse (material) em causa; e ainda se poderia acrescentar o quesito da *adequação* da via processual eleita, porque, naturalmente, não tem interesse processual (que é um interesse jurídico) a parte se equivocou grosseiramente na escolha da ação cabível, porque já não poderá o juiz adentrar o mérito, em face da inidoneidade do meio processual eleito. Como diz Liebman: “L’interesse ad agire surge dalla necessità di ottenere dal processo la protezione dell’interesse e l’idoneità del provvedimento domandato a proteggerlo e soddisfarlo.” (*in Ação Popular – proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5.ed. SP: RT, 2003. p. 136.)

A douta inicial finca-se na preservação dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, os quais se reputam violados por atos, em tese, praticados pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

Como alhures frisado, são requisitos indispensáveis à propositura da ação popular a existência de ilegalidade – no caso, a alegada ofensa aos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade – bem assim da efetiva lesão ao patrimônio público, assim considerado em sentido amplo.

Sobre o indispensável binômio lesividade e ilegalidade em sede de ação popular, esclarecedora a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Da previsão constitucional, extraem-se três requisitos para admissibilidade da ação popular:  
 (a) a condição de *cidadão brasileiro*, por parte de quem se disponha a aforá-la;  
 (b) a *ilegalidade* do ato a invalidar; e  
 (c) a *lesividade* do ato para o patrimônio público.  
 (...)

A *ilegalidade* do ato atacado quer dizer sua contrariedade ao Direito, seja por infringir normas específicas de sua prática, seja por desviar-se dos princípios gerais da Administração Pública. Essa ilegalidade tanto pode localizar-se na formação do ato como no seu objeto; tanto pode corresponder a uma nulidade como a uma anulabilidade (Lei nº 4.717, arts. 1º, 2º e 3º.)

Por último, vem a *lesividade* do ato, ou seja, o prejuízo que dele tenha decorrido para o patrimônio público. Para que a ação popular logre êxito, não é suficiente a demonstração de *ilegalidade*, há também de ficar comprovada sua *lesividade*.

Em regra a lesão corresponde a um desfalque ao Erário, mas pode também corresponder a uma ofensa a bens não econômicos, como os valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos. Em alguns casos a lesão pode ser *presumida*, pelos próprios termos em que a lei comina a pena de nulidade. Não se pode, porém, generalizar a pretensão de lesividade a partir de simples constatação da ilegalidade do ato de administração. Os casos de presunção podem ocorrer, mas devem estar previstos na lei, e mesmo quando haja presunção a utilizar no juízo de lesividade é necessário que a circunstância que autoriza esteja convenientemente provada

no processo, não bastando meras suposições. (*in* Curso de Direito Processual Civil, volume II, 50.ed., RJ: Forense, 2016. p. 724.)

Com efeito, não vislumbro a presença do aludido binômio.

As alegações de manobras políticas por parte do Presidente da Câmara dos Deputados encontram-se embasadas em notícias veiculadas pela mídia, com base nas quais a autora popular aponta conclusões pessoais acerca da possível conduta do réu tendente a atrasar o processo por quebra de decoro parlamentar que contra ele tramita, imputando-lhe, por este motivo, conduta violadora dos princípios que regem a Administração Pública.

Num segundo tópico, aponta desvio de finalidade na decisão que recebeu o pedido de *impeachment* contra a Presidente da República, os quais teriam motivação pessoal e de retaliação política.

Percebe-se que a autora popular, na inicial, limita-se a tecer acusações contra o Presidente da Câmara dos Deputados, sem em nenhum momento apontar, objetivamente, qual a lesão efetiva ao patrimônio público estaria a ocorrer.

Entendo não ser possível presumir que as supostas manobras para atrasar o andamento do processo por quebra de decoro parlamentar por si só causem concreta lesão aos princípios invocados. O atraso na eventual cassação do parlamentar – ou o receio de que a cassação não se concretize – não traduz lesão concreta aos princípios invocados, pois a tramitação do pedido obedece a rito próprio previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, acerca do qual não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em vista do princípio republicano (art. 2º, da CF/88) e por se tratar de questões *interna corporis*.

Da mesma forma, o recebimento do pedido de *impeachment* não se resume apenas à simples vontade pessoal do Presidente da Câmara dos Deputados, como pretende fazer crer a autora, mas, sim, obedece a uma série de requisitos e trâmites previstos no mencionado Regimento, cabendo ao Presidente da casa legislativa, presentes os pressupostos autorizadores, receber ou não o pedido, verificando o preenchimento das formalidades inerentes ao caso.

Aliás, o C. Supremo Tribunal Federal já decidiu ser insuscetível de apreciação, pelo Poder Judiciário, a matéria *interna corporis* da instituição, *in verbis*:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – DENÚNCIA CONTRA A PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PRINCÍPIO DA LIVRE DENUNCIABILIDADE POPULAR (Lei nº 1.079/50, art. 14) – IMPUTAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE À CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO POR PARTE DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – RECURSO DO CIDADÃO DENUNCIANTE AO PLENÁRIO DESSA CASA LEGISLATIVA – DELIBERAÇÃO QUE DEIXA DE ADMITIR REFERIDA MANIFESTAÇÃO RECURSAL – IMPUGNAÇÃO MANDAMENTAL A ESSE ATO EMANADO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PROCESSO E O JULGAMENTO DA CAUSA MANDAMENTAL – PRECEDENTES – A QUESTÃO DO “JUDICIAL REVIEW” E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – ATOS “INTERNA CORPORIS” E DISCUSSÕES DE NATUREZA REGIMENTAL: APRECIÇÃO VEDADA AO PODER JUDICIÁRIO, POR TRATAR-SE DE TEMA QUE DEVE SER RESOLVIDO NA ESFERA DE ATUAÇÃO DO PRÓPRIO CONGRESSO NACIONAL OU DAS CASAS LEGISLATIVAS QUE O COMPÕEM – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO – MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO

– RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.(MS 33558 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, STF) grifei

EMENTA: Agravo Regimental em Mandado de Segurança. 2. Oferecimento de denúncia por qualquer cidadão imputando crime de responsabilidade ao Presidente da República (artigo 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). 3. Impossibilidade de interposição de recurso contra decisão que negou seguimento à denúncia. Ausência de previsão legal (Lei 1.079/50). 4. *A interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria interna corporis, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.* 5. Agravo regimental improvido. (MS-AgR 26062, Rel. Min. GILMAR MENDES, STF.) grifei

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. IMPEACHMENT. MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. MESA DO SENADO FEDERAL. COMPETÊNCIA. I – Na linha da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, a competência do Presidente da Câmara dos Deputados e da Mesa do Senado Federal para recebimento, ou não, de denúncia no processo de impeachment não se restringe a uma admissão meramente burocrática, cabendo-lhes, inclusive, a faculdade de rejeitá-la, de plano, acaso entendam ser patentemente inepta ou despida de justa causa. II – Previsão que guarda consonância com as disposições previstas tanto nos Regimentos Internos de ambas as Casas Legislativas, quanto na Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. III – O direito a ser amparado pela via mandamental diz respeito à observância do regular processamento legal da denúncia. IV – *Questões referentes à sua conveniência ou ao seu mérito não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias.* V – Agravo regimental desprovido. (MS-AgR 30672, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, STF.) grifei

Ademais, o ato de recebimento do pedido de *impeachment* presidencial não tem o condão de gerar lesão ao patrimônio público, até porque será o pleito submetido à votação de representantes eleitos diretamente pelo povo, o que afasta qualquer alegação de lesividade presumida.

Assim, por qualquer ângulo que se analise o pedido formulado na inicial, percebe-se não existir necessidade/adequação na propositura da presente ação popular, à míngua de demonstração de efetiva lesão ao patrimônio público.

A inadequação do pleito formulado pela autora na presente ação popular configura-se insanável e, não comportando regularização, a extinção do processo é medida que se impõe.

Por todo o exposto, *INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL e JULGO EXTINTO O PROCESSO*, sem resolução do mérito, com amparo nos artigos 330, III e 485, VI, do CPC/2015.

Sem condenação em verba honorária, tendo em vista a ausência de citação.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos independentemente de despacho.

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

Guarulhos, 14 de abril de 2016 (19h53min).

Juíza Federal Substituta CAROLINE SCOFIELD AMARAL

