



MELHOR ARRAZOADO FORENSE

PRÊMIOS

LAURO INDURSKY

WILIAM WANDERLEY JORGE

SILVIO BARROS DE ALMEIDA

Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público

Biênio 2015/2016

Presidente

Felipe Locke Cavalcanti

1º Vice Presidente

Márcio Sérgio Christino

2º Vice Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteado Teixeira Junior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Marcelo Rovere

2º Tesoureiro

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Patrimônio

Fabiola Moran Faloppa

Aposentados e Pensionistas

Cyrdemia da Gama Botto

Prerrogativas Institucionais

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

CONSELHO FISCAL

Titulares

Antonio Bandeira Neto

Enilson David Komono

Luiz Marcelo Negrini de Oliveira Mattos

Suplentes

José Márcio Rossetto Leite

Pedro Eduardo de Camargo Elias

Valéria Maiolini

DEPARTAMENTOS

Assessores da Presidência

Antonio Luiz Benedan

Antonio Visconti

Arthur Cogan

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

Herrniano Roberto Santamaria

Irineu Roberto da Costa Lopes

João Benedicto de Azevedo Marques

José Eduardo Diniz Rosa

José Geraldo Brito Filomeno

José Maria de Mello Freire

José Ricardo Peirão Rodrigues

Marino Pazzagliani Filho

Munir Cury

Nair Ciochetti de Souza

Newton Alves de Oliveira

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Apoio aos Substitutos

Eduardo Luiz Michelan Campana

Neudival Mascarenhas Filho

Norberto Jóia

Renato Kim Barbosa

Apoio à 2ª Instância

Paulo Juricic

Renato Eugênio de Freitas Peres

Aposentados

Ana Martha Smith Corrêa Orlando

Antonio de Oliveira Fernandes

Antonio Sérgio C. de Camargo Aranha

Carlos João Eduardo Senger

Carlos Renato de Oliveira

Edi Cabrera Rodero

Edivon Teixeira

Edson Ramachoti Ferreira Carvalho

Francisco Mario Viotti Bernardes

Irineu Teixeira de Alcântara

João Alves

José Benedito Tarifa

José de Oliveira

Maria Célia Loures Macuco

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Orestes Blasi Júnior

Oswaldo Hamilton Tavares

Paulo Norberto Arruda de Paula

Ulisses Butura Simões

APMP - Mulher

Maria Gabriela Prado Manssur

Daniela Hashimoto

Fabiana Dalmas Rocha Paes

Celeste Leite dos Santos

Fabiola Sucasas Negrão Covas

Jaqueline Mara Lorenzetti Martinelli

Compliance

Marco Antonio Ferreira Lima

Convênios

Célio Silva Castro Sobrinho

Valéria Maiolini

Condições de Trabalho

Cristina Helena Oliveira Figueiredo

Tatiana Viggiani Bicudo

Tiago de Toledo Rodrigues

Coordenador do Ceal

João Cláudio Couceiro

Secretário do Ceal

Arthur Migliari Júnior

Cultural

André Pascoal da Silva

Beatriz Helena Ramos Amaral

Gilberto Gomes Peixoto

José Luiz Bednarski

Paula Trindade da Fonseca

Esportes

João Antônio dos Santos Rodrigues

Karyna Mori

Luciano Gomes de Queiroz Coutinho

Estudos Institucionais

Anna Trotta Yaryd

Claudia Ferreira Mac Dowell

Jorge Alberto de Oliveira Marum

Rafael Corrêa de Moraes Aguiar

Eventos

Paula Castanheira Lamenza

Gestão Ambiental

Barbara Valéria Cury e Cury

Luis Paulo Sirvinskas

Informática

João Eduardo Gesualdi Xavier de Freitas

Paulo Marco Ferreira Lima

Jurisprudência Cível

Alberto Camina Moreira

José Bazilio Marçal Neto

Otávio Joaquim Rodrigues Filho

Renata Helena Petri Gobbet

Jurisprudência Criminal

Alfredo Mainardi Neto

Antonio Nobre Folgado

Fabio Rodrigues Goulart

Fernando Augusto de Mello

Goiaci Leandro de Azevedo Júnior

João Eduardo Soave

Luiz Cláudio Pastina

Ricardo Brites de Figueiredo

Roberto Tardelli

Legislação

Daniela Merino Alhadeff

Leonardo D'Angelo Vargas Pereira

Milton Theodoro Guimarães Filho

Rogério José Filocomo Júnior

Médico

Luiz Roberto Cicogna Faggioni

Ouvidor da APMP

Paulo Roberto Salvini

Patrimônio

João Carlos Calsavara

Paulo Antonio Ludke de Oliveira

Sérgio Clementino

Wânia Roberta Gnipper Cirillo Reis

Prerrogativas Financeiras

André Perche Lucke

Daniel Leme de Arruda

João Valente Filho

Prerrogativas Funcionais

Cássio Roberto Conserino

Geraldo Rangel de França Neto

Helena Cecília Diniz Teixeira C. Tonelli

Silvia Reiko Kawamoto

Previdência

Deborah Pierri

Maria da Glória Villaça B. G. de Almeida

Publicações

Aluísio Antonio Maciel Neto

José Carlos de Oliveira Sampaio

José Fernando Cecchi Júnior

Rolando Maria da Luz

Relações com Fundo de Emergência

Gilberto Nonaka

Roberto Elias Costa

Relações Interinstitucionais

Ana Laura Bandeira Lins Lunardelli

Cristiane Melilo D.M. dos Santos

Soraia Bicudo Simoes Munhoz

Relações Públicas

Estéfano Kvastek Kummer

José Carlos Guillem Blat

Rodrigo Canellas Dias

Segurança

Gabriel César Zaccaria de Inellas

Walter Rangel de Franca Filho

Turismo

Mariani Atchabahian

Romeu Galiano Zanelli Júnior

**DIRETORES REGIONAIS
(TITULARES E ADJUNTOS)**

Araçatuba

José Fernando da Cunha Pinheiro

Reinaldo Ruy Ferraz Penteado

Bauru

Júlio César Rocha Palhares

Vanderley Peres Moreira

Campinas

Leonardo Liberatti

Ricardo José Gasques de A. Silvares

Franca

Joaquim Rodrigues de Rezende Neto

Carlos Henrique Gasparoto

Guarulhos

Omar Mazloum

Rodrigo Merli Antunes

Marília

Rafael Abujamra

Gilson Cesar Augusto da Silva

Piracicaba

Fábio Salem Carvalho

João Francisco de Sampaio Moreira

Presidente Prudente

Gilson Sidney Amancio de Souza

Braz Dorival Costa

Ribeirão Preto

Maria Julia Camara Facchin Galati

Sebastião Donizete Lopes dos Santos

Santos

Carlos Alberto Carmello Júnior

Roberto Mendes de Freitas Júnior

São José do Rio Preto

Carlos Gilberto Menezello Romani

Ary César Hernandez

Sorocaba

José Júlio Lozano Júnior

Patrícia Augusta de Chechi Franco Pinto

Taubaté

Manoel Sérgio da Rocha Monteiro

Luis Fernando Scavone de Macedo

**CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
(TITULARES E SUPLENTES)**

ABC

Fernando Martins Fontes Rossi

Adolfo César de Castro e Assis

Araçatuba

Sérgio Ricardo Martos Evangelista

Nelson Lapa

Araraquara

José Carlos Monteiro

Sérgio Medici

Baixada Santista

Maria Pia Woelz Prandini

Alessandro Bruscki

Bauru

João Henrique Ferreira

Ricardo Prado Pires de Campos

Bragança

Bruno Márcio de Azevedo

Carmen Natalia Alves Tanikawa

Campinas

Carlos Eduardo Ayres de Farias

Fernanda Elias de Carvalho

Franca

Christiano Augusto Corrales de Andrade

Alex Facciolo Pires

Guarulhos/Mogi das Cruzes

Carlos Eduardo da Silva Anapurus

Renato Kim Barbosa

Itapetininga

José Roberto de Paula Barreira

Célio Silva Castro Sobrinho

Jundiaí

Mauro Vaz de Lima

Fernando Vernice dos Anjos

Litoral Norte

Alexandre Petry Helena

Darly Vígano

Marília

Jess Paul Taves Pires

Luiz Fernando Garcia

Osasco

Fábio Luis Machado Garcez

Wellington Luiz Daher

Ourinhos/Botucatu

Renata Gonçalves Catalano

Luiz Paulo Santos Aoki

Piracicaba

Sandra Regina Ferreira da Costa

José Antonio Remédio

Presidente Prudente

Fernando Galindo Ortega

Ribeirão Preto

José Ademir Campos Borges

Daniela Domingues Hristov

Santos

Daury de Paula Júnior

Daniel Gustavo Costa Martori

São Carlos

Neiva Paula Paccola Carnielli Pereira

Denilson de Souza Freitas

São José do Rio Preto

Wellington Luiz Villar

Júlio Antonio Sobottka Fernandes

Sorocaba

Rita de Cássia Moraes Scaranci Fernandes

Gustavo dos Reis Gazzola

Taubaté

José Benedito Moreira

Daniela Rangel Cunha Amadei

Vale do Ribeira/ Litoral Sul

Guilherme Silveira de Portela Fernandes

Luciana Marques Figueira Portella

São João da Boa Vista

Donisete Tavares Moraes Oliveira

Sérgio Carlos Garutti

Tribunal de Contas

Letícia Formoso Delsin Matuck Feres

Rafael Neuberm Demarchi Costa

**ASSOCIAÇÃO PAULISTA
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Melhor Arrazoador Forense
2015**

Prêmios

**Lauro Indursky
(Série Cível)**

**William Wanderley Jorge
(Série Criminal)**

**Silvio Barros de Almeida
(Série Interesses Difusos e Coletivos)**

1ª edição



SÃO PAULO
2016

Concurso Melhor Arrazoado Forense 2015

Comissão Examinadora Série Cível:

Bernardo Ferreira Fraga
José Bazilio Marçal Neto
Rolando Maria da Luz

Comissão Examinadora Série Criminal:

João Antonio dos Santos Rodrigues
Paulo Álvaro Chaves Martins Fontes
Renato Eugenio de Freitas Peres

Comissão Examinadora Série Interesses Difusos e Coletivos:

Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira
Luiz Fernando Rodrigues Pinto Junior
Marco Vinicio Petrelluzzi

Ficha catalográfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Melhor Arrazoadado Forense 2015. -- 1. ed. --
São Paulo : APMP - Associação Paulista do
Ministério Público, 2016.

Vários autores.

"Prêmios: Lauro Indursky (série cível), Wiliam
Wanderley Jorge (série criminal), Silvio Barros de
Almeida (série interesses difusos e coletivos)."

1. Direito - Prêmios 2. Prática forense 3. Redação
forense.

16-04211

CDU-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Arrazoados forenses : Direito 340

ISBN: 978-85-86013-58-4

ÍNDICE

Cível

1º lugar

- Democratização da gestão das Fundações Privadas
- Dr. Paulo Henrique Castex 13

2º lugar

- Extensão dos efeitos da falência à empresa alcançada pela desconsideração da personalidade jurídica
- Dr. Henrique Braso Schulz 27

3º lugar

- Medidas protetivas para regularização da guarda e tratamento médico de urgência para crianças em situação de risco
- Dr. Sérgio Ricardo Gomes de Moura 39

Menção honrosa

- MULTIPARENTALIDADE: A possibilidade de coexistência dos critérios biológico e socioafetivo
Dr. Eduardo Martins Boiati 47

Criminal

1º lugar

- Sobre a ilegalidade da remição da pena pela leitura de livros - um manifesto contra o afrouxamento na execução penal
- Dr. Adalberto Denser de Sá Junior 55

2º lugar

- “Prescrição pela metade”: Inconstitucionalidade do artigo 115 do Código Penal
- Dr. Christiano Jorge Santos 79

3º lugar

- Repressão ao Tráfico de Drogas - Tática e técnica de postulação do Ministério Público para promover a individualização das sanções e forjar paradigmas favoráveis às teses institucionais
- Dr. Eduardo Caetano Querobim 105

Menção Honrosa

“Subsunções típicas decorrentes de investigação ministerial de crimes praticados por organização criminosa: o *novatio legis in pejus* do artigo 2º, caput, da Lei 12.850/2013, a tênue diferença típica entre o estelionato e a extorsão no caso concreto, a cooperação dolosamente distinta de ré não associada e outras figuras delituosas.”

- Dr. Evandro Ornelas Leal
- Dr. João Santa Terra Junior
- Dr. Marco Aurélio Bernarde de Almeida
- Dr. Paulo Cesar Neuber Deligi 127

Interesses Difusos e Coletivos

1º lugar

Combate a irregularidades em comunidades terapêuticas, através da Ação Civil Pública

- Drª Maria Julia Kaial Cury 175

2º lugar

ACP - Alterações Ilegais do Zoneamento Municipal

- Dr. Claudemir Battalini 227

3º lugar

SISTEMA CANTAREIRA: Crise hídrica ou crise de gestão?

- Drª Alexandra Faccioli Martins
- Dr. Geraldo Navarro Cabanas
- Dr. Ivan Carneiro Castanheiro
- Dr. Rodrigo Sanches Garcia 259

Menção Honrosa

Saúde Fantasma

- Dr. Leonardo Bellini de Castro 359

Concurso homenageou saudosos colegas e valorizou os aposentados

Para premiar os vencedores de seu Concurso “Melhor Arrazoado Forense – versão 2015”, a APMP escolheu um momento especial: o terceiro dia de atividades do XLIII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos, realizado pela nossa entidade de classe no município do Guarujá (SP). Assim, mais de 100 colegas puderam prestigiar a solenidade de entrega dos prêmios, que homenagearam, em suas categorias, três saudosos colegas, recém-falecidos: a Série Criminal foi dedicada ao Procurador de Justiça William Wanderley Jorge, representado, na ocasião, por sua viúva, Maida Lemos Jorge; a Série Cível teve o nome do advogado e ex-promotor de Justiça Lauro Indursky, representado por sua viúva, Catarina Cava; e a Série Difusos e Coletivos foi batizada com o nome do procurador de Justiça Silvio Barros de Almeida, homenageado na ocasião por sua viúva, Gilda Basquia Barros de Almeida.

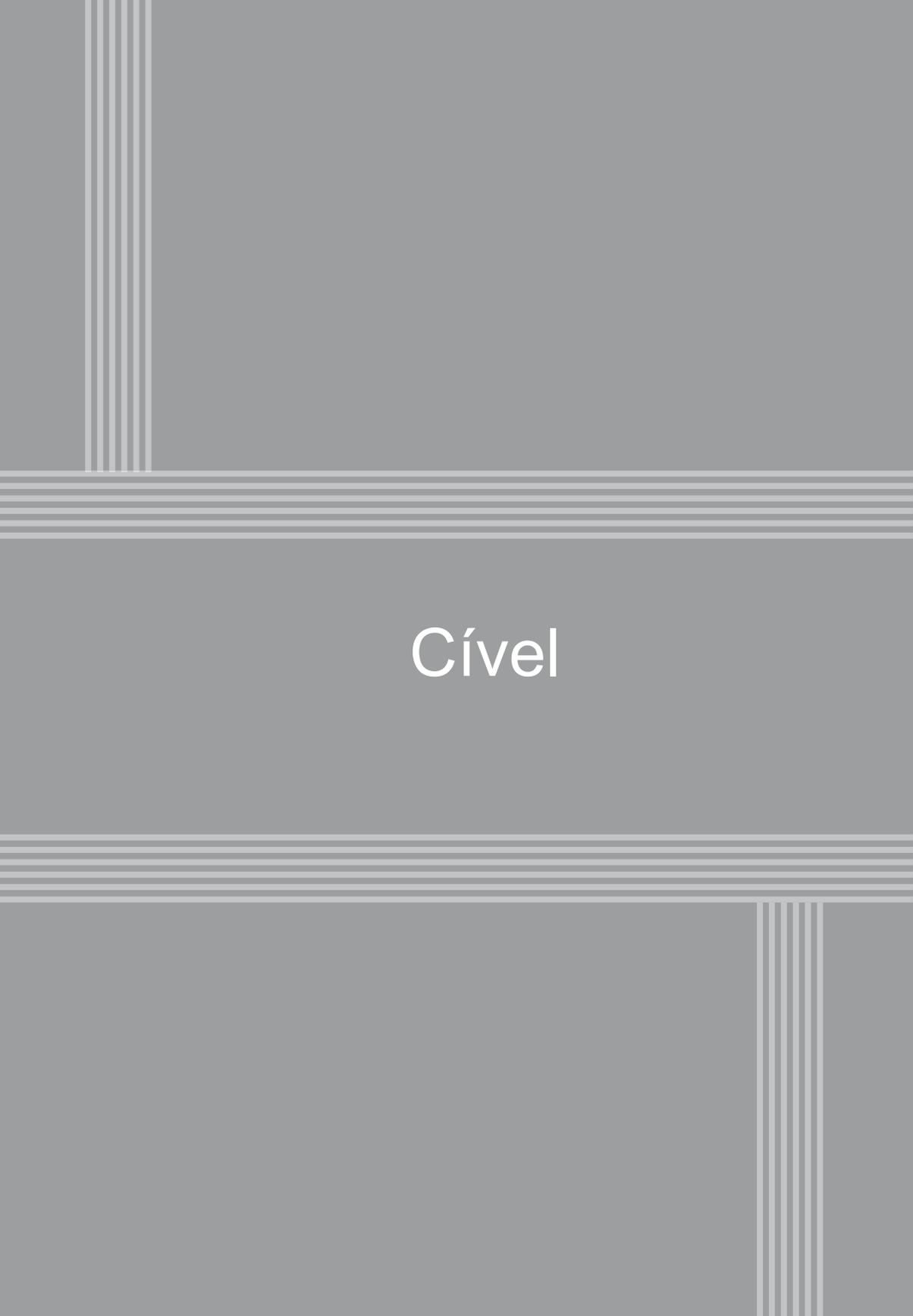
Além de homenagear os colegas, uma inovação da versão 2015 do “Melhor Arrazoado”, elogiada por premiados e integrantes das comissões julgadoras, foi o ingresso de pelo menos um membro aposentado em cada uma das bancas. Assim, na Série Criminal, a banca foi composta pelo procurador de Justiça aposentado Paulo Álvaro Chaves Martins Fontes e os procuradores de Justiça João Antonio dos Santos Rodrigues e Renato Eugênio de Freitas Peres. Já na Série Cível, a banca julgadora foi composta pelo procurador de Justiça aposentado Bernardo Ferreira Fraga e pelos procuradores de Justiça José Bazilio Marçal Neto e Rolando Maria da Luz. E na Série Difusos e Coletivos os julgadores foram o procurador de Justiça aposentado Marco Vinício Petrelluzzi e os procuradores Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira e Luiz Fernando Rodrigues Pinto Junior.

Os premiados foram: na Série Criminal, Adalberto Denser de Sá Junior (1º colocado), Christiano Jorge Santos (2º), Eduardo Caetano Queirobim (3º) e Evandro Ornelas Leal, João Santa Terra Junior, Marco Aurélio Bernarde de Almeida e Paulo César Neuber Deligi (Menção Honrosa); na Série Cível, Paulo Henrique Castex (1º), Henrique Braso Schulz (2º), Sérgio

Ricardo Gomes de Moura (3º) e Eduardo Martins Boiati (Menção Honrosa); e, por fim, na Série Difusos e Coletivos, os vencedores foram Maria Julia Kaial Cury (1ª), Claudemir Battalini (2º), Alexandra Facciolli Martins, Geraldo Navarro Cabanas, Ivan Carneiro Castanheiro e Rodrigo Sanches Garcia (3ºs) e Leonardo Bellini de Castro (Menção Honrosa).

Assim, o Concurso “Melhor Arrazoado Forense” da APMP comprova, a cada edição, a competência e o nível de preparo e qualidade dos colegas do Ministério Público do Estado de São Paulo, sempre protagonista e em posição de destaque. Parabéns a todos.

Felipe Locke Cavalcanti
Presidente da Associação Paulista do Ministério Público



Cível

Democratização da gestão das Fundações Privadas

EXMA. SRA. DRA. JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA DE IPAUSSU - SP

**Distribuição por dependência ao
Proc. nº 0001825-14.2014**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu Promotor de Justiça infra assinado, vem, respeitosamente, perante V. Exa., com fundamento no art. 798 do CPC e no art. 201, inciso V da Lei 8.069/90 (ECA), propor o presente

Ação cautelar incidental de afastamento de Conselheiros Fiscais e nomeação liminar de Conselheiros da FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA, em face de

- **MARCELO LUIS PAPA**, brasileiro, agricultor, RG nº 8.118.416 SSP/SP, residente e domiciliado na Rodovia BR 369, Km 19, nº 567, Cambará – PR;

- **JOSÉ EDUARDO ALVES LIMA**, brasileiro, agrônomo, RG nº 4.587.660 SSP/SP, residente e domiciliado na Chácara da Fumaça, Caixa Postal nº 15, Bairro Santa Terezinha, Lins – SP; e

- **JOSÉ CARLOS PENTEADO EGREJA**, brasileiro, industrial, RG nº 8426206 SSP/SP, residente e domiciliado na Fazenda Campestre, Caixa Postal nº 151, Penápolis – SP; e da

- **FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA**, entidade de direito privado, registrada no Cartório de Registro de Santa Cruz do Rio Pardo, sob o nº 57, Livro A-2, fls. 33, na pessoa de seu representante legal, com endereço à Praça Dr. Breno Noronha, nº 148, Ipaussu;

Pelas seguintes razões de fato e de direito:

I – BREVE HISTÓRICO

Este órgão do MP propôs ação civil pública em face da **FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA**, em 03/07/2014, para afastamento de dirigente, nomeação de administrador provisório e suprimimento judicial para alterações do estatuto, doravante denominada ação principal. Foi concedida liminar para nomeação do Dr. Cleso Carlos Verdellone como administrador provisório da entidade (fls. 223/224 dos autos principais).

Veio ao feito principal contestação da FUNDAÇÃO a fls. 254/256; contestação do conselheiro fiscal MARCELO LUIS PAPA a fls. 261/268, com pedido de ingresso na lide na qualidade de assistente da FUNDAÇÃO; manifestação do vice-presidente afastado, DR. ISIDORO ALVES LIMA a fls. 316/336, com pedido de ingresso na qualidade de litisconsorte facultativo voluntário. O MP manifestou-se em réplica a fls. 338/349, com documentos anexos às fls. 350/384.

Ocorre que os Conselheiros Fiscais, ora requeridos, vêm reiteradamente descumprindo suas obrigações determinadas no artigo 14, incisos II e III do Estatuto da FUNDAÇÃO, (v. cópia do Estatuto, fls. 212 dos autos principais). A saber: os Conselheiros Fiscais não entregaram os pareceres fiscais relativos aos exercícios de 2012 e 2013, apesar de instados a tanto (várias vezes) pela secretaria da entidade e pelo Ministério Público.

Destarte, o afastamento liminar dos requeridos da função de Conselheiros Fiscais é urgente, bem como a nomeação de um Conselheiro Fiscal provisório independente, para suprir tal função neste período turbulento da FUNDAÇÃO.

A nomeação provisória de Conselheiros Curadores idôneos da sociedade civil também se faz premente, pois a entidade encontra-se definhando a cada dia, tamanho é o desinteresse dos atuais conselheiros, conforme se demonstrará.

Vale destacar neste passo que, após a propositura da ação principal pelo Ministério Público, houve, entre outros fatos que serão abordados, um fato novo relevante: quatro novas renúncias definitivas de membros do Conselho Curador, além daquelas já anteriormente noticiadas.

II – DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ESTATUTÁRIAS PELOS CONSELHEIROS FISCAIS

Conforme declarações prestadas no Ministério Público pela secretária administrativa do Educandário da FUNDAÇÃO (doc. 01), o Conselheiro Fiscal MARCELO LUIS PAPA foi instado pela entidade a entregar o parecer fiscal do exercício 2013 no dia 18 de fevereiro de 2014 (doc. 02), quando lhe foram entregues as prestações de contas de todo o ano de 2013. A seu pedido, em 15 de abril de 2014 lhes foram enviados os balancetes e o balanço do exercício de 2013 (doc. 03). Cobranças foram feitas ainda no mês de abril, pois as Prefeituras da região estavam exigindo o parecer fiscal. Nenhuma resposta.

A ação principal foi proposta 03 de julho de 2014, noticiando este fato no articulado inicial, explicitando que a falta deste parecer, bem como aquele referente ao exercício de 2012, provocaram a suspensão das subvenções oficiais recebidas pela entidade.

Diante da inércia do requerido MARCELO, este órgão ministerial enviou os Ofícios nº 343/14, 379/14, 380/14, 381/14 e 382/14 a todos os Conselheiros Fiscais e seus suplentes (docs. 04 a 08, com os respectivos avisos de recebimento), dando prazo de 10 dias para envio do parecer fiscal de 2013.

Deve-se observar neste ponto que o Conselheiro MARCELO sempre se coloca à frente dos demais colegas de Conselho Fiscal, tomando a frente das decisões e contatos com os demais órgãos da entidade. Por isso sempre foi tido como representante “de fato” do Conselho Fiscal.

A suplente Almey Peres Egreja Alves Lima respondeu dizendo que estava no cargo fazia pouco tempo, e não recebera os documentos para análise (doc. 09).

O Conselheiro MARCELO respondeu em 07 de agosto de 2014, afirmando que solicitara ao atual Administrador Provisório o envio dos balanços, balancetes, analíticos e relatórios dos exercícios de 2012 e 2013, destacando: **“ambos sem parecer de aprovação em razão do não envio do balanço, pela antiga Diretoria da Fundação”**. (doc. 10).

Ora, conforme já demonstrado, tais documentos lhe haviam sido enviados pela secretaria da FUNDAÇÃO em fevereiro e abril de 2014 (docs. 02 e 03). Assim, o requerido MARCELO admitiu que realmente não enviou os pareceres dos exercícios 2012 e 2013, e usou como desculpa a suposta falta de recebimento dos balanços.

Considerando o bem maior da entidade, o Administrador Provisório lhe enviou novamente tais documentos, em 08 de agosto de 2014 (doc. 11).

Mais uma vez o Conselheiro MARCELO permaneceu inerte, demonstrando o descaso com que trata os assuntos da FUNDAÇÃO.

Os demais Conselheiros Fiscais nem sequer se incomodaram em enviar qualquer resposta.

Em sua missiva ao MP (doc. 10), o requerido MARCELO referiu também pedido de *“homologação para contratação de um preposto técnico”* para assessorar a análise e emissão dos pareceres fiscais, fazendo referência a uma ata do Conselho Fiscal na qual decidiram por tal contratação pelo “valor módico” (*sic*) de R\$ 2.500,00.

Uma entidade que passa pela crise financeira como a que vem passando a FUNDAÇÃO não pode se dar ao luxo de gastar mais R\$ 2.500,00 com um serviço que nada mais é do que obrigação estatutária do digno Conselheiro, especialmente considerando que já tem prestadores de serviços contratados para este tipo de atividade.

Com efeito, a FUNDAÇÃO tem contrato de serviços de contabilidade com a Empresa Contábil Ipaçuense, conforme declaração anexa (doc. 12).

Também recebe a prestação de serviços de auditoria externa independente por outra empresa, a Audicom Auditoria Comercial e Assessoria Contá-

bil, incluindo análise de balanço e emissão de relatório para o exercício 2013, conforme se vê da cópia de nota fiscal anexa (doc. 13).

O Conselheiro MARCELO sabe disso, pois participou das gestões em que tais contratações foram autorizadas. Ou, ao menos, deveria saber, se tivesse algum interesse em colaborar com a entidade, e não apenas ficar apresentando escusas vazias para seu deliberado e reiterado descumprimento da obrigação do art. 14, incisos II e III do Estatuto.

Em caso de discordância da execução financeira das gestões passadas, poderia simplesmente dar um parecer pela rejeição das contas dos exercícios em questão. Caso sinta falta de algum documento novo, que ainda não recebeu, pode pedi-lo especificamente à secretaria da entidade. O que não se aceita é esta soberba inércia com os assuntos da FUNDAÇÃO, escudando-se na esfarrapada e genérica desculpa de não recebimento dos balanços – que já lhe foram enviados repetidas vezes.

Para conhecimento, anexa-se cópia do parecer favorável pela aprovação referente ao exercício de 2011, emitido pelos mesmos Conselheiros, em 10 breves linhas (doc. 14). Foi a última vez que cumpriram sua obrigação estatutária.

III – DO PREJUÍZO CAUSADO À FUNDAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES PELOS CONSELHEIROS FISCAIS

Se não fosse apenas pelo grave descumprimento de obrigação estatutária, a atitude de descaso dos Conselheiros Fiscais, ora requeridos, vem causando também grave prejuízo à FUNDAÇÃO.

É que a ausência deste documento obrigatório – corriqueiro em qualquer entidade em que os conselheiros tenham um mínimo de dedicação à fundação – provocou a suspensão das subvenções municipal, estadual e federal que a entidade recebia mensalmente. Para uma organização que presta serviços filantrópicos de assistência social, essas verbas mensais são essenciais para a continuidade das atividades. Mais ainda em uma fundação que vem passando por uma grave crise financeira.

O Conselho Municipal de Assistência Social já enviou três cartas à entidade cobrando documentos, e informando que a falta do parecer fiscal provocará a permanência do bloqueio das subvenções das três esferas de governo (docs. 15 a 17).

O prolongamento desta situação provocará prejuízo financeiro irreparável à FUNDAÇÃO.

Aliás, conforme informações obtidas junto à administração da entidade, atualmente a dívida financeira consolidada supera a casa dos R\$ 300.000,00.

O afastamento dos Conselheiros Fiscais e nomeação de um Conselheiro Independente é medida urgente para a continuidade dos serviços prestados pela FUNDAÇÃO à sociedade ipaussuense.

IV – DAS NOVAS RENÚNCIAS E DA REUNIÃO DO CONSELHO CURADOR DE 02 DE AGOSTO DE 2014

Com todos esses problemas acontecendo, e após a intervenção judicial ocorrida no mês de julho de 2014, em razão da propositura da ação principal, era de se esperar que os membros do Conselho Curador se preocupassem em tomar algumas medidas, ou ao menos em reunir-se para discutir os assuntos trazidos à tona pela ação do Ministério Público.

Mas, infelizmente, não foi o que aconteceu. Muito ao contrário, conforme veremos.

Com a r. decisão liminar de fls. 223/224 dos autos, o Administrador Provisório foi nomeado em 11 de julho de 2014 (fls. 228).

ISIDORO ALVES LIMA, então Vice-Presidente da FUNDAÇÃO, afastado pela referida decisão judicial, foi intimado do *decisum in limine* em 15 de julho deste ano (fls. 239).

Depois disso, no mesmo mês de julho, quatro membros do Conselho Curador renunciaram ao cargo, desligando-se definitivamente da FUNDAÇÃO, conforme comprova o documento anexo emitido pela secretaria (doc. 18). Dois se desligaram no dia 29/07, e outros dois no dia 31/07 (docs. 19 a 21).

Ora, a debandada é evidente, talvez por medo de responsabilidades, talvez pela simples falta de compromisso com a causa.

Atualmente, dos 56 cargos vigentes do Conselho Curador, apenas 32 estão providos efetivamente (doc. 18).

Dos 24 cargos vagos, apenas dois entraram em vacância em razão de falecimento do membro. Todos os outros 22 foram objeto de renúncia – por pura falta de interesse dos respectivos membros da família fundadora em continuar com a obra de filantropia, tão necessária para a comunidade local. Destas renúncias, 15 ocorreram em menos de um ano, de novembro de 2013 até a presente data.

Vale também ressaltar que, após a concessão da liminar nomeando administrador provisório, em decorrência da ação principal, houve convocação para a realização de uma reunião ordinária do Conselho Curador da FUNDAÇÃO (doc. 22, anexo), realizada no dia 02 de agosto de 2014.

Apesar de toda a indignação familiar que os requeridos pretendem demonstrar, **apenas 12 conselheiros compareceram** à tal reunião, em que seria discutida a intervenção judicial promovida pelo Ministério Público. Apro-

ximadamente um quinto do quadro do Conselho Curador se reuniu para tratar de assuntos tão importantes da FUNDAÇÃO, em um momento tão crítico da vida da entidade.

Deve-se observar que, conforme consta da ata da referida reunião, os presentes ficaram estupefatos com a notícia da crise financeira da entidade. O trecho merece transcrição, quando foi aberta a palavra aos participantes, e apenas um deles se manifestou:

“(...) vindo então o Dr. José Silvestre Viana Egreja a fazer uso da mesma, o qual respaldado pelo posicionamento dos demais elementos deste mesmo Conselho, manifestou surpresa com a notícia de que a Fundação encontra-se atravessando um caos financeiro. Em seguida, verificando que imperou o silêncio, considerou encerrada a presente sessão.”

Maior descaso e desinteresse não pode haver. Diante de tão grave notícia, o que imperou foi o silêncio ... A reunião foi realizada no meio do período da manhã. Ao que parece estavam todos mais preocupados com a hora do almoço, do que com a sobrevivência da FUNDAÇÃO.

Como já observado antes, a grande maioria dos membros do Conselho mora em cidades distantes de Ipaussu. Os requeridos deste pedido, apenas para citar exemplo, moram em Cambará – PR, Lins – SP, e Penápolis – SP. Outros moram em São Paulo, outros em Araçatuba, outros em Jundiá, e assim por diante.

Dessa forma, também é urgente a nomeação de novos integrantes para o Conselho Curador – que sejam pessoas da sociedade local, comprometidos com os interesses da sociedade de Ipaussu, e que tenham vínculos estreitos com a comunidade.

V – DO FUDAMENTO JURÍDICO DO PEDIDO

Todas as manifestações feitas pelas partes adversas nesta lide incorrem em um essencial equívoco conceitual: que a vontade do instituidor da fundação é sagrada, e deve ser respeitada incondicional e integralmente. Assim, se o instituidor quis que a direção da fundação ficasse exclusivamente no seio de sua família, isso deve se perpetuar *ad eternum*.

Este dogma ao qual se apegam os requeridos tem dois claros limites: a uma, o atingimento satisfatório das finalidades sociais da fundação, e, a duas, o novo molde jurídico surgido com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002, calcados que são no princípio democrático, no princípio da solidariedade nas relações sociais, e no princípio da dignidade

da pessoa humana. Este segundo limitador, qual seja, o arcabouço estrutural do ordenamento jurídico, vem sendo claramente arranhado pela entidade. O primeiro encontra-se na iminência de sê-lo também, e foi por isso que o parquet moveu a presente ação.

Os requeridos insistem numa visão patrimonialista do instituto da fundação, e claramente veem a FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA como um *patrimônio familiar*, que deve ser gerido somente pelos membros de tal família.

Há muito que a organização civil da fundação privada deixou de ser patrimônio particular de seus instituidores, para se tornar, na definição da melhor doutrina, **um patrimônio afetado à consecução de determinado fim social** (GRAZZIOLI, Airton e RAFAEL, Edson José, in “*Fundações Privadas – doutrina e prática*”, Ed. Atlas, 3ª ed., 2013, p. 26). Esta interpretação defluiu sem dificuldade da leitura do artigo 62 do Código Civil, que dispõe:

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Depois de instituída a fundação, o patrimônio do instituidor se destaca de sua esfera jurídica e de seus familiares, adquirindo então plena autonomia, para ser administrado exclusivamente para a obtenção da finalidade social da entidade, descrita em seu ato original. Por isso se fala da irreversibilidade dos bens doados ao patrimônio fundacional.

A doutrina especializada já se debruçou sobre este tema (GRAZZIOLI, Airton, in “*Fundações Privadas – das relações de poder à responsabilidade dos dirigentes*”, ed. Atlas, 2011, p. 106):

Por ser a fundação um patrimônio personificado com finalidade social, ela não pertence ao instituidor e nem aos seus dirigentes. Em verdade toda fundação privada pertence à sociedade em seu conceito amplo. (...)

Por essa razão é que, em regra, o poder deve ser exercido temporariamente, pelo tempo definido estatutariamente. Os lapsos temporais estabelecidos nos estatutos são nominados de mandatos. (...)

A experiência, em verdade, tem mostrado que o poder vitalício em regra não é construtivo nas fundações, revelando-se o rodízio entre os dirigentes muito mais proveitoso para os interesses da sociedade.

Mesmo porque estes não administram patrimônio próprio, mas sim bens e interesses da sociedade civil. “

(grifos acrescentados)

A partir do momento que os dirigentes se revelarem incapazes de dar a este patrimônio a destinação adequada, deverão ser substituídos na condução da entidade. E neste lapso surge a atribuição de velamento das fundações conferida por lei ao Ministério Público.

Portanto, **a administração da fundação também deve ser totalmente voltada para a finalidade social** da entidade – esta sim estabelecida pelo instituidor de forma indelével.

Nesta mesma obra o autor pondera (p. 109):

Importante anotar, nesse contexto, que o dirigente não pode pretender imprimir sua marca pessoal na gestão da entidade. Seu compromisso deve ser com a lei, com o estatuto social, com os interesses da fundação e com a ética, priorizando, na medida do possível, a continuidade dos projetos sociais. A existência de mandatos para os dirigentes não implica o reconhecimento de que poderá ocorrer, no âmago da fundação, descontinuidade na política institucional.

(grifos acrescentados)

Essa é a razão porque, na atualidade, as fundações estão enquadradas no terceiro setor da sociedade, regido este pelo denominado *Direito Social*, ou *Terceiro Direito*, em oposição à clássica dicotomia direito público x direito privado.

Assim leciona Edson José RAFAEL, na obra acima referida (p. 24):

Assim, passa o Direito Social a ter autonomia frente aos dois grandes ramos já conhecidos, abarcando em seu seio as entidades não-governamentais, sem fins lucrativos, voltadas para o interesse social comunitário.

Nasce, pois, uma nova árvore, autônoma, que com inclinação específica pela justiça social, passa a não se identificar com nenhum outro ramo do direito já existente: o Terceiro Direito, cuja essência é encontrada no interesse público das próprias comunidades de onde emana, sem qualquer participação estatal.

Enquanto no Direito Privado os sujeitos são exclusivamente os cidadãos na forma isolada, no Direito Público aparece o Estado com o mesmo interesse e importância dos cidadãos, agora considerados

“entes governados”. No fundo, o sujeito de ambos os direitos é o mesmo, ou seja, o homem em suas relações.

E em seguida conclui o raciocínio inserindo o homem como centro do universo social, com sua intrínseca tendência de se associar:

Com relação ao Terceiro Direito, o homem é também a figura central, sobretudo em razão de sua essência de pensar, coletivizar, associar, que não pode ser confundida com a tendência de governar e de ser governado, nem com a qualidade de indivíduo isolado em contato com outros indivíduos.

*Por sua qualidade de ser racional e social, de conviver, o homem é o sujeito do Terceiro Direito. **Associa-se a seus semelhantes para alcançar fins civis comuns**, que lhe seriam mais difíceis ou impossíveis atingir de forma individual ou isolada.*

(grifos acrescentados)

VI – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DAS FUNDAÇÕES CONTIDAS NO CÓDIGO CIVIL

A Constituição Federal estabelece como um de seus princípios a dig-nidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III. O mesmo dispositivo estabelece que a República constitui-se em Estado Democrático de Direito – aliás, o *regime democrático* foi alçado à condição de *princípio constitucional sensível*, nos dizeres da doutrina, por força do art. 34, VII, alínea a) da CF/88. A construção de uma sociedade justa e solidária é um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso I). Muito já se falou sobre a força normativa dos princípios gerais de direito, sendo desnecessário prolongar-se neste tema.

Destarte, por força de norma, o princípio democrático e o objetivo fundamental da solidariedade devem permear todas as relações humanas no nosso país.

A corrente mais moderna do direito civil propugna a *constitucionalização* de seus cânones, formando o corpo do *Direito Civil Constitucional*, que seria totalmente fundado no princípio do *solidarismo constitucional*, acima referido.

Tal linha doutrinária propõe que todos os institutos do Direito Civil devem ser interpretados e aplicados sob o prisma dos princípios gerais da constituição federal.

No âmbito do Direito Social, que rege a atuação das fundações, esse paradigma vem sendo aplicado de forma ampla e generalizada.

Foi neste espírito que a Diretoria Regional de Desenvolvimento Social de Avaré (DRADS – Avaré), órgão ligado à Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social, expediu o ofício que consta de fls. 200/203 dos autos, recomendando a adequação do estatuto da entidade ao Novo Código Civil, ressaltando que a fundação ainda era gerida exclusivamente por familiares do instituidor (doc. 23).

Em julho de 2013 foi encaminhada à direção da FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA, pela Secretaria Municipal de Assistência Social, uma cartilha elaborada no Senado Federal para adaptação dos estatutos das entidades do terceiro setor ao Código Civil de 2002, cuja cópia vai anexa a esta manifestação (doc. 24).

Neste texto, elaborado na casa legislativa dos decanos do Congresso Nacional, símbolo institucional da democracia, consta que as entidades sem fins lucrativos devem prever a forma de admissão de associados, estabelecendo seus direitos e deveres.

Por isso passou a se exigir da FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA que modificasse seu estatuto, admitindo o ingresso de associados, e viabilizando assim a participação da sociedade civil na gestão da entidade, como determinam os princípios constitucionais acima descritos: o princípio democrático e o princípio da solidariedade.

O que se pretende obter com a presente ação é, na verdade, a única forma de salvar a FUNDAÇÃO de uma extinção certa. Atualmente os membros do Conselho Curador não se interessam mais por colaborar com a administração da fundação, conforme demonstram as várias renúncias ocorridas em série (fls. 16/27 dos autos principais, e docs. 19 a 21 anexos).

Nas reuniões da assembleia é muito comum não haver quórum de deliberação, conforme declaração assinada por três dedicados funcionários da entidade, também anexada a este pedido (doc. 25). Muitos dos conselheiros residem longe desta cidade, e ficam distantes (em corpo e espírito) das reuniões e das atividades de gestão da fundação.

Como já mencionado acima, atualmente, dos 56 cargos do Conselho Curador, apenas 32 estão providos. Vale repetir: destes 24 cargos vagos, apenas dois entraram em vacância em razão de falecimento do membro. Todos os outros **22 foram objeto de renúncia**. Destas renúncias, **15 ocorreram em menos de um ano**, de novembro de 2013 até a presente data.

Com tudo isso, se não for permitido o ingresso de membros da sociedade civil, com celeridade, para participar das reuniões, deliberações e decisões da entidade, a FUNDAÇÃO definhará e morrerá. A equivocada visão dos membros do conselho curador, de que a FUNDAÇÃO é um patrimônio da família, deve ser desfeita sem demora.

Considerando que a finalidade social da entidade é promover a educação básica, bem como a proteção de crianças e adolescentes carentes, o

propósito de intervenção levado a juízo pelo Ministério Público continua firme, nos mesmos termos expostos na exordial. Muito mais não é preciso dizer, quando se atenta ao fato de que a entidade de acolhimento institucional da Comarca (e da região) é administrada pela FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA.

Para não fugir do direito positivo, postula-se uma interpretação sistemática dos dispositivos do Código Civil que tratam das associações e das fundações, entidades afins componentes do Terceiro Setor, regidas pelo Direito Social. É sabido nesta área do Direito que as fundações carecem de um estatuto legal mais amplo que os meros sete artigos do Código Civil (GRAZZIOLI, Airton, in “*Fundações Privadas – das relações de poder à responsabilidade dos dirigentes*”, ed. Atlas, 2011, p.21).

Dessa forma, ante a lacuna da lei, e sob a luz do constitucional princípio democrático e o escopo de solidariedade nas relações sociais, o estatuto da fundação privada deve prever a forma de ingresso e exclusão de associados, nos termos do art. 54, II do CC. Também o art. 55 do Código deve ser aplicado às fundações, quando estabelece que os associados devem ter iguais direitos, ressalvada a possibilidade do estatuto prever vantagens especiais.

Nunca é demais apontar que as teorias mais modernas da hermenêutica jurídica pregam que a norma jurídica deve ser interpretada sempre considerando os fatos da realidade concreta em exame.

Logo, não basta que o estatuto preveja apenas o ingresso de associados. Para além, deve a carta de regência da entidade viabilizar que os associados participem de forma efetiva das atividades da fundação – uma entidade que trata de interesse público da comunidade. Em outras palavras: os associados devem participar das deliberações com voz ativa, com direito de votar e serem votados, pois um interesse coletivo da sociedade local está em jogo.

Em suma, a FUNDAÇÃO FERRAZ EGREJA precisa urgentemente do ingresso de membros da sociedade civil local, como pura forma de sobrevivência. Se assim não for, sua própria existência futura ficará prejudicada, com prejuízo do serviço social prestado às crianças e adolescentes da região.

VII - DAS MEDIDAS LIMINARES

Faz-se necessário o imediato afastamento dos Conselheiros Fiscais, ora requeridos, diante do reiterado descumprimento de obrigações e prejuízos que vêm causando à FUNDAÇÃO.

Nesse sentido:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. FUNDAÇÃO. INTERVENÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMATIO AD CAUSAM. O Ministério Público detém legitimidade para requerer a intervenção em fundação,

por meio de ação civil pública, tendo em vista a função do parquet de zelar, fiscalizar e proteger o patrimônio público e social, como o pertencente ao ente fundacional.

- Havendo indícios de irregularidades na administração de fundação, HÁ QUE SE CONCEDER LIMINAR, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PARA O AFASTAMENTO DO PRESIDENTE DA ENTIDADE E A NOMEAÇÃO DE INTERVENTOR, com o objetivo de que sejam elas apuradas. (TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 0237580-4/00 - 6ª C. Cível – Unânime - 13/11/97)”.

O artigo 798 do CPC assim prescreve:

Art. 798. *Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.*

Não restam dúvidas de que estão presentes os pressupostos para a concessão da medida cautelar incidental, com base no poder geral de cautela, uma vez presente o **fumus boni iuris**, consubstanciado na legítima e necessária defesa de interesse social (patrimônio fundacional e serviço de acolhimento institucional), assim como o **periculum in mora**, por haver justificado receio de que a procedência do pedido na ação principal possa tornar-se ineficaz ao final.

Requer-se assim, em caráter liminar:

1- seja determinado o afastamento de suas funções dos atuais Conselheiros Fiscais MARCELO LUIS PAPA, JOSÉ EDUARDO ALVES LIMA e JOSÉ CARLOS PENTEADO EGREJA;

2- para cumprir este múnus de forma provisória e independente, até que novas eleições possam ser realizadas em ambiente de estabilidade institucional, o Ministério Público indica o Sr. **ROENY CORNÉLIO GARCIA**, brasileiro, casado, bancário, com domicílio comercial na agência do Banco do Brasil nesta urbe, Praça Dr. Raphael Souza, nº 340, tel. (14) 99706-3882, e requer sua **nomeação** como **Conselheiro Fiscal** e integrante do **Conselho Curador**;

3- para recompor ao menos parte do combatido Conselho Curador com membros da sociedade civil, o Ministério Público indica os cidadãos abaixo, todos de reputação idônea, e requer sua **nomeação como Conselheiros Curadores**:

- **MARIO PIRES DA SILVA**, brasileiro, casado, bancário aposentado, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., na rua Campos Salles nº 680, telefones: 3344-1172 e 99653-8380.

- **HEDY JOSÉ VERDELONE**, brasileiro, casado, serventário da Justiça aposentado, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., (Foto Shop Telma – Praça Dr. Raphael de Souza nº 70 - fone: 3344-1080)

- **DIRCEU CANTARIN**, brasileiro, casado, aposentado, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., na rua Professor Pedro Leme Brisola Sobrinho nº 318 (telefone: 3344-1505)

- **VINÍCIUS JOSÉ PEDRACI**, brasileiro, solteiro, maior, Diretor Institucional da APAE, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., na rua Lázaro Correa Leite nº 49 – Jardim Cocajá I, (celular: 997380366)

- **JOSÉ CARLOS PEREIRA**, brasileiro, casado, bancário aposentado, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., Professor Pedro Leme Brisola Sobrinho nº 166, (celular: 997146277)

- **JOÃO BATISTA CAMARGO**, brasileiro, casado, policial aposentado, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., na rua José Verdeleri nº 127 – Parque Residencial Nagib Miguel (telefone: 3344-3471)

- **JANE MILANI CAMARGO**, brasileira, casada, oficial administrativa, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., na rua José Verdeleri nº 127 – Parque Residencial Nagib Miguel (telefone: 3344-3471)

- **ANTONIO JOSÉ GALVANIN**, brasileiro, casado, bancário aposentado, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., na rua Professor Pedro Leme Brisola Sobrinho nº 771 (fone: 3344-1491)

- **Pastor SILAS DE SOUZA**, brasileiro, casado, pastor presbiteriano e professor, residente e domiciliado em Ipaussu-SP., na rua Marcos Modesto Dálio nº 71 (celular: 997055747).

4- expedição de Ofício ao **Conselho Municipal de Assistência Social**, Rua Salvador Melchior, 384, Centro, Ipaussu - SP, CEP 18950-000, e à **DRADS - Avaré** (Diretoria Regional de Assistência e Desenvolvimento Social), Rua Rio Grande do Norte, 674, Centro, Avaré - SP, CEP 18700-110, com cópia do presente pedido incidental e da decisão sobre o pedido liminar, para conhecimento daquele órgão.

VIII - DOS PEDIDOS FINAIS

Ante o exposto, requer o Ministério Público:

1- seja determinado o afastamento definitivo dos Conselheiros Fiscais, ora requeridos;

2- a citação dos requeridos, para contestar a presente sob pena de confissão, acompanhando o feito até final sentença;

3- sejam nomeados em caráter definitivo o Conselheiro Fiscal e os Conselheiros Curadores acima listados;

4- seja julgada procedente a presente ação;

5- a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 1.000,00.

Ipaussu, 8 de setembro de 2014.

Paulo Henrique Castex
Promotor de Justiça

Extensão dos efeitos da falência à empresa alcançada pela desconsideração da personalidade jurídica

AUTOS Nº 2450/02-2 - 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO
PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS

HENRIQUE BRASÓ SCHULZ
3º PROMOTOR DE JUSTIÇA

AUTOS Nº 2450/02-2 - 3ª VARA CÍVEL
PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS

M.M. Juiz

Trata-se de pedido de providências instaurado em razão dos fatos noticiados pela massa falida do Banco Fortaleza S/A, credora da empresa falida Anerpa Comercial de Materiais para Construção Ltda.

Denuncia, em síntese, que a empresa Uemura & Uemura Comercial Ltda., atualmente denominada Anerpa Comercial de Materiais para Construção Ltda., com o objetivo de lesar os seus credores, vendeu, pelo valor de R\$ 43.000.000,00, embora noticiado na imprensa que o valor real era de R\$ 75.000.000,00, os seus estabelecimentos, mercadorias e fundo de comércio para a empresa Home Decor que transferiu referidos bens para a empresa C & C Casa e Construção Ltda., devendo esta, em virtude da sucessão de empresas, responder pelos débitos da falida Uemura & Uemura Comercial Ltda.

Afirma que a empresa Uemura é titular da empresa Home Decor e que a empresa uruguaia Abidown Company é sócia da empresa Home Decor que é titular da marca Uemura, tratando-se, assim, das mesmas empresas.

Acrescenta que a sucessão de empresas foi reconhecida, em ação de execução, pelo Juízo da 35ª Vara Cível da Capital do Estado de São Paulo e que a decisão, reformada em Segunda Instância, somente produz efeitos entre as partes envolvidas nesse processo não atingindo os demais credores da massa falida.

Informa que a sucessão de empresas também foi reconhecida na esfera trabalhista.

Diz, por fim, que a venda dos estabelecimentos da Uemura sem o pagamento dos credores é ineficaz de pleno direito em relação à massa falida, nos termos do artigo 52, inciso VIII, do Decreto-Lei nº 7.661/45.

Requer, desta forma, sejam adotadas medidas visando a apuração da responsabilidade pelos atos praticados e o retorno dos bens transferidos ao acervo da massa falida para pagamento dos credores.

Em razão dos graves fatos noticiados no presente pedido de providências, pretende o síndico sejam estendidos os efeitos da falência de Anerpa Comercial de Materiais para Construção Ltda. (atual denominação de Uemura & Uemura Comercial Ltda.) para as empresas Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda. e C & C Casa e Construção Ltda., arrecadando-se os bens das referidas empresas até o limite do passivo que vier a ser apurado na falência (fls.103/108).

A requerida C&C Casa e Construção Ltda. apresentou defesa pugnando pela rejeição do pedido (fls.182/235). Afirma que ocorreu a coisa julgada com eficácia preclusiva, pois os fatos noticiados pelo Banco Fortaleza já foram apreciados pelo Judiciário em ação individual onde, em Segunda Instância, entendeu-se que não existiu a sucessão de empresas produzindo a decisão, proferida após a falência, o mesmo efeito jurídico do julgamento de uma ação revocatória. Sustenta também que, caso não reconhecida a coisa julgada, a matéria não pode ser discutida novamente em pedido de providências, devendo ser proposta ação revocatória. Diz ainda que ocorreu a decadência, pois os fatos já eram conhecidos na falência desde 2003 e o prazo decadencial para a propositura da ação pauliana é de quatro anos, tendo sido celebrado o negócio jurídico impugnado no final de 2001. Acrescenta que decorreu o prazo decadencial para a propositura da ação revocatória, nos termos do artigo 56, § 1º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, embora não tenha sido publicado o aviso previsto no artigo 114, do citado decreto, pois, havendo demora injustificada na publicação do aviso pelo síndico, o prazo deverá ser contado, a partir do momento em que deveria ter ocorrido a publicação. Defende que o não reconhecimento da decadência viola o princípio da segurança jurídica, pois o negócio foi realizado em 2001, razão pela qual, desde o ano de 2003, poderia ter sido proposta a ação revocatória. Alega que a C&C não é e nunca foi sócia da Anerpa, da Home Decor nem das outras empresas envolvidas direta ou indiretamente nos negócios e que a Home Decor não mantém relação societária com a Anerpa. Esclarece que não houve a venda do estabelecimento comercial pela Uemura, pois ela migrou os seus pontos comerciais para outros locais rescindindo os contratos de locação, sendo alugados os imóveis, apenas com as instalações físicas existentes e sem aquisição dos estoques de mercadorias e dos pontos comerciais, pela C&C diretamente com os proprietários não havendo, assim, prejuízo para os

credores. Relata que a C&C, quando da aquisição dos estabelecimentos da Home Decor e não da Anerpa em outubro de 2001, estava de boa fé, pois a falência da Anerpa foi decretada, posteriormente, em fevereiro de 2003. Acrescenta que, nos termos do artigo 52, do Decreto-Lei nº 7.661/45, a ineficácia objetiva da alienação de imóvel, dentro do termo legal da falência e antes da decretação da quebra, depende da prova da fraude e da má-fé do terceiro adquirente. Afirma que não há interesse de agir na declaração da ineficácia do negócio, pois a ação revocatória visa proteger a coletividade de credores e não punir o terceiro que contratou com o falido e que, na remota hipótese de ser acolhido o pedido como ação revocatória reconhecendo-se a ineficácia do negócio realizado, a C&C deverá ser considerada credora da massa, para que não ocorra o enriquecimento ilícito da falida, sendo o seu crédito classificado como dívida da massa, nos termos dos artigos 54, § 1º, e 124, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, situação essa que aumentará a dívida da massa e trará prejuízo aos credores. Alega, por fim, que, em razão do tempo decorrido e não sendo mais possível a restituição dos estabelecimentos comerciais para a massa com as mesmas características, a obrigação, caso acolhido o pedido, deve ser convertida em perdas e danos fixando-se a indenização no valor da primeira alienação entre a KPR e a Home Decor.

A seguir, a Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda. apresentou defesa pugnando pela improcedência do pedido (fls.714/721). Afirma, em síntese, que a questão já foi analisada em ação individual ocorrendo a coisa julgada. Acrescenta que o requerente é carecedor da ação, pois a matéria não pode ser discutida em pedido de providências sendo necessária a propositura de ação revocatória. Esclarece que não existia nenhuma relação societária entre a Home Decor e a Anerpa. Informa que não foi a primeira a ocupar os pontos comerciais abandonados pela Anerpa e que, quando vendeu os estabelecimentos para a C&C, a Anerpa não tinha falido. Sustenta que, se existisse a fraude contra credores, ela não ensinaria a transferência da dívida da falida para o terceiro adquirente de boa-fé, mas apenas o desfazimento do negócio considerado lesivo. Acrescenta que, caso fosse desfeito o negócio com o retorno dos pontos comerciais ao patrimônio da falida, o síndico dependeria da autorização dos proprietários dos imóveis e teria dificuldades para negociar com eles os valores das locações e dos pontos comerciais diante da falta de recursos da massa falida, fato que ensinaria a propositura de ação de despejo por falta de pagamento contra a falida em prejuízo dos credores.

O síndico, após analisar e rebater as defesas apresentadas, novamente reiterou os termos da manifestação de fls.103/108 (fls.736/739).

É o breve relatório. Passo a opinar.

Assiste razão ao síndico.

Não há que se falar em coisa julgada, pois esta ocorre quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso, sendo uma ação idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (artigos 301, parágrafos 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil).

Portanto, a reforma, em grau de recurso, da decisão do Juízo “a quo” que reconheceu a sucessão de empresas em ação de execução individual proposta pela massa falida do Banco Fortaleza em face da Uemura & Uemura Ltda. e outros, não afeta aqueles que não foram partes na ação de execução como é o caso da coletividade de credores prejudicada pela alienação e do síndico que pretende sejam estendidos os efeitos da falência de Anerpa Comercial de Materiais para Construção Ltda. (atual denominação de Uemura & Uemura Comercial Ltda.) para as empresas Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda. e C & C Casa e Construção Ltda.

Além do mais, os pedidos são diferentes. Aqui, não se trata de ação de execução individual, pois pretende o síndico, neste pedido de providências, a extensão dos efeitos da falência às empresas C&C Casa e Construção Ltda. e Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda.

Logo, não havendo repetição da mesma ação, fica afastada a tese de que ocorreu a coisa julgada.

O presente pedido de providências não trata de ação revocatória nem de ação pauliana, pois, conforme já ressaltado, pretende o síndico sejam estendidos os efeitos da falência da empresa Anerpa Comercial de Materiais para Construção Ltda. (atual denominação de Uemura & Uemura Comercial Ltda.) para as empresas C&C Casa e Construção Ltda. e Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda. em razão de ter ocorrido a sucessão de empresas com o objetivo de lesar os credores da falida. Assim, não há que se falar em decurso do prazo decadencial para o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica das requeridas e extensão dos efeitos da falência a elas.

Nesse sentido:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1180714 RJ 2010/0022474-9 (STJ)

Data de publicação: 06/05/2011

Ementa: DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SEMELHANÇA COM AS AÇÕES REVOCATÓRIA FALENCIAL E PAULIANA. INEXISTÊNCIA. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO SE EXTINGUE PELO NÃO-USO. DEFERIMENTO DA MEDIDA NOS AUTOS DA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE RESPONS-

BILIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INSTITUTO DIVERSO. EXTENSÃO DA DISREGARD A EX-SÓCIOS. VIABILIDADE. 1. A desconsideração da personalidade jurídica não se assemelha à ação revocatória falencial ou à ação pauliana, seja em suas causas justificadoras, seja em suas consequências. A primeira (revocatória) visa ao reconhecimento de ineficácia de determinado negócio jurídico tido como suspeito, e a segunda (pauliana) à invalidação de ato praticado em fraude a credores, servindo ambos os instrumentos como espécies de interditos restitutórios, no desiderato de devolver à massa, falida ou insolvente, os bens necessários ao adimplemento dos credores, agora em igualdade de condições (arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101/05 e art. 165 do Código Civil de 2002). 2. A desconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, é técnica consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela **empresa**, mas na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica - *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da **empresa** -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade. 3. Com **efeito**, descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos decadenciais para o ajuizamento das ações revocatória falencial e pauliana. 4. Relativamente aos direitos potestativos para cujo exercício a lei não vislumbrou necessidade de prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos...

Dispõe o artigo 50, do Código Civil, que: “*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*”

Portanto, demonstrando-se que houve a sucessão de empresas, com o fito de prejudicar credores, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência a outras empresas.

A respeito do assunto, merece destaque a seguinte jurisprudência.

- Acórdão nº 70032823494 de Tribunal de Justiça do RS. Sexta Câmara Cível, 08 de Setembro de 2011

APELAÇÃO CÍVEL. MASSA FALIDA. AÇÃO DECLARATÓRIA. QUESTÃO PREJUDICIAL AFASTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA

*PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL. EXTENSÃO DOS **EFEITOS** DA FALÊNCIA. PROVA DOCUMENTAL. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. Em que pese a distinção entre a pessoa jurídica e os sócios integrantes, o ordenamento jurídico pátrio autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, com responsabilização pessoal dos sócios e extensão dos **efeitos da falência** à segunda empresa, sobretudo, quando detectada confusão patrimonial, entre outros motivos, cumprindo manter a sentença hostilizada, perfeitamente amparada no conjunto probatório, legislação aplicável, doutrina e precedentes jurisprudenciais. Negaram provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Cível Nº 70032823494...*

- Acórdão nº 70047506571 de Tribunal de Justiça do RS, Quinta Câmara Cível, 30 de Maio de 2012

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. EXTENSÃO DOS **EFEITOS** À SOCIEDADE EMPRESÁRIA DIVERSA. POSSIBILIDADE. A extensão dos **efeitos** jurídicos da **falência** a terceiros é medida que se impõe quando verificado o abuso da personalidade jurídica para fraudar a lei, violar contratos ou prejudicar os direitos e interesses de credores, situação configurada na hipótese dos autos. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70047506571, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 30/05/2012)*

- Acórdãos nº 339063 de TJSP, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 29 de Agosto de 2013

*FALÊNCIA. Decisão que estendeu os **efeitos da falência** a outra empresa. Índícios sólidos de fraude contra credores, que justificam a manutenção da decisão. Precedentes deste Tribunal. Recurso desprovido.*

- Acórdão nº 70034722009 de Tribunal de Justiça do RS, Quinta Câmara Cível, 05 de Maio de 2010

*MANDADO DE SEGURANÇA. FALÊNCIA EXTENSÃO DOS **EFEITOS** DO DECRETO DE FALÊNCIA DE OUTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA À IMPETRANTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Verificado o abuso da personalidade jurídica, autoriza-se a desconsideração desta, nos termos do disposto no artigo 50 do Código Civil de 2002. A desconsideração da personalidade jurídica pode acarretar*

a extensão dos **efeitos da falência** de uma pessoa jurídica à outra. Confusão patrimonial entre a impetrante e a falida, que permite a extensão dos **efeitos da falência** àquela, inclusive com o fechamento e encerramento das suas atividades. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. DENEGADA A SEGURANÇA. (Mandado de Segurança Nº 70034722009, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Re...

TJ-SP - Apelação Com Revisão CR 5090014000 SP (TJ-SP)

Data de publicação: 26/09/2008

Ementa: **FALÊNCIA** e **DECLARATÓRIA** - Desconsideração da personalidade jurídica e **extensão dos efeitos da falência** - Cabimento, na hipótese - Comprovada a identidade entre a marca adquirida pela co-ré e aquela utilizada pela falida (utilização do mesmo maquinário) - **Empresas** do mesmo ramo - Evidenciada sucessão das empresas e transferência do ativo para a nova **empresa** (confusão patrimonial) - Desconsideração da personalidade jurídica das **empresas** sucessoras que atine o patrimônio dos sócios (porquanto também praticaram atos de confusão aptos a ferir o direito dos credores da massa)- Sentença mantida - Recursos improvidos.

TJ-RO - Agravo de Instrumento AI 10601020020043082 RO 106.010.2002.004308-2 (TJ-RO)

Data de publicação: 25/02/2009

Ementa: Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica. Aplicabilidade. Confusão patrimonial. Desvio fraudulento de bens. Desvirtuamento da função social da empresa. Prejuízo social. A lei civil é clara ao exigir, para a desconsideração da personalidade jurídica, a prova de que o abuso da personalidade jurídica se dá por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Havendo prova robusta de que uma empresa foi criada para servir de subterfúgio à outra, que a utiliza para desvio de bens, confusão patrimonial, desvirtuamento da função social da empresa, fraude ao fisco e **falência fraudulenta**, a **extensão dos efeitos da falência** à empresa “laranja” e a desconsideração de sua personalidade jurídica são medidas que impõem.

A desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência a outras empresas podem ser pleiteadas em pedido de providências, não havendo a necessidade da propositura de ação, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa como ocorre, no caso em tela, onde as requeridas foram citadas e tiveram a oportunidade de apresentar defesa quanto aos fatos que lhe são atribuídos.

Nessa direção, caminha a jurisprudência:

TJ-DF - Agravo de Instrumento AG 671820088070000 DF 0000067-18.2008.807.0000 (TJ-DF)

Data de publicação: 24/08/2009

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESARIAL, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. GRUPO ECONÔMICO. **EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA** DE SOCIEDADE COMERCIAL A OUTRAS SOCIEDADES COLIGADAS. DEFERIMENTO NO CURSO DO PROCESSO DE **FALÊNCIA**. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. UNIDADE ADMINISTRATIVA, FINANCEIRA E CONTÁBIL. ABUSO DE DIREITO. PREJUÍZO DOS CREDORES. 1. É POSSÍVEL A **EXTENSÃO** INCIDENTAL DO DECRETO FALENCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA A OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS, NO CURSO DO PROCESSO DE FALÊNCIA, QUANDO DEMONSTRADO QUE SE COLIGARAM PARA FORMAR GRUPO ECONÔMICO DE FATO, DESDE QUE HAJA EVIDÊNCIAS DE SUA UTILIZAÇÃO COM ABUSO DE DIREITO, PARA FRAUDAR A LEI OU PREJUDICAR TERCEIROS. PARA TANTO, NÃO HÁ NECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS POSSÍVEIS ATINGIDOS PARA MANIFESTAÇÃO PRÉVIA, PODENDO SER POSTERGADO O EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 2. A SOCIEDADE EMPRESÁRIA PREJUDICADA PELA DECISÃO NÃO TEM INTERESSE RECURSAL PARA REFORMAR A PARTE DA DECISÃO RECORRIDA QUE DETERMINOU A **EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA** ÀS OUTRAS PESSOAS JURÍDICA. 3. A UNIDADE GERENCIAL, FINANCEIRA E CONTÁBIL, ENTRE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, DE PERSONALIDADES JURÍDICAS AUTÔNOMAS, CARACTERIZA A EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO. A CONFUSÃO ENTRE AS RECEITAS E DESPESAS, QUE DIFICULTA A LOCALIZAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DE PATRIMÔNIO PARA GARANTIR AS DÍVIDAS DAS SOCIEDADES COLIGADAS, EVIDENCIA O ABUSO DE DIREITO, EM MANIFESTO PREJUÍZO DOS CREDORES, JUSTIFICANDO A **EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA** DE PESSOA JURÍDICA ÀS DEMAIS INTEGRANTES DO GRUPO. 4. AGRAVO IMPROVIDO.

TJ-PR - Agravo de Instrumento AI 5996123 PR 0599612-3 (TJ-PR)

Data de publicação: 11/11/2009

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO FALIMENTAR. PLEITO DE **EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA** E DESCONSI-

DERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PROPOSITURA DE AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFIGURADO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. EVIDENCIADA. REQUISITOS DA DESCONSIDERAÇÃO PRESENTES. ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL . DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

TJ-DF - Agravo de Instrumento AI 92259720088070000 DF 0009225-97.2008.807.0000 (TJ-DF)

Data de publicação: 16/03/2009

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESARIAL, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. **FALÊNCIA**. SUCESSÃO FRAUDULENTA DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. CONFUSÃO PATRIMONIAL. ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. **EXTENSÃO DO DECRETO FALENCIAL A OUTRA SOCIEDADE COMERCIAL**. DEFERIMENTO NO CURSO DO PROCESSO DE **FALÊNCIA**. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ATRIBUIÇÕES DO PARQUET. 1. NO CURSO DE PROCESSO DE **FALÊNCIA** É POSSÍVEL A **EXTENSÃO** INCIDENTAL DO DECRETO FALENCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA À PESSOA JURÍDICA IDENTIFICADA COMO SUA SUCESSORA, QUANDO CARACTERIZADO O ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, CONSUBSTANCIADO NA CONFUSÃO PATRIMONIAL, COMO FORMA ACAUTELAR OS INTERESSES DOS CREDORES E DA SOCIEDADE, SEM QUE SE NECESSITE DE NOVA CITAÇÃO, FICANDO O EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA POSTERGADO. 2. O MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA E DOS INTERESSES SOCIAIS, TEM LEGITIMIDADE PARA REQUERER A **EXTENSÃO DOS EFEITOS DE FALÊNCIA** DE SOCIEDADE EMPRESARIAL, JÁ DECRETADA, A OUTRA PESSOA JURÍDICA, QUANDO CARACTERIZADA A SUCESSÃO FRAUDULENTA DE SOCIEDADES. 3. COMPROVADO O ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, CARACTERIZADO PELA CONFUSÃO PATRIMONIAL, IMPÕE-SE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA FALIDA, POSSIBILITANDO-SE A **EXTENSÃO DOS EFEITOS DO DECRETO FALENCIAL** À SOCIEDADE EMPRESÁRIA IDENTIFICADA COMO SUA SUCESSORA. 4. AGRAVO IMPROVIDO.

Encontrado em: NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME 2ª Turma Cível 16/03/2009, DJ-e Pág. 88 - 16/3/2009 LEI DE **FALÊNCIA** /2005

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1266666 SP 2009/0196940-9 (STJ)

Data de publicação: 25/08/2011

Ementa: PROCESSO CIVIL. **FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE.** PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. *Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.* 2. *É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.* 3. *A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.* 4. *O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, estabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa.* 5. *Recurso especial conhecido, mas não provido.*

TJ-SP - Agravo de Instrumento AG 994092710740 SP (TJ-SP)

Data de publicação: 07/04/2010

Ementa: Falência - Decisão que decretou a extensão dos efeitos da quebra à empresa agravante - Inconformismo - Desacolhimento - Cerceamento de defesa não configurado, pois bastava a apresentação de documentos, inclusive na via recursal - Alegações infundadas e desprovidas de densidade jurídica a afastar a conclusão de que hou-

ve confusão patrimonial e promiscuidade econômica entre as duas sociedades - Decisão mantida - Recurso desprovido.

Os documentos, que instruem os autos, indicam que houve a noticiada sucessão de empresas.

Verifica-se, em pesquisa realizada, no dia 18/04/2003, junto ao INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), que a empresa Uemura & Uemura Ltda. é titular do registro da marca Home Decor e que a titular Abidown Company Sociedad Anonima recebeu notificação referente à marca Home Decor (fls.23/24).

Constata-se, também, em pesquisa realizada, em 18/04/2003, junto ao INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), que as empresas Abidown Company Sociedad Anonima e Anerpa Administração Neg. Repres. e Participações S.A. são titulares do registro das marcas Uemura e Uemura Home Center e que a empresa Abidown Company Sociedad Anonima é titular do registro da marca Uemura o Hipermercado da Construção (fls.29/32).

Segundo ficha cadastral da empresa Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda., emitida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo em 21/03/2002, consta como um dos seus sócios a empresa Abidown Company Sociedad Anonima (fls.25/28).

Em reunião das sócias cotistas da empresa C & C Casa e Construção Ltda. (sócias cotistas: Alfa Participações Comerciais Ltda. e Alfa Participações Industriais Ltda., representadas por Aloysio de Andrade Faria), realizada em 29/11/2001 com registro na Junta Comercial, deliberou-se, por votação unânime, a ratificação dos atos praticados pela Diretoria referentes à assinatura do Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra de Estabelecimentos Comerciais (Pontos e Fundos de Comércio), Mercadorias e Instalações com Cláusulas Suspensivas, tendo como promitente vendedora a Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda., no valor de R\$ 43.000.000,00 (quarenta e três milhões de reais) – fls.33.

Publicada matéria no Jornal do Brasil, no dia 11/12/2001, confirmando que a empresa C & C Casa e Construção comprou seis lojas das dez unidades da Uemura numa transação estimada pelo mercado em R\$ 75.000.000,00; que o negócio envolveu a marca do Uemura, cuja razão social passou a ser Anerpa, empresa que adquiriu o grupo há dois anos; que a C & C adquiriu as principais lojas: São José dos Campos, Campinas, Jundiaí, São Bernardo do Campo, Morumbi e Jaguaré; que é uma maneira do controlador, o banqueiro Aloysio Farias, dono do Banco Alfa, preparar-se para uma investida no país da Home Depot, maior rede varejista de artigos para casa; e que o negócio também é uma tentativa da Uemura salvar a sua própria pele (fls.34).

Apurou-se que, em 16/09/2002, a empresa Home Decor do Brasil Materiais para Construção Ltda. era titular do domínio Uemura.Com.Br (fls.35).

A respeito do assunto decidiu o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica): EMENTA: Ato de Concentração – Transação a nível regional – Operação refere-se à aquisição de 6 (seis) pontos comerciais da Home Decor do Brasil Material para Construções Ltda. pela C & C Casa e Construção Ltda., pertencente ao Conglomerado Alfa – Hipótese prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 – Apresentação Tempestiva – Ausência de impugnações de terceiros interessados – Inexistência de prejuízos à concorrência – Decisão pela aprovação com restrição.

Evidenciam, assim, os fatos narrados que houve sucessão de empresas e confusão patrimonial, justificando-se, portanto, a extensão dos efeitos da falência às empresas sucessoras.

Ressalte-se que, segundo o artigo 1146, do Código Civil: *“O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.”*

Desta forma, assistindo razão ao síndico, opino pelo acolhimento do pedido por ele feito a fls.108, item 18.3.

SBC, 10 de novembro de 2.014.

HENRIQUE BRASÓ SCHULZ
Promotor de Justiça

Medidas protetivas para regularização da guarda e tratamento médico de urgência para crianças em situação de risco

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE IGUAPE/SP.

URGENTE: CRIANÇA HOSPITALIZADA PARA TRATAMENTO CONTRA CÂNCER

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro nos artigos 127, “caput”, e 129, inciso IX, ambos da Constituição Federal, e nos artigos 98, inciso II, 101, 148, parágrafo único, “a”, e 201, inciso III, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizar a presente

AÇÃO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS. NOMEAÇÃO DE GUARDIÃO E FIXAÇÃO DE ALIMENTOS, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

pelo procedimento dos artigos 165 a 170 do ECA e, subsidiariamente, pelo rito ordinário comum, em face de **XXXX**, brasileiro, RG n. XXXX, atualmente preso na Penitenciária de XXXX, de **XXXX**, brasileira, filha de XXXX e de XXXX, com domicílio na Rua XXX, n. XXX, Bairro XXX, nesta cidade e Comarca de Iguape/SP, e de **XXXX**, brasileira, demais dados desconhecidos, domiciliada na Rua XXX, n. XXX, Bairro XXX, nesta cidade e Comarca de Iguape/SP, **para a proteção dos direitos fundamentais** de XXXX, nascido em 23.04.2004, e de XXXX, nascido em 14.09.2005, filhos do requerido **XXXX** e de XXXX, conforme as razões de fato e de direito que passa a expor.

I – Dos Fatos

A genitora dos infantes é falecida e o genitor **XXXX** cumpre pena privativa de liberdade em Penitenciária no Estado de São Paulo (cf. documentos anexos).

Assim, as crianças não têm representante legal que atualmente possa delas cuidar e responder sobre tratamento médico e outras questões que envolvam eles.

Além disso, o Conselho Tutelar de Iguape, em 11.09.2014, encaminhou à Promotoria de Justiça de Iguape relatório social do Instituto de Oncologia Pediátrica, no qual se aponta o grave estado de saúde de XXXX, que foi diagnosticado com câncer e necessita de **Transplante de Medula Ossea**, sendo que o doador compatível seria seu irmão XXXX.

Foi informado, ainda, que a guarda fática de XXXX está sendo exercida pela requerida **XXXX**, sua tia paterna, e a guarda fática de XXXX está sendo exercida pela requerida **XXXX**, pessoa sem vínculo de parentesco.

E apesar de ter sido formalizado termo de entrega e responsabilidade dos infantes à tia paterna **XXXX** por parte do Conselho Tutelar, não há notícia se tal medida será suficiente perante a referida instituição de saúde para que o procedimento médico seja realizado.

Além disso, é essencial que a questão da guarda dos infantes seja regularizada a fim de que o responsável possa manifestar seu **consentimento informado a respeito do tratamento médico sugerido** (vide artigo 15 do Código Civil), e ainda represente os infantes nos demais atos da vida civil até que o requerido XXXX seja colocado em liberdade e demonstre ter condições de cuidar dos filhos.

É importante destacar, ainda, que a requerida XXXX deve ser devidamente avaliada para verificar se há vínculos de afinidade e afetividade com XXXX para que então seja nomeada guardiã dele, caso, é claro, a medida atenda ao superior interesse do infante (artigo 100, parágrafo único, inciso IV, do ECA).

E ainda é necessária a tomada urgente de providências para a regularização, ainda que provisória, da guarda dos infantes, para que a instituição de saúde acima referida seja comunicada e eles recebam o acompanhamento médico necessário com a anuência do responsável.

Anoto, por fim, que é essencial que sejam fixados alimentos, inclusive provisórios, a serem prestados pelo requerido XXXX se este receber algo pelo trabalho na prisão ou a título previdenciário ou assistencial, ou por ocasião de sua colocação em liberdade, ante a relação de parentesco e a evidente necessidade das crianças em recebê-los para sua subsistência e educação, com base no artigo 1694 do Código Civil.

II – Do Direito

Como as crianças e adolescentes são considerados incapazes para exercer, por si, os atos da vida civil (artigos 3º, inciso I, e 4º, inciso I, ambos do Código Civil)¹, seus interesses são indisponíveis, o que já autorizaria a

¹ Apesar de aos adolescentes maiores de 16 anos ser atribuída a prática de certos atos da vida civil, como a elaboração de testamento (artigo 1.860, parágrafo único, do CC), são ainda considerados incapazes, relativamente, para a prática da maior parte dos atos da vida civil.

atuação do Ministério Público, com base no disposto no artigo 127, “*caput*”, da Constituição Federal.

Pertinente a este tema, é a seguinte lição de Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e de Thales Cezar de Oliveira:

“As únicas hipóteses em que o Ministério Público intervém para garantia de interesses individuais relacionam-se com a defesa de pessoas determinadas, que pelas suas características estão em situação de desvantagem perante seis pares ou quando se trata de direitos indisponíveis. Há, na defesa dos direitos particulares dos integrantes desses grupos humanos, um interesse público em sentido amplo, que é o de promover uma sociedade justa e equânime. Daí a legitimidade para intervir em favor do portador de deficiência, do idoso, do incapaz, da criança e do adolescente.”²

No mesmo sentido é a posição de Galdino Augusto Coelho Bordalho:

“Trata-se de uma atividade específica do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, o que causa espanto aos juristas que não possuem intimidade com as peculiaridades do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois já tivemos a oportunidade de constatar a existência de inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que o Ministério Público não possui legitimidade para defesa de direitos individuais das crianças e dos adolescentes. O equívoco destas decisões só pode ser atribuído a desconhecimentos das regras estatutárias.”³

Ademais, os interesses das crianças e adolescentes têm um aspecto social, uma vez que sua defesa interessa também à sociedade, como bem destaca Paulo Affonso Garrido de Paula:

“Sendo um misto de interesse individual e social, porquanto seu objeto representa um bem pessoal e de toda a sociedade, interessada na sua validação para arrimar a construção da cidadania, seu caráter

² *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Altas, 2008 (Série leituras jurídicas: provas e concursos), v. 28, p. 275-276.

³ *Adoção. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 523-524.

*público impõe a defesa também pelo Ministério Público, encarregado pela Constituição Federal do zelo aos interesses sociais e individuais indisponíveis.*⁴

Assim, são perfeitamente compatíveis com a destinação institucional do Ministério Público as disposições insertas no artigo 201 do ECA, inclusive em seu inciso III. E não é por outra razão que a Lei Complementar Federal n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu artigo 5º, inciso III, “e”, indicou que dentre as funções institucionais do Parquet está a defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes.⁵

Além disso, o artigo 201, inciso III, do ECA estabelece que compete ao Ministério Público promover, dentre outras, as ações de nomeação e remoção de tutores e guardiães, o que significa que pode o Parquet pedir que o Juiz da Infância e da Juventude atribua a guarda ou tutela de um infante a uma pessoa ou casal determinado.

Sobre o referido dispositivo legal, Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogério Sanches Cunha enfatizam que “o dispositivo fala em *promover* e *acompanhar*, o que remete a atuações como autor e também como fiscal da lei”.⁶

E, ao fazer menção ao instituto da guarda, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel defende a legitimidade do Ministério Público para requerer a nomeação de guardião com base no dispositivo legal supracitado quando a criança ou adolescente estiver em situação de risco.⁷

Tal posição, inclusive, já foi acolhida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“PEDIDO DE GUARDA. COMPETÊNCIA, JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E JUÍZO DE FAMÍLIA. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. 1. A competência da Justiça da Infância e da Juventude é ditada pelo art. 148 do ECA, estendendo-se aos pedidos de guarda e de tutela quando se tratar de criança ou adolescente que

⁴ Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 96.

⁵ Tal disposição, inclusive, é aplicável aos Ministérios Públicos dos Estados, nos termos do artigo 80 da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 488 (grifos do original).

⁷ Ação de guarda. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. 7.ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 779-780.

se encontre nas hipóteses elencadas no art. 98 do ECA. 2. Como regra, os pedidos de guarda e destituição do pátrio poder devem ser resolvidos perante o juízo especializado da infância e da juventude. 3. Estando a criança sob a guarda da mãe e dos avós maternos, cujo comportamento constitui ameaça aos direitos reconhecidos no ECA, tem legitimidade para propor a ação o órgão do Ministério Público e a competência é da vara especializada. Recurso provido (TJRS, 7.^a Câm. Cív., Apelação Cível 70007507585, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 18-2-2004)” (Grifos acrescentados).

E, no caso em tela, há **evidente situação de risco para as crianças**, em razão do fato de seu genitor estar preso, a mãe ser falecida, e não terem guardião nomeado judicialmente para representa-los nos atos da vida civil (artigo 98, inciso II, do ECA).

E a fixação da guarda judicial em relação à tia paterna ou, ao final, a outra pessoa em condições de cuidar deles, além de possibilitar a imediata representação dos pequenos, evitará a “devolução” aos cuidados da Justiça da Infância e da Juventude e que os infantes sejam institucionalizados por falta de representante legal.

De outra banda, no tocante ao pedido de alimentos, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.113.590 - MG (2009/0026873-9); RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI; RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS; RECORRIDO: A DOS S; ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS; EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 201, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ações de alimentos em favor de criança ou adolescente, nos termos do art. 201, III, da Lei 8.069/90 (Estatuto da criança e do adolescente). 2. Recurso Especial provido (j. em 24.08.2010 – grifos acrescentados).”

Contudo, à míngua de elementos quanto aos rendimentos do requerido e o fato de estar atualmente preso, tendo em vista o binômio necessidade/possibilidade, bem assim que, da análise das regras comuns de experiência, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (artigo 335 do CPC), conclui-se que o requerido pode suprir as próprias necessidades com 2/3 do que recebe mensalmente, de modo que deverão ser fixados os **alimentos provisórios em 1/3 (um terço) de seus rendimentos líquidos** em caso de trabalho formal (com ou sem vínculo empregatício).

Em caso de desemprego ou trabalho informal, tendo em vista que se presume ser o valor do salário-mínimo o indispensável para atender às necessidades vitais básicas do ser humano (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social), nos termos do artigo 7º, IV, da Constituição Federal, e, ainda, que os gastos relativos ao sustento da prole devem ser suportados, equitativamente, por ambos os genitores, deverão ser fixados os alimentos provisórios em **1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente**.

III – Dos pedidos

No caso em tela, há prova inequívoca da verossimilhança do quanto alegado, com base nas informações e documentos apresentados pelo Conselho Tutelar.

E o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação decorre da evidente situação de risco dos infantes, em que não se pode esperar a iniciativa das requeridas XXXX e XXXX em pleitearem a guarda em juízo, e que eles **precisam de um representante para responder perante o Instituto de Oncologia Pediátrica sobre o tratamento médico recomendado** (artigo 273, “caput”, inciso I, do Código de Processo Civil).

Vale destacar que as medidas na área da infância e da juventude devem ser tomadas sempre tendo em vista o superior interesse dos infantes e o mais rápido possível (artigo 100, parágrafo único, incisos IV e VI, do ECA).

Assim, pleiteia-se, em sede de **antecipação dos efeitos da tutela** a concessão da guarda provisória das crianças à requerida XXXX, por se tratar da tia paterna, e que já detém a guarda de fato de XXXX.

No tocante ao pedido de alimentos provisórios, que seja determinado ao requerido XXXX o pagamento a seus filhos XXXX e XXXX de alimentos no importe de **1/3 (um terço) de seus rendimentos líquidos** em caso de trabalho formal (com ou sem vínculo empregatício); e **1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente** em caso de desemprego ou trabalho informal.

No mais, requer-se:

- a) a autuação desta petição e dos anexos documentos;
- b) a citação dos requeridos para, querendo, ofertarem resposta no prazo legal;
- c) seja oficiado, **com urgência**, ao INSTITUTO ONCOLÓGICO PEDIÁTRICO, cujo endereço consta nos anexos documentos, comunicando a nomeação de XXXX como guardiã provisória de XXXX e XXXX;
- d) seja determinada a realização de estudo psicossocial, pelo Setor Técnico deste Juízo ou da equipe técnica da Casa da Criança de Iguape, com os requeridos e os infantes e a genitora e, se for o caso, membros da família extensa, a fim de aferir a medida protetiva que melhor atenderá aos

interesses das crianças, especialmente sobre qual das requeridas poderá ser nomeada guardiã definitiva dos infantes;

e) seja, ao final, **julgada procedente** a pretensão ministerial, a fim de:

e.1) confirmar a decisão que antecipou os efeitos da tutela, nomeando **XXXX** como guardiã de **XXXX** e **XXXX**, ou **XXXX** como guardiã de um ou ambos infantes, conforme apurado em estudo psicossocial, inclusive, se for possível, com a regulamentação do direito de visitas do requerido e, se for o caso, na forma indicada no estudo psicossocial (artigo 1589, “*caput*”, do Código Civil; e artigo 19, § 4.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação da Lei n. 12.962/2014);

e.2) convertidos os alimentos provisórios em definitivos, no mesmo importe já fixado, salvo se modificada a guarda em favor do requerido **XXXX**, ante o caráter dúplice do instituto; e,

e.4) aplicar em favor dos infantes as medidas protetivas mais adequadas dentre as previstas no artigo 101 do ECA, inclusive com a confirmação da medida já deferida em caráter de antecipação dos efeitos da tutela, se ainda for adequada.

Requer-se, ainda, a produção de todas as provas admitidas em Direito, especialmente pela juntada de documentos novos, perícias, oitiva de testemunhas e outras diligências que se forem necessárias à completa elucidação dos fatos articulados e para a superação da situação de risco a que estão expostos os infantes.

Dá-se à causa, para os fins legais, o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Iguape, 11 de Setembro de 2014.

SÉRGIO RICARDO GOMES DE MOURA
Promotor de Justiça

MULTIPARENTALIDADE: A possibilidade de coexistência dos critérios biológico e socioafetivo

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE VOTUPORANGA.

Proc. nº: 664.01.2008.019915-0

Ordem nº: 1074/08

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, através do Promotor de Justiça que a presente subscreve, comparece a presença de Vossa Excelência, para interpor **RECURSO DE APELAÇÃO** de parte da r. sentença de fls. 380/382, eis que não se conformou com a destituição da requerida JGB do poder familiar da criança ICC, nem com a não adoção da proposta conciliatória apresentada pelo Ministério Público a fls. 370/378.

Requer-se seja recebido o apelo, com as inclusas razões, intimando-se a defesa a apresentar suas contrarrazões, encaminhando-se em seguida os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Votuporanga, 11 de novembro de 2014.

Eduardo Martins Boiati

4º Promotor de Justiça

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE VOTUPORANGA

Proc. nº: 664.01.2008.019915-0

Ordem nº: 1074/08

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

Douta Procuradoria-Geral de Justiça

Apela o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** de parte da r. sentença de fls. 380/382, eis que não se conformou com a destituição

da requerida JGB do poder familiar da criança ICC, nem com a não adoção da proposta conciliatória apresentada pelo Ministério Público a fls. 370/378.

É o relatório.

O recurso merece ser provido.

Em relação à destituição do pátrio poder de LC, entendo que a sentença foi correta, pois inexistente qualquer vínculo entre a criança e ele. A r. sentença também foi correta quanto à constituição do poder familiar dos autores em relação à criança.

No entanto, em relação à destituição do poder familiar da requerida J, penso de modo diverso, eis que a manutenção dos vínculos dela com I melhor atende aos interesses da criança.

Vejam os.

A presente ação versa pedido de destituição do poder familiar cumulada com adoção, proposta por JMB e FSALB em face de LC e JGB, tendo como objeto a criança I, atualmente com de 11 anos.

A criança é filha biológica dos requeridos, mas é cuidada pela mãe da autora, Sra. S, desde os seus 15 dias de vida, sendo que posteriormente foi entregue aos autores.

Os autores moravam na cidade de Tabatinga – SP, onde também moravam os requeridos, os quais eram alcólatras e muito pobres, razão pela qual a criança passou a ser cuidada pela Sra. S e, depois, pelos requeridos.

Os requeridos se mudaram para o Município de Valentim Gentil, nesta comarca, em 2008, para onde trouxeram a criança. Em razão disso a presente ação foi proposta nesta comarca.

Todavia, os anos se passaram e durante a tramitação desta ação os autores voltaram a morar em Tabatinga – SP.

Em Tabatinga, a criança passou a se encontrar com sua mãe biológica, até mesmo porque moram próximas.

Conforme consta do estudo técnico (fls. 356), a criança entende que a requerida não poderia cuidar dela por causa do alcoolismo, contudo, disse que gostaria de visitá-la e que no futuro, quando tiver dezoito anos, pretende ajudá-la.

A requerida tem outros dois filhos, um adolescente de 17 anos e uma criança de aproximadamente 01 ano, os quais são irmãos biológicos da criança.

E a criança identifica os dois como seus irmãos, tanto que externou a seguinte manifestação a Assistente Social (fls. 356) “...A F e o J me amam, eles fazem tudo por mim, **mas eu também gosto da J e dos meus irmãos**”

A criança costuma visitar a requerida e seus irmãos em companhia da Sra. S, e o faz às escondidas dos autores.

Assim, a situação retratada inicialmente nestes autos modificou-se sensivelmente durante os seis anos de tramitação desta ação.

A entrega da criança para sua mãe biológica (a requerida) realmente não atenderá aos interesses dela, eis que I criou fortes vínculos socioafetivos com os autores. Todavia, o completo rompimento de vínculos da criança com a requerida J e com seus irmãos biológicos (filhos de J), também não será bom para I.

Isso porque os vínculos entre I e J existem e são inegáveis, sendo que se fortaleceram com o tempo e com a convivência.

Sendo assim, entendi que o impasse a que chegamos neste feito pode ser solucionado com a aplicação da teoria tridimensional da paternidade (WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*. 1. ed. Porto Alegre: Editora e Livraria do Advogado, 2009) e da teoria da multiparentalidade.

Para a teoria tridimensional da paternidade, trazida por WELTER, o ser humano habita, ao mesmo tempo, os mundos genético (mundo das coisas), afetivo (modo de ser-em-família) e ontológico (modo de se relacionar consigo mesmo). Sendo assim, a paternidade pode ser apenas biológica, apenas socioafetiva, ou ambas podem coexistir simultaneamente (multiparentalidade).

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, da Constituição) e de outros princípios dele decorrentes, dentre os quais o da igualdade jurídica de todos os filhos (art. 226, § 6º, da Constituição), da afetividade (implícito na Constituição e no artigo 1.593, do Código Civil, na expressão "...e de outra origem."), princípio da solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, da Constituição), princípio da convivência familiar (art. 227, da Constituição e artigo 1.513, do Código Civil), também permitem a coexistência harmônica entre a paternidade/maternidade biológica e a paternidade/maternidade socioafetiva.

Com isso e a meu ver, nada impede que a criança tenha a mãe biológica (J) e também os pais afetivos (JM e F) ao mesmo tempo, sem que exista prevalência de uma forma de paternidade sobre a outra.

Embora timidamente, mas já há decisões judiciais que respaldam essa tese.

Nesse sentido, permito-me colacionar um aresto, embora existam outros:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PATERNIDADE BIOLÓGICA DO RÉU EXCLUSIVAMENTE PARA FINS DE DIREITO DE PERSONALIDADE, SEM OS DEMAIS EFEITOS JURÍDICOS. APELO DO AUTOR QUE REQUER A REFORMA DO DECISUM PARA RECONHECER A PATERNIDADE BIOLÓGICA EM TODOS SEUS EFEITOS. CABIMENTO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA QUE

NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA, QUE DEVE SER RECONHECIDA EM TODA SUA EXTENSÃO, INCLUSIVE PATRIMONIAL E HEREDITÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS FILHOS QUE É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SEU ART. 227, § 6º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“Os direitos de uso do sobrenome paterno e de herança são conseqüências lógicas da declaração de paternidade. A Constituição da República, em seu art. 227, assegura uma gama de direitos fundamentais aos filhos, decorrentes do estado de filiação, dentre eles, o de absoluta igualdade de tratamento com relação aos irmãos, nada importando se nascidos ou não do casamento” (Embargos Infringentes n. 2010.054045-7, da Capital, declaração de voto vencido do rel. originário Des. Victor Ferreira, j em 13.7.2011).

“A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como ‘adoção à brasileira’, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrai, os patrimoniais e os hereditários.

Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrai não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a ‘adoção à brasileira’ e a adoção regular. Ademais, embora a ‘adoção à brasileira’, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. Resp 1.167.993/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012” (STJ, informativo jurisprudencial n. 512 de 20.2.2013) (Apelação Cível nº 2012.023843-1, TJ/SC, Lages, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, julgado em 25/7/2013, V.U.)

No caso dos autos é evidente que a criança reconhece os autores como seus pais e a família deles e na qual está inserida como a sua (paternidade socioafetiva), contudo, ela também reconhece a requerida (paternidade biológica) como sua mãe. Além disso, ela tem vínculos com seus irmãos biológicos, filhos de J.

Embora não exista possibilidade da criança retornar ao convívio da requerida, o vínculo entre elas existe, é forte e deve ser mantido, inclusive com direitos a visitas, que já ocorrem às escondidas.

Com base nisso, apresentei proposta de solução conciliatória para este feito (fls. 370/378).

Tal proposta fundamenta-se nos princípios acima elencados, bem como levei em conta o que, a meu ver, melhor atende aos interesses da criança e, principalmente, o **AMOR**, ingrediente sem o qual a vida humana não faria sentido.

No entanto, antes de colher manifestação das partes, o Nobre Juiz de Direito proferiu sentença, destituindo os requeridos do poder familiar e deferindo a adoção da criança aos autores.

Embora seja perfeitamente respeitável a r. sentença, ousou dela discordar, pois entendo que ela apenas resolveu formalmente a questão, contudo, materialmente, no tocante às relações pessoais e humanas subjacentes, entendo que não houve solução adequada.

Isso porque, a r. sentença acabou remetendo à clandestinidade as robustas relações entre a criança I e sua mãe e irmãos biológicos. Além disso, poderá fomentar conflitos futuros entre as partes, pois, certamente, a sentença não terá o condão de romper os vínculos de **AMOR** existentes entre a criança, sua mãe e irmãos biológicos. Com isso, I continuará visitando e mantendo vínculos com sua família biológica, contudo, às escondidas, o que não será bom para seu saudável desenvolvimento.

Não se pode esquecer que os autores, a requerida e a criança e suas respectivas famílias residem todos numa mesma pequena cidade, próximos uns dos outros.

É bem verdade que a proposta apresentada pelo Ministério Público rompe com o modelo formal e tradicional de família, contudo, isso decorre dos avanços socioculturais da sociedade moderna e especialmente das necessidades do caso em questão.

É claro que seria preferível que esta ação tivesse solução matemática, destituindo-se os requeridos do poder familiar e constituindo-se os autores desse poder. Mas isso, neste caso, a meu ver, não é possível, tamanha a especificidade da questão posta, notadamente com a solidificação de vínculos entre a criança e os autores e entre a criança e a requerida e seus irmãos biológicos. Além disso, o modelo proposto não trará qualquer prejuízo, nem mesmo patrimonial, à criança, mas apenas benefícios.

ISTO POSTO, requeiro o **provisamento** do presente recurso, a fim de que a r. sentença seja reformada para que:

1) seja reconhecida a multiparentalidade plena, com reflexos patrimoniais e hereditários neste feito.

Assim, a criança terá como pais socioafetivos os autores (JMB e FSALB) e como mãe biológica a requerida (JGB). Será herdeira de todos, podendo reclamar alimentos, também, de todos.

No registro de nascimento constará que a criança terá como pai JMB (socioafetivo) e como mães FSALB (socioafetiva) e JGB (biológica).

Os registros da família biológica materna serão mantidos e os registros da família socioafetiva serão incluídos. Assim, a criança terá, também, como avôs os pais dos autores.

O artigo 54, da Lei 6.015/73 permite que o registro seja feito assim.

A criança passará a se chamar ICGBALB, ou seja, será excluído o sobrenome do pai biológico, diante da destituição do poder familiar, e serão incluídos os patronímicos da mãe biológica e dos autores.

2) A criança permanecerá sob a guarda dos pais socioafetivos (os autores JMB e FSALB), sendo que será estabelecido sistema de visitas pela mãe biológica (JGB), cujos termos serão sugeridos pelo Setor Técnico e aprovados pelo Juiz da Infância e Juventude, após manifestação das partes e do Ministério Público, em execução do v. acórdão.

Votuporanga, 11 de novembro de 2014.

Eduardo Martins Boiati
4º Promotor de Justiça

The background is a solid dark gray color. It features decorative elements consisting of vertical lines on the left and right sides, and horizontal lines near the top and bottom. The vertical lines are grouped into two sets of four lines each. The horizontal lines are grouped into two sets of three lines each.

Criminal

Sobre a ilegalidade da remição da pena pela leitura de livros - um manifesto contra o afrouxamento na execução penal

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA
DAS EXECUÇÕES PENAIS DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

**AGRAVO NA EXECUÇÃO DE PENA Nº. 3389/14 – CECrim/S1
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
AGRAVADO: MARCOS AURÉLIO FERREIRA
RAZÕES DE RECURSO**

**EGRÉGIO TRIBUNAL
COLENDIA CÂMARA
DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA**

O sentenciado, ora agravado, foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa **por extorsão (CP, art. 158**, fls.11/26). Atualmente encontra-se em regime semiaberto. Pediu remição de pena por suposta leitura do livro “A Cabana”, constando cópia do Atestado de Tempo de Leitura à fl. 28, cópia do Formulário de Avaliação de Resenha à fl. 29, cópia da Resenha elaborada pelo agravado acostada à fl. 30.

O Ministério Público opinou contra (fls. 31/90), havendo a Defensoria Pública se manifestado pela concessão (fls. 91/93). No entanto, o Egrégio Juízo da Execução Penal deferiu o pedido do agravado (fls. 94/107) com os seguintes fundamentos, in verbis:

“Considero relevantes todas as considerações Ministeriais porque colocam em discussões vários aspectos da remição por leitura. No entanto, entendo que a Defensora Pública, Doutora Camila Galvão Tourinho, abordou o assunto com precisão e me convenceu de que a Recomendação nº 44, de 26.11.2013, do Conselho Nacional de Justiça, deve ser aplicada aos internos do Presídio da Polícia Militar Romão Gomes.” (fl. 107)

Em que pesem o profundo respeito e admiração devidos ao Egrégio Juízo das Execuções Penais, entendo que, no presente caso, Sua Excelência não agiu com o costumeiro acerto, como demonstro pelas razões abaixo expostas.

A REMIÇÃO POR LEITURA FERRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA DE EXECUÇÃO PENAL

Caso considerássemos aplicável a Portaria Conjunta nº. 276, do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional, datada de 20 de junho de 2012, bem como a Resolução nº. 44 do CNJ, datada de 26 de novembro de 2013, estaríamos ferindo também o princípio da legalidade, uma vez que Lei é o ato da atividade típica do Legislativo e, nos casos dos Decretos-Lei, atividade atípica do Executivo exercida pelo Presidente da República, não podendo portarias e resoluções serem equiparadas às Normas Jurídicas, muito menos restringir ou ampliar seus efeitos, restando sua eficácia restrita à mera regulamentação.

E mais! O Conselho Nacional de Justiça nada mais é do que um órgão administrativo de controle externo do Poder Judiciário e da atividade da Magistratura, cuja atribuição resume-se a fiscalizar a gestão financeira e administrativa do Poder Judiciário, não cabendo ao CNJ sequer controlar a função jurisdicional do Poder Judiciário e de seus membros.

Como ensina **NELSON NERY JUNIOR**:

“2. Conselho Nacional de Justiça. Natureza jurídica. O CNJ é órgão do Poder Judiciário (CF 92 I-A), mas sem jurisdição, vale dizer, é órgão administrativo de controle externo do Poder Judiciário e da atividade da Magistratura (CF 103-B §4.º), o CNJ não tem função jurisdicional, cabendo-lhe fiscalizar a gestão financeira e administrativa do Poder Judiciário e o cumprimento do dever funcional dos juizes. Os Conselheiros não são investidos de jurisdição e, portanto, as decisões do CNJ não têm autoridade de coisa julgada. Ao CNJ não cabe controlar a função jurisdicional do Poder Judiciário e de seus membros, (...)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição. p. 671)

“4. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. (...)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição.p. 672)

Ora, se o Conselho Nacional de Justiça possui a natureza jurídica exclusivamente administrativa, desprovido de jurisdição, encontra-se-lhe vedada até mesmo a vinculação de uma interpretação de uma norma jurídica, de modo que a Resolução nº. 44 do CNJ sequer poderia ser equiparada a entendimento sumulado, não possuindo, portanto, condão de orientar a atividade jurisdicional.

Muito mais ainda, é-lhe vedada uma “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa” (**RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. Editora Saraiva. 2010. p. 116**). Principalmente ao considerar-se que, em um sistema jurídico de civil law, tal ativismo judiciário implicaria em franca inobservância da separação de Poderes. Desta forma, temos que a Resolução nº. 44 do CNJ não pode, sob pena de ofensa ao Estado Constitucional de Direito, ser considerada como norma.

Ainda a respeito do princípio da legalidade, este encontra menção expressa no artigo 2º da Lei de Execução Penal, segundo o qual “*a jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal*”. E bem se manifestou o Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo, em sua Nota Técnica emitida acerca da “Remição de Pena Pela Leitura”:

“No que toca a obediência da legalidade na execução da pena, Anabela Miranda Rodrigues assevera que “a mesma necessidade de segurança jurídica que fundamenta o princípio da legalidade impõe que os direitos e deveres recíprocos da administração penitenciária e dos reclusos sejam legalmente catalogados. É uma verdadeira exigência do Estado de Direito” (Rodrigues, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária. São Paulo: RT, 2001, p. 67).

No mesmo sentido se projeta o magistério de Alexis Couto de Brito, que garante “que tanto o juiz como a autoridade administrativa concorrerão para com as finalidades da pena, garantindo direitos e distribuindo deveres em conformidade com a lei” (Execução Penal. 2ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 43).

Ora, é involidável que, nos artigos 126/130, ao disciplinar o instituto da remição, a Lei de Execução Penal não faz qualquer referência à hipótese de resgate da pena através da leitura, de modo que o Judiciário não poderá tomar tal atividade como causa de concessão daquele benefício, sob pena de nítida afronta ao princípio da legalidade penal, (...)”

Ainda no tocante à aplicação do princípio da legalidade nas execuções penais, assim se manifestam **JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI**, na obra **“Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984” (12ª Edição. Editora Atlas. 2014):**

“Entre as diversas garantias jurídicas que constituem manifestações do princípio da legalidade em Direito Penal, recolhe Cuello Calón a que denomina “garantia ejecutiva: as penas se executarão do modo previsto nas leis e regulamentos (art. 81 do CP espanhol)”. Também para Carlos Garcia Valdes, a garantia executiva, de se ajustar a atividade penitenciária ao estabelecido na lei, regulamentos e sentenças judiciais, é uma das manifestações do princípio da legalidade.” (p.12)

E continuam o raciocínio:

*“O art. 2º, caput, da Lei de Execução Penal, ao dispor que a jurisdição penal no processo de execução será exercida **“na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal”**, consagra expressamente o princípio da legalidade na execução penal. Segundo consta da exposição de motivos, aliás, **o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”**.” (p.13, grifei)*

Temos, portanto, que todo desrespeito ao princípio da legalidade em uma execução penal, na remição da pena, implicaria em um excesso ou em um desvio do instituto, de forma que uma resolução emanada de um órgão de natureza administrativa do judiciário não poderá ser aplicada. E assim explicam, sobre o excesso e o desvio, **Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini**, na supra citada obra:

*“Constitui assim, nos termos da lei, excesso ou desvio de execução a prática de qualquer ato fora dos limites fixados pela sentença, por normas legais ou regulamentares. **Extravasados estes limites, atinge-se o status jurídico do sentenciado, com a violação dos seus direitos, ou se compromete a normalidade da execução, que é um imperativo da defesa social..”** (p.892, grifei)*

Destarte, caracteriza situação de evidente desvio de execução, nos termos do artigo 185 da Lei nº 7210/84, cujo incidente deverá ser suscitado pelo membro do Ministério Público oficiante perante este Egrégio Juízo, nos termos do artigo 186, inciso I, do mesmo diploma legal.

A REMIÇÃO POR LEITURA TAMBÉM FERE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA

A título de prequestionamento, atento à exigência legal, para que futuramente seja possível a interposição de eventual recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos termos das alíneas “a” e “c”, do inciso III, do artigo 102, da Constituição Federal, **por ofensa ao princípio da isonomia** (caput do artigo 5º, da Constituição Federal), bem como **por ofensa ao princípio constitucional do caráter ressocializador da pena**, perceptível na alínea “b”, do inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Primeiramente, com relação à **ofensa ao princípio da isonomia**, manifestamos o entendimento de que a concessão de remição por mera leitura **é um ato inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia** (inobservância do disposto no caput do artigo 5º, da Constituição Federal). Isso porque os critérios para remição da pena **devem considerar o totum da população carcerária brasileira**, em sua grande parte analfabeta ou com baixa escolaridade.

É notório o elevado é o índice de analfabetismo e de analfabetismo funcional no território nacional:

“IBGE: analfabetismo cresce pela primeira vez desde 1998

Foram identificadas 13,2 milhões de pessoas que não sabiam ler nem escrever, o equivalente a 8,7% da população total com 15 anos ou mais

27 de setembro de 2013 | 10h05 | atualizado às 10h23

O analfabetismo no País, que vinha em queda constante desde 1998, voltou a crescer no ano passado, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Foram identificadas 13,2 milhões de pessoas que não sabiam ler nem escrever, o equivalente a 8,7% da população total com 15 anos ou mais de idade. Em 2011, eram 12,9 milhões de analfabetos, o equivalente a 8,6% do total. Em 2004, a taxa de analfabetismo brasileira chegava a 11,5%. Os dados estão na Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios (Pnad 2012), divulgada nesta sexta-feira. O levantamento consultou 147 mil domicílios em todo o Brasil.

“Ainda não dá para considerar essa variação como definitiva. É algo que precisa ser avaliado num maior espaço de tempo, pode ser uma

mudança pontual, e não uma reversão de tendência”, afirmou a gerente de pesquisas do IBGE, Maria Lucia França Pontes Vieira.

Esse crescimento foi puxado pelos números observados nas regiões Nordeste e Centro-Oeste. Na região que abriga Estados como a Bahia e Pernambuco, a taxa de analfabetismo passou de 16,9% em 2011, para 17,4% no ano passado. O Nordeste concentra 54% do total de analfabetos do país. Antes, em 2004, 22,5% da população com 15 anos ou mais de idade não sabia ler e nem escrever.

No Centro-Oeste, a taxa de analfabetismo alcançou 6,7% em 2012, acima dos 6,3% observados no ano anterior. Em 2004, a mesma taxa chegava a 9,2%.

A menor taxa de analfabetismo foi constatada na região Sul, na qual 4,4% da população com 15 anos ou mais de idade não sabe ler e escrever. No Sudeste, a taxa de analfabetismo chega a 4,8%, e no Norte, é de 10%.

O analfabetismo é notado especialmente entre a população mais velha. Entre os que têm 60 anos ou mais, 24,4% não sabem ler ou escrever. Já na faixa etária dos 40 aos 59 anos, essa proporção é de 9,8% do total; dos 30 aos 39 anos, 5,1% são analfabetos; e entre as pessoas de 25 a 29 anos, 2,8% são analfabetas.

O IBGE verificou também a taxa de analfabetismo funcional, que representa a proporção de pessoas de 15 anos ou mais de idade com menos de 4 anos de estudo completo sobre o total da população da mesma faixa etária. Ela foi estimada em 18,3%, o que significa retração frente aos 20,4% constatados em 2011. O total de analfabetos funcionais observados em 2012 totalizou 27,8 milhões de pessoas.

Cresce nível de escolarização no País

O nível de escolarização no Brasil cresceu em 2012, ainda segundo informações do IBGE. O número de estudantes com nível superior completo chegou a 14,2 milhões, aumento de 6,5% frente aos dados de 2011. Entre as pessoas com 25 anos ou mais de idade, 12% tinham tal nível de escolaridade. Antes, em 2011, essa proporção era de 11,4%.

Os dados da Pnad 2012 mostram ainda que 11,9% da população com 25 anos ou mais de idade não têm qualquer instrução, ou têm menos de um ano de estudo. Um ano antes, tal proporção era de 15,1%. Com ensino fundamental incompleto ou equivalente, estavam 33,5% do total da população desta faixa etária. Isso indica um acréscimo em relação a 2011, quando 31,5% tinham nível de instrução semelhante.

O aumento da proporção de pessoas com ensino fundamental incompleto pode estar ligado diretamente à redução do volume de pessoas com pouca, ou mesmo nenhuma instrução, admite a gerente de pesquisas do IBGE, Maria Lucia França Pontes Vieira. Outro grande contingente da população com 25 anos ou mais de idade tem o Ensino Médio completo. Eles representam 25,2% do total desta faixa etária, segundo a pesquisa feita em 2012.” (<http://m.terra.com.br/noticia?n=e5e1e55448c51410VgnVCM3000009acceb0aRCRD>)

E essa realidade se mostra ainda mais grave ao analisar-se a população carcerária. **Luiz Flavio Gomes**, em seu artigo “**Perfil dos presos no Brasil em 2012**”, também avalia o nível de escolaridade da população carcerária brasileira:

“O nível de escolaridade entre a maioria dos presos, em 2012, era o Ensino Fundamental Incompleto (50,5%). Do restante, 14% eram alfabetizados, 13,6 tinham Ensino Fundamental Completo, 8,5 haviam concluído o Ensino Médio, 6,1% eram analfabetos, 1,2% tinham Ensino Médio Incompleto, 0,9% haviam chegado a universidade mas sem conclusão, 0,04 concluíram o Ensino Superior e 0,03 chegaram a um nível acima de Superior completo.” (<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/14/perfil-dos-presos-no-brasil-em-2012/>)

Considerando-se tais estatísticas, torna-se gritante o quanto fere o princípio da isonomia uma medida de remição que privilegia a pequena parcela de cidadãos que tiveram acesso à educação e que são capazes de ler e interpretar as obras literárias. Por mais que a população carcerária do Presídio Militar Romão Gomes possua o 2º Grau completo, ainda assim a concessão da remição de pena por leitura fere o princípio da isonomia, **uma vez considerado o totum da população carcerária brasileira**: não se pode conceder uma forma de remição a uns poucos, quando esta forma é, na prática, inacessível a outros tantos.

Conforme nos ensinam **NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**, na obra “**Constituição Federal comentada e legislação constitucional**”:

“Isonomia. Princípio *“O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de contemplação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações*

e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (STF, Pleno, MI 58-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.12.1990, m.v., DJU 19.4.1991).” (3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2012. p.302)

Ao elaborar a Lei nº. 12.433, de 29 de junho de 2011, a qual modificou a redação dos artigos 126, 127, 128 e 129 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), o Legislador observou o quesito constitucional da isonomia, uma vez que permitiu, na redação do artigo 126, a remição de parte da pena pelo trabalho ou estudo, este último compreendido como “*atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional*”, nos termos do inciso I, do parágrafo 1º do referido artigo, reforçado, ainda, pela disposição do parágrafo 6º: “*curso de ensino regular ou de educação profissional*”. E isto porquanto estão ausentes quaisquer “*fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica*”.

Ao estabelecer a remição pelo curso de ensino regular ou de educação profissional, o diploma legal respeitou o princípio constitucional da isonomia, determinando uma forma de remição da pena acessível a toda a população carcerária brasileira, posto que mesmo os internos analfabetos teriam a possibilidade de ingressar em uma “*atividade de ensino fundamental*”, da qual consta o processo de alfabetização.

Absurdo seria que o intérprete aplicador da norma, ao buscar aplicá-la, entendesse por estender seu limite material por meio de critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório, uma vez que tal interpretação restaria eivada de inconstitucionalidade.

Com relação à **ofensa ao princípio constitucional do caráter ressocializador da pena**, temos que nossa Magna Carta veda, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, penas de caráter perpétuo. Desta expressa vedação constitucional, temos que o apenado um dia retornará ao convívio social, devendo estar, para tanto, preparado e ressocializado.

Sabe-se que, além de seu caráter retributivo, a pena também possui um caráter preventivo, o qual subdivide-se em um aspecto geral e outro especial.

O aspecto geral também se subdivide em positivo (reafirmar perante sociedade a existência e a força do Direito Penal) e negativo (o fortalecimento do poder intimidativo do Estado); enquanto o aspecto especial subdivide-se em preventivo positivo (o caráter reeducativo e ressocializador da pena) e preventivo negativo (intimidação do apenado pela prática de uma infração penal para que não venha a voltar a delinquir, bem como a temporária segregação do apenado).

Importa, diante do **princípio constitucional do caráter ressocializador da pena**, uma vez que pela vedação constitucional o apenado retornará ao convívio social, observar preventivo positivo da pena, também contemplado pelas legislação infraconstitucional (Lei de Execução Penal, art. 10, *caput*, e art. 22). Assim, trata-se de dever do Estado, de direito do apenado e de direito humano fundamental de ordem social, que haja assistência ao preso no sentido de que se promova, além da prevenção do crime, a orientação do retorno do apenado à liberdade e à sociedade.

Salta à vista que instituto da remição da pena, estipulado pela Lei como sendo em decorrência do “trabalho” e do “estudo”, tem por objetivo justamente promover essa orientação do retorno do apenado à liberdade e à sociedade, preparando-o para exercer uma atividade econômica lícita uma vez egresso.

Ao observar-se a idéia de remição pela mera leitura, contando com a apresentação de uma resenha tão somente para atestar a leitura do livro, nota-se que a total inexistência de norte psicopedagógico que possa assemelhar o feito a uma atividade de estudo, não estando presentes os elementos voltados à elevação do caráter ou à capacitação profissional do apenado, ferindo, portanto o princípio constitucional do caráter ressocializador da pena.

A REMIÇÃO POR LEITURA VAI CONTRA A TELEOLOGIA DA EXECUÇÃO PENAL

Outra consideração a ser feita encontra-se no espírito original do legislador e na evolução deste instituto. Originalmente, dispunha o artigo 126 da Lei de Execução Penal:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena:”

Esta redação trouxe grande polêmica, uma vez que não explicitava o que poderia ser considerado como “**trabalho**”. E neste aspecto, em 2004, manifestou-se brilhantemente o doutrinador **Rodrigo de Abreu Fudoli**, em sua obra “**Da Remição da Pena Privativa de Liberdade**”(Editora Del Rey): “*O que importa é que o trabalho desenvolvido seja útil.*” (p.114).

Ainda nesse espírito, **Renato Marcão**, em seu “**Curso de Execução Penal**” (11ª Edição. Editora Saraiva. 2013), ao tratar da remição pelo trabalho, ensina:

“Todo trabalho pressupõe responsabilidade, organização e disciplina. Para fins de remição não é diferente, já que é preciso inculcar tais valores na mente e na rotina do executado, como forma de readaptá-lo à vida ordeira, dentro dos conceitos de uma sociedade produtiva.” (p.217)

E este foi o critério adotado pelo **Superior Tribunal de Justiça** ao sumular a questão:

“A frequência de curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.” (Súmula 341, DJ de 13-8-2007; grifamos)

Isso porque a frequência de curso de ensino formal também pressupõe responsabilidade, organização e disciplina por parte do apenado.

Com a nova redação da Lei de Execução Penal, trazida pela Lei nº. 12.433, de 29 de junho de 2011, em respeito ao princípio da legalidade, normatizou-se a remição pelo estudo, inclusive impondo-lhe limites, os quais são facilmente perceptíveis em uma análise sistemática da nova redação do artigo 126, cujo parágrafo 1º, do inciso I, estabelece “*atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional*”, enquanto a redação do parágrafo 6º dispõe “*curso de ensino regular ou de educação profissional*”.

E assim ficou circunscrita a remição pelo Estudo:

“O estudo formal e regular também permite a remição de pena, e nesse caso poderão beneficiar-se com a remição presos que se encontrarem nos regimes fechado, semiaberto e aberto, bem como o liberado condicionalmente e o preso cautelar” (MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 11ª Edição. Editora Saraiva. 2013. p.98)

O que essa análise histórica do corpo do referido dispositivo revela é a preocupação do legislador **com a capacitação profissional do interno**, o qual, por meio das medidas dispostas no artigo 126, procura incentivar o apenado a adquirir um meio lícito de subsistência, que restabeleça sua autoestima e dignidade social, afastando de uma eventual marginalização provocada pela ausência de meios dignos para garantir o provento próprio e de sua família.

Ora, a mera leitura de um livro, seguida pela produção de uma resenha, em nada contribuiria nesse objetivo, o de profissionalização do interno. **E, portanto, o deferimento da remição pela leitura também implicaria em um desvio de finalidade na interpretação da norma.**

E mais! Por esta análise teleológica é possível identificar com clareza o quanto a Resolução de nº.44 do CNJ se afasta dos princípios constitucionais, porquanto sugere que até mesmo atividades esportivas seriam adequadas à remição da pena. Vejamos a redação do artigo 1º, inciso I, desta Resolução:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

I - para fins de remição pelo estudo (Lei nº 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras, conquanto integradas ao projeto político-pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim;

(...)

(grifei)

Ocorre que **o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal é diametralmente oposto ao entendimento sugerido pela resolução nº. 44 do CNJ**. Segundo o entendimento do STF, no sentido de que as atividades que não pertençam ao escopo da atividade laborativa ou formalmente estudantil, por mais que sirvam para reintegração do condenado ao convívio social, não se prestam a possibilitar a remissão da pena:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR FREQUÊNCIA EM AULAS DE CURSO DE CAPOEIRA PARA REMIÇÃO DE PENA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. ARTE MARCIAL QUE NÃO PODE SER EQUIPARADA À ATIVIDADE LABORATIVA OU ESTUDANTIL.

1. Pelo que se tem nos julgados proferidos nas instâncias antecedentes, é necessária uma avaliação formal da atividade desenvolvida pelo Recorrente para ser possível cogitar da remição da pena. Dessa forma, decidir de forma diversa demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, ao que não se presta o recurso ordinário em habeas corpus.

2. Embora a prática da capoeira sirva para reintegração do condenado ao convívio social, trata-se de arte marcial e não de atividade estudantil ou laborativa a possibilitar a remissão da pena, nos termos do art. 126, caput, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), na redação da Lei n. 12.433/2011.

3. Recurso ao qual se nega provimento.

(STF – 2ª Turma – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 113.769 RJ – Rel. Min. Cármen Lúcia –; grifei)

E, nessa ordem de exposição, não é demasiado zelo relembrar a “Preeminência deste [Supremo Tribunal Federal], como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho [CNJ], cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição.p. 672-673)

E sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **reiteramos o pré-questionamento quanto à constitucionalidade da aplicação da modalidade de remição da pena pela leitura, porquanto de tal aplicação restaria franca ofensa ao princípio da legalidade e ao princípio constitucional da isonomia de tratamento.**

AINDA QUE SE ADMITISSE, AD ARGUMENTANDUM, A POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO POR LEITURA, SERIA NECESSÁRIO QUE A OBRA LITERÁRIA SE ENQUADRASSE, AO MENOS, NA LEI FEDERAL DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO – LEI 9.394 DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996, E ÀS DIRETRIZES DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aqueles que advogam a adoção da leitura como forma de remição de pena o fazem com o fundamento de que a leitura também é uma forma de “estudo”, se enquadrando, portanto, no art. 126 da LEP. Ainda que admitíssemos, *ad argumentandum*, como válido tal posicionamento, teríamos, forçosamente, que condicionar tal leitura à efetiva possibilidade de o sentenciado usá-la para progredir no estudo oficial secundário, ou de utilizá-la para ingressar em faculdade. Portanto, necessariamente, teria que ser uma leitura que se amoldasse às diretrizes educacionais públicas do Brasil e do Estado de São Paulo. Não é o que ocorre com o livro “A Cabana”.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.434/96, estabelece, no art. 26 e parágrafo 1º, que:

Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

*§ 1º Os currículos a que se refere o caput devem abranger, obrigatoriamente, o estudo da **língua portuguesa** e da matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da **realidade social e política, especialmente do Brasil.***

(grifei)

O que se depreende do texto legal acima transcrito é que a educação, no Brasil, deve privilegiar a língua portuguesa e a realidade brasileira.

Ora, o livro “A Cabana” não faz parte da literatura de língua portuguesa. Ele foi escrito por um autor canadense, em língua inglesa, com o título original *The Shack*, e traduzido para o português pela Editora Sextante. Trata-se, portanto, de literatura estrangeira.

No Estado de São Paulo a Secretaria de Educação, ao lançar o currículo dos ensinos fundamental e médio, disponível no endereço eletrônico www.educacao.sp.gov.br, estabeleceu como literatura o seguinte:

*a) O texto literário, pela sua natureza, pode ser contemplado em diferentes disciplinas. A escolha, contudo, de **situar o estudo literário dentro da disciplina Língua Portuguesa** deve condicionar e orientar os olhares e a prática didática com tal texto. Desse modo também, o estudo literário, na escola, abre-se ao diálogo com outras disciplinas, participando nas diferentes estratégias de formação do leitor.*

(grifei)

Mais uma vez, percebe-se que leitura, que literatura, para efeito da educação oficial, é a de língua portuguesa, não a de um autor de língua estrangeira.

A LEITURA DO LIVRO “A CABANA” NÃO PREPARA O SENTENCIADO PARA INGRESSO EM CURSO SUPERIOR

Considerando que a maioria dos presos do PMRG tem nível médio e, portanto, apta a querer ingressar em faculdade, seria necessário que a leitura tivesse utilidade para futuro vestibular.

Observo que as três mais conceituadas universidades do Estado de São Paulo (USP, PUC e UNICAMP) no edital do próximo vestibular (ano 2015) elencaram, previamente, as obras literárias cujo teor poderá ser questionado nas provas de admissão.

A USP, através da FUVEST, no Manual do Candidato 2015, que pode ser consultado no endereço eletrônico <http://www.fuvest.br/vest2015/manual/manual.stm> elencou as seguintes obras:

Viagens na minha terra – Almeida Garrett;
Til – José de Alencar;
Memórias de um sargento de milícias – Manuel Antônio de Almeida;
Memórias póstumas de Brás Cubas – Machado de Assis;
O cortiço – Aluísio Azevedo;
A cidade e as serras – Eça de Queirós;
Vidas secas – Graciliano Ramos;
Capitães da areia – Jorge Amado;
Sentimento do mundo – Carlos Drummond de Andrade.

Já a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, expôs o seguinte rol de livros no site <http://www.vestibular.pucsp.br/>

Obras Literárias:

Memórias Póstumas de Brás Cubas - Machado de Assis
Sentimento do Mundo - Carlos D Andrade
Til - José de Alencar
Viagens na Minha Terra - Almeida Garrett
Vidas Secas - Graciliano Ramos

Por derradeiro, a UNICAMP, para o vestibular 2015, expôs a lista no site : http://www.comvest.unicamp.br/noticias/lista_livros2013.html

São os seguintes livros:

Viagens na minha terra – Almeida Garrett;
Til – José de Alencar;
Memórias de um sargento de milícias – Manuel Antônio de Almeida;
Memórias póstumas de Brás Cubas – Machado de Assis;
O cortiço - Aluísio Azevedo;
A cidade e as serras - Eça de Queirós;
Vidas secas - Graciliano Ramos;
Capitães da areia – Jorge Amado;
Sentimento do mundo – Carlos Drummond de Andrade.

Todas as obras acima elencadas foram escritas, originalmente, em português e por autores brasileiros ou portugueses. Isto é a nossa literatura, a nossa cultura que, efetivamente, molda os leitores no caráter, na alma luso-brasileira.

E o livro *The Shack*, traduzido como “A Cabana”, *data venia*, não serve para ninguém se aperfeiçoar em nossa cultura e nem mesmo para prestar vestibular.

AINDA QUE SE ADMITISSE QUE O LIVRO “A CABANA” TEM ALGUMA UTILIDADE NA RESOCIALIZAÇÃO DO PRESO, NO CASO DOS AUTOS, O SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA LEITURA FOI FALHO

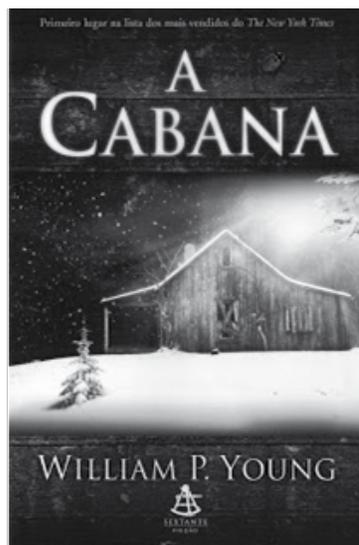
Qualquer pessoa pode entrar na rede mundial de computadores - *internet* – e pegar, pronta, a resenha do livro.

Para provar o que dizemos, entramos na internet e encontramos 3 (três) resenhas do livro “A Cabana”. Transcrevemos, abaixo, as resenhas

PRIMEIRA RESENHA COLHIDA NA INTERNET

Resenha do livro “A Cabana”, de William P. Young.

Young, W. P. A Cabana. Rio de Janeiro, Sextante, 2008. 236 p. 01ª ed. Tradução: Alves Calado.



A Cabana conta a história de Mackenzie Allen Phillips, que durante muito tempo viveu imerso em um mar de dor e sofrimento ocasionado pelo sequestro e morte de Melissa, sua filha mais nova. Mack, qual também é

denominado, nunca foi um beato e, desde a perda de Missy, forma carinhosa pela qual chamavam a Melissa, sua relação com o Celestial deteriorou. Transcorrido algum tempo desde o nefasto ocorrido, em uma manhã gelada de inverno, Mack recebe um misterioso bilhete até então supostamente escrito por Deus, convidando-o a volver a cena do homicídio de Melissa, uma cabana vetusta e de difícil acesso à cidade de Joseph. A vida de Mackenzie Allen Phillips nunca mais seria a mesma após retornar ao palco de sua recordação mais dantesca e pesarosa...

Willie, um amigo de Mack é quem narra à história, sendo seu foco, portanto, relatar o que se passou com seu amigo durante sua estada à cabana. Este livro está dividido em prefácio, dezoito capítulos, um posfácio, uma parte dedicada aos agradecimentos do autor. Cada capítulo possui sob o título uma citação de autores distintos.

Mackenzie Allen Phillips teve uma infância muito difícil, seu pai era alcoólatra, agredia a esposa e a ele com assiduidade. Aos treze anos Mackenzie fugiu de casa, e desde então nunca mais reviu nem seu pai nem sua mãe. Passou por muitas dificuldades, até que casou-se com Nan, com quem teve cinco filhos: Jon, Tyler, Josh, Katherine (Kate) e Melissa.

Mack decide por fazer um passeio de férias com Missy, Kate e Josh, eles vão até uma Reserva na cidade de Joseph. Mack estava se preparando para seguir viagem quando a canoa em que Kate e Josh faziam um passeio, – cedida por seus novos amigos do camping – vira e Josh não consegue emergir, Mack sai em disparada para salvar a Josh e também a Kate – embora esta tenha conseguido emergir -, deixando Missy sozinha perto do trailer. Quando retornam não encontram a Missy, e assim, dá-se início a uma procura pela menina. A melhor pista que conseguem é que uma criança trajando semelhante à Melissa fora levada em um jipe verde por um homem desconhecido.

As autoridades encontram na cena do crime um broche de joaninha com detalhes específicos que o FBI após examinar percebe ser a assinatura do Matador de Meninas, um misterioso assassino do qual nada se sabia, exceto essa peculiar assinatura. Qual supracitado, algum tempo depois se descobre uma velha cabana, onde encontram o vestido que a menina trajava e uma poça de sangue...

Os anos passam e, em uma fria manhã de inverno, sozinho na residência de sua família, Mackenzie decide sair à rua e conferir sua caixa de correspondências - nevara a noite toda e ainda o sucedia -, o gelo cobria todo caminho, deixando-o escorregadio, com muita dificuldade Mack chega até a o portão, quando retira a correspondência, surpreende-se com um bilhete singelo no qual o signatário “Papai” o convidava a retornar à cabana. Pensando ser uma brincadeira de mau gosto, ele retorna a casa, porém, no trajeto

de volta ele escorrega e fere-se. Já em sua sala-de-estar, ele resolve checar se o tal bilhete era uma brincadeira de seu carteiro, mas, para sua surpresa, o tal sequer conseguira chegar à sua rua, dada as condições do trajeto ocasionadas pela nevasca.

Mack decide não falar nada para sua família por tratar-se de um assunto doloroso. Não obstante, colhendo do ensejo de uma viagem que Nan faria com as crianças para a casa de sua irmã, Mackenzie dirime por ir à cabana. Pede a seu amigo Willie o jipe emprestado, este preocupado com o amigo cede-lhe inclusive uma arma para no caso de ser o assassino, Mackenzie poder se defender.

Depois de chegar à cabana e encontrar com a Santíssima Trindade personificada de uma forma muito peculiar pelo autor, Mack passa por um processo de aproximação de Deus. Aos poucos Mackenzie vai aceitando e aprendendo a lidar com a tragédia que abalou não apenas a sua vida, mas a de sua família toda. Papai era na verdade, uma forma afetuosa pela qual Nan chamava a Deus.

Durante sua estada, Allen trava muitos diálogos cujos temas envolvem religião, fé, e claro, a perda de sua filha. Nosso protagonista aprende a perder e, no decorrer do tempo vai se distanciando de seu pesar. Perto do fim de sua estada na cabana com a Santíssima Trindade, Deus resolve levá-lo para um passeio – a esta altura Mackenzie já havia passado por inúmeras experiências e mudado muito – essa excursão seria a parte final, por assim dizer, de sua jornada na cabana, Papai mostra a Mack onde estava o corpo de Missy e, juntos, transladam-no de volta a choupana. Ao chegarem, Jesus havia preparado um esquife de madeira para depositarem os restos de Melissa e, no jardim que Sarayu (nome dado pelo autor ao Espírito Santo) havia limpado uma área, foi inumada a criança.

Quando Mack retonava à sua residência, sofre um acidente de carro e passa dias internado em estado grave em um hospital. Para surpresa de nosso protagonista, ele nunca chegara à cabana... Na sua jornada rumo ao tugúrio um carro cruza o sinal vermelho colidindo com o seu jipe, ele passa três dias internado em estado de profundo coma. Mas, após se recuperar, junto com a polícia de Joseph, ele vai até o local onde estivera com Deus – ao menos em sonho - para resgatar o corpo de Melissa e, para assombro de todos, lá estava! Algum tempo depois, a polícia através das pistas encontradas no local onde o corpo de Missy foi esconso pelo Matador de Meninas, pode efetuar a prisão deste. Mackenzie depôs no julgamento do mesmo e explanou como encontrou o local, por mais inacreditável, comovente e surpreendente que fosse.

Embora este livro demonstre-se surreal, puramente fictício, e, em alguns momentos passar a impressão de que autor é um alienado, a ideia por detrás da narrativa é interessante e, a própria história chega a ser como-

vente. Devo admitir que, achei algumas coisas um pouco difíceis de deglutir, mas muitas das ideias que Young insere nas práticas entre a Santíssima Trindade e Mackenzie vai ao encontro de minha visão acerca de fé e religião. Muito mais importante que seguirmos uma religião, é termos fé e confiança em Deus e seus desígnios. De nada adianta sermos excessivamente devotos a uma religião, se não o fazemos de coração. Não existe uma religião boa ou má, desde que sua crença seja em Deus na sua plenitude e ela lhe trazer paz, então ela é boa. Deus é um só, não importa o credo, se espírita, católico, protestante, budista ou judeu. Nenhum ser humano detém a verdade, somos falhos e insignificantes ante a magnificência do Divino. A forma que William retratou a Santíssima Trindade foge dos padrões tradicionais, porquanto supracitei que em alguns momentos o autor parece ser um alienado e tudo mais, porém de certo modo compreendo esta escolha: ele visa quebrar essa imagem convencional que temos, mostrando que o Celestial está acima de todos os nossos conceitos prévios e circunscritos. Ou como ele próprio diz “nada é um ritual”. Deus que é infinito vê, pensa e age de uma forma muito além do que nós, seres humanos limitados somos capazes de compreender.

Por mais que esta história possa parecer surrealista, e por mais complexa que seja a forma qual o literato visa expressar e levar ao público a sua ideia, eu recomendo esta obra a todas as pessoas que têm ou que buscam uma ideia de fé livre de certos dogmas e convenções que discriminam e que julgam. Liberdade não é sinônimo de libertinagem. O que o autor tenta oferecer é uma visão mais ampla da fé, dentro dos princípios bíblicos, é claro. É um livro iconoclasta quando comprado a nossas convenções sobre a face da fé. Trata-se de um escrito dirigido a um público mais maturo por que exige bastante reflexão. É um texto a ser debatido, pois qual disse, possui algumas coisas difíceis de deglutir e, além do mais, cada um de nós vê as coisas apenas sob uma óptica, sob sua orientação religiosa.

Farias, M. S. “Resenha do livro ‘A Cabana’, de William P. Young”. Outubro de 2012. <http://livredialogo.blogspot.com.br/>

SEGUNDA RESENHA COLHIDA NA INTERNET

No endereço eletrônico <http://viciadas-em-livros.blogspot.com.br/2013/04/resenha-cabana.html> consta a seguinte resenha:

Sinopse:

A filha mais nova de Mackenzie Allen Philip foi raptada durante as férias em família e há evidências de que ela foi brutalmente assassinada e abandonada numa cabana. Quatro anos mais tarde, Mack recebe uma nota suspeita, aparentemente vinda de Deus, convidando-o para voltar aquela cabana para passar o fim de semana. Ignorando alertas de que poderia ser uma cilada, ele

segue numa tarde de inverno e volta a cenário de seu pior pesadelo. O que encontra lá muda sua vida para sempre. Num mundo em que religião parece tornar-se irrelevante, “A Cabana” invoca a pergunta: “Se Deus é tão poderoso e tão cheio de amor, por que não faz nada para amenizar a dor e o sofrimento do mundo?” As respostas encontradas por Mack surpreenderão você e, provavelmente, o transformarão tanto quanto ele.

Resenha:

“Se você odiar esta história, desculpe, ela não foi escrita para você.”

Esta é uma das frases que compõe o fim do prefácio de “A Cabana”, sucesso literário - e polêmico - de William P. Young. A frase supracitada é também a que pode ser usada para definir o livro, uma vez que A Cabana lida com uma questão bastante pessoal: A crença em Deus; Então se você é um cético, essa história não foi escrita para você, porém, se você tem fé, vá em frente e tenha uma experiência interessante, muito embora interessante não queira dizer agradável.

O livro traz a história de Mackenzie Allen Philip, um homem religioso cuja filha é raptada durante um acampamento em família. Quando o vestido rasgado e ensanguentado da garota é encontrado em uma cabana nas proximidades do acampamento, as autoridades chegam à conclusão de que ela fora vítima de um Serial Killer procurado, porém jamais encontrado. Vivendo em uma tristeza indescritível, Mack recebe um bilhete suspeito alguns anos mais tarde, onde o remetente convida-lhe para retornar à cabana. Intrigado com a possibilidade de Deus ter lhe mandado aquele bilhete, Mack resolve aceitar o convite e vai de encontro ao lugar onde seus pesadelos começaram.

“A cabana” invoca a conhecida questão: “Se Deus é bom, porque ele permite o mal e o sofrimento?” e o leitor consegue a suposta resposta através das descobertas de Mack, que encontra em sua cabana de pesadelos não apenas Deus, mas toda a santíssima trindade. Como fora dito posteriormente, se você é um cético, não continue a leitura, pois durante o período em que o personagem principal está na cabana com Deus, Jesus e o Espírito Santo, há uma infinidade de diálogos que tentam explicar os mistérios sobre a divindade que nos criou.

Há momentos realmente belos no livro, com trechos e frases de efeito que faz o leitor abandonar por um momento a leitura e refletir, entretanto, são essas mesmas frases de efeito que tornam o livro algo pretensioso demais. Além disso, há também os momentos em que os muitos diálogos tonam-se tão enfadonhos e repetitivos que continuar a leitura acaba sendo uma tarefa difícil.

Pessoalmente, possuo uma relação de amor e ódio com este livro, pois apesar de acreditar em Deus acima de todas as coisas, não concordo plenamente no conceito de Deus que William P. Young apresenta no livro, e aqui chegamos ao elemento que garante o fracasso da obra, no meu ponto

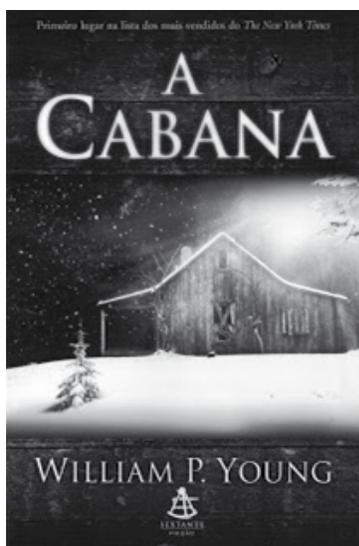
de vista: Ninguém está disposto a ler sobre coisas que não concorda plenamente. Então este livro não foi feito para mim. Talvez fora feito pra você, se concordar com o que ele diz, mas para mim não.

Até a próxima!

TERCEIRA RESENHA COLHIDA NA INTERNET

Em <http://www.umsonholiterario.com/2013/09/resenha-cabana-william-p-young.html> temos mais uma resenha:

Postado por Um sonho literário



Mackenzie Allen Philip se culpa pela morte da filha. Afinal, foi ele quem deixou-a sozinha no acampamento onde passavam férias e possibilitou que o sequestrador a levasse para uma cabana e a matasse brutalmente ali. O corpo da menina nunca foi encontrado, tudo o que resta da pequena Missy é uma mancha seca de sangue no piso da cabana onde há evidências do seu assassinato.

O tempo passou, e já faz três anos desde que Missy deixou este mundo. Afinal, o tempo passa, cedo ou tarde. Já o rancor de Mack para com Deus não passa jamais.

Que tipo de Deus é esse que permite que crianças morram sem nem ter vivido? Que Deus é esse que não permite nem mesmo que os pais encontrem o corpo da filha? Que Deus é esse que nunca esteve lá quando sua

presença foi necessária? Mackenzie não tem a resposta e isso o corrói por dentro todos os dias.

Mas sempre há aquele momento, em que o conforto é oferecido: Deus deu Seu convite, a partir de um bilhete deixado na caixa de correio da casa de Mackenzie e sua família:

Mackenzie

Já faz um tempo. Senti sua falta.

Estarei na cabana no fim de semana que vem, se você quiser me encontrar. Papai.

Se é que foi mesmo Deus quem enviou aquele bilhete, porque o famoso bom Criador teria escolhido justo o lugar onde Missy fora assassinada para servir de ponto de encontro? Seria o Senhor tão insensível assim?

Mackenzie resolve acreditar no bilhete, enfrentar quem quer que fosse cara a cara. Ele só não esperava que, justo no lugar que guardou seu pior pesadelo, ele pudesse encontrar a aceitação e o conforto.

Nessa obra tocante e fenomenal de William P. Young, aprendemos a abrir os olhos para questões que estão sempre na nossa mente. Deus está conosco? Esteve ali quando precisamos? Se Ele é tão poderoso, porque não ameniza o nosso sofrer?

Venha até A Cabana. Deixe que Ele te mostre.

Não, não é um livro de autoajuda, nem fala de religião do ponto de vista de uma igreja em particular: não é um livro católico, ou evangélico, é simplesmente um livro.

Eu teria entendido melhor o livro se eu fosse mais filosófica (sou tão sensível à filosofia quanto um parafuso de micro-ondas). Tem tanta metáfora que chega a ser complicado de entender, mas tudo é bem explicado depois.

Dá pra entender claramente a relação de amor e ódio que Mackenzie tem com Deus, e a forma como ele se culpa pelo que aconteceu com Missy é de dar dó. Acho que o que temos que entender é que Mackenzie culpa a si mesmo, e culpa a Deus por deixar que ele se culpe (olha, quase consegui ser filosófica).

Achei a história envolvente, que conseguiu mostrar Deus de uma forma nova: personificado em três pessoas físicas, o que faz com que Ele seja mais compreensível, e, ao mesmo tempo, dá uma sensação de que Ele é mais alcançável e presente do que normalmente aprendemos. Mackenzie foi capaz de ver Deus, falar com Ele, e acho que é isso que eu mais amo no livro: ele nos faz sentir próximos de quem nos criou. As citações famosas no começo de cada capítulo são sempre memoráveis.

Kate, a filha de Mackenzie é a principal vítima da história, percebemos. Ela sim se culpa pela morte de Missy, e tudo o que acontece na cabana durante o encontro de Mack com Deus é na verdade uma espécie de curso para que Mackenzie conforte sua filha, a que mais sofre pela morte da irmãzinha.

Mackenzie esteve tão preso à sua dor que ficou cego para a dor das pessoas ao seu redor, e não percebeu que ele não era o único que sofria.

O livro todo gira em torno de uma só pergunta: *Deus está aqui para mim?*

Acho que não é spoiler dizer que: sim, Deus está aqui para você.

O livro mostra que Deus NÃO está só nas igrejas, Ele está em cada um de nós. Não ir à igreja não faz de você um ateu: você só é ateu quando não encontra Deus dentro de si.

Haveria menos rixas entre as religiões se todos levassem livros assim a sério!

Os presos do PMRG têm acesso à *internet*. Portanto, basta lerem as resenhas e resumi-las, ainda mais, quando fazem as “provas”. Mesmo que os sentenciados não tivessem acesso aos computadores, o que admitimos para efeito de argumentação, os familiares deles, nas visitas semanais, poderiam levar a resenha, feita por um filho, esposa, etc.

O próprio jurista **Damásio Evangelista de Jesus** abordou este aspecto em seu artigo “*EXECUÇÃO PENAL – Projeto de remição prisional pela leitura*”:

“Será indispensável, contudo, que essa iniciativa, na prática, seja executada com muito cuidado. E tenho sérias dúvidas – para dizer só isso – sobre a capacidade de nosso sistema prisional, na atualidade, exercer efetivamente tal controle, não obstante as valiosas iniciativas de que temos notícias. Com efeito, se na vida acadêmica é tão frequente o recurso ao plágio, à “redação” pelo clássico sistema do Control-C/Control-V, e se já existem sites especializados no fornecimento de redações e resenhas de livros prontas, como evitar que o mesmo não se verifique no ambiente carcerário? Que formas de controle haverá, por exemplo, para que a mesma resenha não seja utilizada em prisões e por presos diversos e submetidas a equipes de avaliação diferentes, como recentemente ocorreu nas provas de vários concursos públicos?”

Poderiam as resenhas ser todas digitadas e constar de um único banco de dados, facilmente consultável pelos examinadores. Mas, valerá a pena digitar todos os textos recebidos? Não serão excessivos o trabalho e o custo?

Quem pode garantir que detentos dotados de qualidades para redação não se ponham a produzir resenhas para os colegas, como no caso de pedidos de habeas corpus à vista da administração, e que

tal serviço acabe sendo remunerado com favores ou extorquido por presos violentos a companheiros mais fracos? Se cigarros, lanches e refrigerantes servem tradicionalmente a essa finalidade, não é difícil imaginar que textos prontos também sejam moeda utilizável para semelhante forma de comércio.

Há, ainda, outra consideração a fazer. O crime organizado tem demonstrado capacidade para contrabandear celulares, drogas e até armas para dentro de presídios. Não poderá também montar um banco de redações para favorecer seus protegidos?

Essas perguntas não podem deixar de aflorar à mente de quem conhece e lamenta as limitações a que está sujeito nosso sistema penitenciário.

Em resumo, a ideia mostra-se boa, a intenção é excelente. Vislumbro, entretanto, grave risco de ser esse projeto, na atual realidade prisional brasileira, mais uma boa intenção que, na prática, se revele impraticável. (...)

(<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/projeto-de-remicao-prisional-pela-leitura/9105>)

Assim sendo, pode-se seguramente afirmar que tudo o que foi escrito pelo sentenciado na singela redação de fl. 12 pode ter sido obtido nas resenhas, sem precisar ter lido o livro.

Para que, efetivamente, se tivesse a certeza de que o preso leu a obra, a prova deveria conter testes ou questões discursivas que exigissem respostas que se encontram no “miolo” do livro, não aquilo que é genérico e qualquer um pode ler na resenha.

Por mais esta razão, opinamos contra a remição da leitura.

O MAIOR CRIMINOSO DO ESTADO, MARCOLA, DO PCC, LEU MAIS DE TRÊS MIL LIVROS NO PRESÍDIO E, MESMO ASSIM, NÃO SE RESOCIALIZOU.

Segundo consta de matéria publicada pela revista IstoÉ (virtual), Marcola carrega a fama de ter lido mais de três mil livros, e teria adquirido o salutar hábito da leitura já enclausurado:

“Além do alemão Friedrich Nietzsche, obras dos pensadores franceses Voltaire e Victor Hugo e do escritor russo Fiodor Dostoievski, cuja temporada de quatro anos na prisão inspirou o clássico “Recordações

*da Casa dos Mortos”, fazem parte do repertório de Marcola. Um feito e tanto para um órfão de pai e mãe, que abandonou a escola na quarta série, viveu na rua e se tornou criminoso nos primeiros anos da adolescência. **O gosto de Marcola pela leitura emergiu depois de extensas e repetidas consultas ao Código Penal. No início do relacionamento, Marcola pedia para a primeira mulher, a advogada Ana, levar livros de direito para que ele se distraísse na cadeia.”** (<http://www.terra.com.br/istoe-temp/edicoes/2087/imprime155568.htm>)*

Também a jornalista Fátima Souza, em sua obra “PCC: a Facção”, relatou “Marcola” (Marcos Willians Herbas Camacho), um dos líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC), atualmente preso na Penitenciária de Presidente Bernardes, em São Paulo, como sendo um homem inteligente e estrategista, autodeterminado lúcido e assertivo. Também o relata como um homem culto:

“O delegado Ruy Fontes disse que, entre os muitos livros que leu, Marcola prefere, e tem como livro de cebeceira, A arte da guerra.”
(SOUZA, Fátima. PCC: a Facção. Editora Record. 2007. p. 299)

Ora, sendo ele descrito como o que podemos chamar de “um aficionado por livros”, se a remição pela leitura existisse há mais tempo, ele provavelmente já estaria de volta às ruas, ou bem perto disso. E sem que os “*muitos livros que leu*” o tenham sequer aproximado da tão buscada ressocialização.

Ante o exposto, mui respeitosamente, requeiro, após a oitiva do Douto Procurador de Justiça, a reforma da respeitável decisão, revogando-se a remição por leitura.

São Paulo, 09 de outubro de 2014.

Adalberto Denser de Sá Junior
6º Promotor de Justiça Militar

“Prescrição pela metade”: Inconstitucionalidade do artigo 115 do Código Penal

Autos nº 0060346-88.2005.8.26.0050
ÁREA CRIMINAL

Christiano Jorge Santos
6º Promotor de Justiça Criminal da Capital

MANIFESTAÇÃO SOBRE A EXPEDIÇÃO DE NOVO MANDADO DE PRISÃO

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de pedido elaborado pela Douta Defensoria Pública em favor de **DENNIS WILLIAN MARQUES DOS SANTOS** visando à expedição de novo mandado de prisão para o condenado, com questionamento sobre a data de validade.

Concorda o Ministério Público que o início do cômputo do prazo da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, o que se verificou no dia 19 de setembro de 2011 (fl. 267).

Considerando que Dennis foi condenado à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, de acordo com o artigo 109, inciso III, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória do Estado ocorre em 12 (doze anos).

Verifica-se às fls. 21 e 31 que, na data do crime, Dennis contava com 19 (dezenove) anos de idade.

Assim, se fosse considerada a redução pela metade do prazo prescricional em razão da menoridade relativa do condenado (artigo 115 do Código Penal), a data de prescrição da pretensão executória seria **18 de setembro de 2017**. Contudo, discorda o Ministério Público de tal pretensão, por entender ser **INCONSTITUCIONAL** a norma contida no artigo 115 do Código Penal, fazendo com que o prazo de prescrição se verifique após 12 anos do trânsito em julgado para o “parquet”, ou seja, no dia **18 de setembro de 2023**, pelos motivos a seguir expostos.

Os argumentos foram, em sua maior parte, desenvolvidos na obra “Prescrição Penal e Imprescritibilidade”, São Paulo: Elsevier, 2010, páginas 61 a 79, de autoria do signatário da presente manifestação.

1. Dos prazos prescricionais pela metade em virtude da idade do agente

O artigo 115 do Código Penal prevê a redução pela metade dos prazos de contagem da prescrição, nas hipóteses em que o agente delitivo possuir menos de vinte e um anos de idade ao tempo do crime ou quando for maior de setenta anos na data da sentença.

Não se tem notícia de norma semelhante em outro lugar do mundo, não tendo sido localizada regra análoga nas legislações penais dos países Alemanha, Argentina, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Paraguai, Portugal, Reino Unido e Venezuela.

Confirma a suspeita de que possa ser hipótese criada e mantida isolada somente no Brasil, a ausência do tópico “direito comparado” nas anotações pertinentes ao artigo 115 do Código Penal, por parte de Aloysio de Carvalho Filho, sempre tão pródigo em fornecer embasamento alienígena aos comentários dos demais artigos. Aliás, esse autor dá como “antecedentes” da norma dois decretos federais pátrios (um de 1927 e o outro de 1933), ambos relativos à situação dos “menores”. Expressamente afirmou, ademais: “A originalidade está na extensão do benefício aos velhos.”¹

Incumbe observar que tal norma aplica-se à prescrição da pretensão punitiva e à prescrição da pretensão executória, sendo unânime tal entendimento na doutrina.²

Analisar-se-á tal previsão de nosso Código Penal com o fito de demonstrar de modo detalhado a existência de normas que tratam da prescrição inconsistentemente. Ao se comprovar que não deveria existir a previsão de redução pela metade do lapso prescricional, explicita-se, de maneira categórica, ao menos exemplificativamente, que o tema não é tratado com o devido respeito na legislação pátria, em prejuízo do Estado (afetado em suas pretensões punitiva e executória), de modo que o artigo 115 do Código Penal mostra-se inconstitucional.

1.1. A hipótese da denominada “menoridade relativa”

1.1.1. O jovem criminoso brasileiro ou o “imputável imaturo”

A razão da existência da norma do artigo 115 do Código Penal é exposta pelos doutrinadores que se aventuraram a dela tratar como o “insuficiente desenvolvimento mental e moral (...)”³ do criminoso, sua “falta de maturida-

¹ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 4, p. 405.

² Neste sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 794; dentre outros.

³ CARVALHO FILHO, Aloysio de, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 4, p. 407.

de”⁴, “a imaturidade do agente”⁵ ou porque “a imaturidade daqueles que ainda não estão com a sua personalidade completamente formada, como acontece com aqueles que estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta, pode conduzir à prática de atos ilícitos impensados”⁶. Ou seja, conquanto considerado imputável pela legislação penal, o “relativamente menor” é possuidor de uma maturidade tida como “não plena”, razão pela qual, muitas vezes, ou não é o agente delitivo julgado ou não cumpre a pena anteriormente fixada, por fazer jus à extinção da punibilidade (respectivamente, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória), segundo nosso sistema jurídico-penal.

Causa espécie, (verdadeiro contrassenso, aliás), que nosso ordenamento jurídico admita um cidadão com dezoito anos de idade como preparado para alistar-se nas Forças Armadas e para fazer parte do conselho de sentença do júri (art. 436 do CPP7, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008) e o tenha como “não suficientemente maduro” para ser julgado como os demais imputáveis.

Ou seja, presume o Estado brasileiro que alguém com dezenove anos de idade possa pegar em armas para defender a nação, como também presume através da previsão de nosso processo penal que o indivíduo com dezoito anos de idade possui maturidade para lidar com todas as circunstâncias e consequências (legais e, principalmente, morais e emocionais) afetas ao ato de condenar ou absolver um acusado de homicídio doloso, mas, contraditoriamente, entende que essa mesma pessoa não possui estrutura emocional e psíquica suficiente para ser processada, julgada ou para cumprir a pena.

Assim, exemplificativamente, se um jurado com a idade mínima, na saída da sessão plenária solene, após o julgamento, praticar uma infração penal qualquer, será tido como “parcialmente imaturo” e poderá futuramente nem sequer ser denunciado, julgado ou submetido ao cumprimento de uma pena porque acabará – hipoteticamente – beneficiado com a redução pela metade do lapso prescricional. Vale dizer: é maduro para julgar, mas não para ser réu.⁸

⁴ NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal*, cit., p. 344.

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*: parte geral, cit., p. 428.

⁶ GRECO, Rogério, *Curso de direito penal*: parte geral, cit., p. 794.

⁷ Está previsto no atual artigo 436 do Código de Processo Penal: “O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade”. Até a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008, previa o hoje revogado artigo 434 do Código de Processo Penal: “O serviço do júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de vinte e um anos, isentos os maiores de sessenta”.

⁸ Saliente-se que a modificação legislativa do artigo 434 do Código de Processo Penal, reduzindo a idade mínima do jurado de 21 para 18 anos de idade, revela sintonia do legislador com a mudança recente do Código Civil, quanto à capacidade plena.

Como é sabido, nosso Código Penal adotou, no artigo 27, o critério biológico para estabelecer a inimputabilidade penal. Ou seja, criou um limite de idade para responsabilizarem-se penalmente os autores de infrações penais⁹ e também se valeu da idade do infrator da lei para criar as regras do artigo 115.

É certo que a presunção legal, por sua generalidade, pode abrigar equívocos. Por óbvio, há pessoas essencialmente capazes aos quinze ou dezesseis anos de idade, assim como existem imaturos com trinta anos. Todavia, o estabelecimento de um limite preciso da imputabilidade penal e da maioridade civil são imprescindíveis para a segurança jurídica, razão pela qual é correto que sejam fixados tais parâmetros pelo legislador.

Por conseguinte, se a lei penal entende ser imputável a pessoa com dezoito anos e a lei civil também a compreende capaz de arcar com as consequências de seus atos na esfera cível, não há razão para a existência da regra do artigo 115, em sua primeira parte, como inicialmente exposto.

Mesmo em se partindo da premissa de que há pessoas civil e penalmente capazes por presunção legal, mas imaturas emocionalmente, não se justificaria a existência da norma.

Segundo a psicologia, entendendo-se como adolescente (diferentemente do necessário balizamento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º)¹⁰ a pessoa que, a partir da fase da puberdade, está ainda em busca de sua identidade¹¹, verifica-se não ser possível o estabelecimento de um limite etário para seu fim, “já que não é tão nitidamente demarcado porque, além da característica filogenética, interfere a ontogenética (bagagem psicológica adquirida do seu meio ambiente). Assim, apesar de filogeneticamente o indivíduo poder ser adulto, ontogeneticamente pode não ter atingido a maturidade psicossocial”.¹²

⁹ “Como causa de exclusão da culpabilidade – remanesce o crime, mas se isenta o réu de pena, por falta de reprovabilidade ?, a inimputabilidade por razão puramente biológica (menores de dezoito anos de idade, cf. o art. 27 do CP) não oferece problemas em seu estudo pela clareza da lei”. (BONFIM, Edílson Mougenot; CAPEZ, Fernando, *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 541).

¹⁰ Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Artigo 2º - Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”.

¹¹ Para análise mais ampla, ver: BOCK, Ana Mercês Bahia; LIBESNY, Brônia. Quem eu quero ser quando crescer: um estudo sobre o projeto de vida de jovens em São Paulo. In: OZELLA, Sergio (Org.). *Adolescências construídas: a visão da psicologia sócio-histórica*. São Paulo: Cortez, 2003. p. 203-222.

¹² TIBA, Içami. *Puberdade e adolescência: desenvolvimento biopsicossocial*. São Paulo: Ágora, 1985. p. 37.

No mesmo sentido posiciona-se Luiz Carlos Osório, citado por Outeiral: “O término da adolescência (...) é bem mais difícil de determinar e novamente obedece a uma série de fatores de natureza sócio-cultural”¹³. Em seguida, o autor especifica os “elementos mais universais na atualidade” que possibilitariam assinalar o término da adolescência, concluindo: “Em termos etários, isto ocorreria por volta dos 25 anos na classe média brasileira, com variações para mais ou pra menos consoante as condições sócio-econômicas da família de origem do adolescente”.¹⁴

Ora, se os penalistas justificam a regra de redução da prescrição a partir, ao menos implicitamente, de conhecimentos da psicologia, em específico pela aceitação da idéia de que nem toda pessoa atinge a maturidade aos dezoito anos de idade (embora, repita-se, a lei estabeleça, para tanto, um limite fixo: os vinte e um anos), também deveria a psicologia servir de parâmetro ao raciocínio acerca das necessidades íntimas dessa pessoa em formação, ali-cerçando ou não o conteúdo da norma em comento. Vê-se, portanto, flagrante incoerência na existência dessa regra de redução do lapso prescricional.

1.1.2 Da necessidade de limites

É sabido que desde a tenra infância o ser humano necessita de limites. Conforme estabelece Alberto Pereira Lima Filho:

*“Vista do ângulo do pai, a interdição e a função dos limites está a serviço de preservar para si o poder, inclusive o poder ilimitado; do ponto de vista da estruturação da personalidade do filho, contudo, a interdição vem humanizá-lo. A falta dessa circunscrição resultará em uma onipotência – defensiva, é bom que se diga, uma vez que se apresentará para suplantar o profundo sentimento de impotência oriundo de uma relação pai-criança disfuncional.”*¹⁵

No mesmo sentido, uma das maiores referências mundiais no assunto, Donald W. Winnicott, ao tratar de delinquentes infanto-juvenis, afirma:

“Quando uma criança rouba fora de casa, ainda está procurando a mãe, mas procura-a com maior sentimento de frustração e necessi-

¹³ OUTEIRAL, José Ottoni. *Adolescer*: estudos sobre adolescência. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. p. 7-8.

¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

¹⁵ LIMA FILHO, Alberto Pereira. *O pai e a psiquê*. São Paulo: Paulus, 2002, p. 79.

tando cada vez mais encontrar, ao mesmo tempo, a autoridade paterna que pode pôr e porá um limite ao efeito concreto de seu comportamento impulsivo e à atuação das idéias que lhe ocorrem quando está excitada. (...) O pai rigoroso que a criança evoca também pode ser amoroso mas deve ser, antes de tudo, severo e forte. Somente quando a figura paterna rigorosa e forte está em evidência a criança pode recuperar seus impulsos primitivos de amor, seu sentimento de culpa e seu desejo de corrigir-se. A menos que se veja em apuros, o delinqüente só poderá tornar-se cada vez mais inibido no amor e, por conseguinte, cada vez mais deprimido e despersonalizado, tornando-se por fim totalmente incapaz de sentir a realidade das coisas, exceto a realidade da violência.”¹⁶

O mesmo dá-se com o adolescente, como assinala José Ottoni Outeiral:

“É necessário enfatizar que as crianças e os adolescentes ‘pedem limites’ e que o ‘limite’ os ajuda a organizar sua mente. Os adultos, às vezes, não colocam limites porque assim será mais ‘cômodo’. Colocar limites significa envolvimento, ‘conter’ o adolescente, suportar suas reclamações e protestos, enfim enfrentar dificuldades. Os adultos poderão também ter dificuldades em colocar ‘limites’ em função de problemas com os seus pais, ou seja, tendo, talvez, sentido-se ‘reprimidos’ nas suas infâncias e adolescências, têm dificuldades com seus adolescentes. Buscando evitar que eles passem pelo que não gostariam de ter vivido, acabam causando ‘problemas’.”¹⁷

Com efeito, se o infrator da lei entre dezoito e vinte e um anos de idade, por presunções legais, é plenamente capaz de entender o caráter ilícito de seu ato e se sujeita a uma pena (arts. 26, caput, e 27, ambos do CP), deveria arcar com as conseqüências penais de uma condenação como os demais infratores da lei, ou, na melhor das hipóteses, deveria “pagar” as penas de modo distinto, mas nunca ser delas isento, como ocorre muitas vezes com os lapsos de prescrição reduzidos à metade.

Algo contraditórias, portanto, as normas referidas no artigo anterior, em confronto com a letra expressa no artigo 115, primeira parte, do mesmo Cód-

¹⁶ WINNICOTT, Donald W. Privação e delinqüência. Tradução de Álvaro Cabral, 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.131. Saliente-se que Winnicott trata pessoas de até catorze anos como crianças.

¹⁷ OUTEIRAL, José Ottoni. Adolescência: estudos sobre adolescência, cit., p. 35-36.

go, pois nessa, como já salientado – segundo a interpretação doutrinária – o criminoso ainda não é maduro o suficiente para cumprir as sanções como um “adulto” maior de vinte e um anos.

Embora se discorde da necessidade de um tratamento penal diferenciado aos “relativamente menores” (na medida que sejam imputáveis), pode-se imaginar, num primeiro momento, atendendo àqueles que vêm sentido na existência de tal categorização penal de indivíduos, algumas espécies de beneplácito a eles, tais como: cumprimento de penas privativas de liberdade em estabelecimentos penais distintos (providência hoje não prevista na Lei n. 7.210/84); redução do tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade; ou, então, a depender dos crimes cometidos (delitos não hediondos nem equiparados e também os sem violência ou grave ameaça à pessoa, por exemplo), poderia ser ele favorecido com regras especiais de substituição da sanção privativa de liberdade ou de suspensão condicional da execução da pena. Também não se olvide que o artigo 65, I, do Código Penal já estabelece que os réus com a idade em questão são beneficiados com a atenuação da pena.

O inconcebível é que, a pretexto de, reiterar-se, ser um “imaturamente imputável”, contrariando o aconselhável pela psicologia para sua adequada formação da personalidade, seja tal espécie de criminoso apresentada com a extinção da punibilidade, após decurso da metade do tempo fixado para os demais agentes delitivos. Vale dizer, não se aceita que o criminoso a quem deveria o Estado (com ainda mais razão) impor limites, termine brindado com a impunidade.

1.1.3 Da menoridade relativa “ao tempo do crime”

Necessário que se observe ser importante a definição de “tempo do crime”, ou seja, a expressão legal corresponde ao início dos atos executórios ou à consumação do delito? Na hipótese de alguém com vinte anos e onze meses de idade atirar com animus necandi contra outro que venha a falecer dois meses depois em razão dos disparos, incidiria ou não a norma? Temos que sim, pois o Código Penal consagrou a teoria da atividade, com a mesma exata rubrica, em seu artigo 4º, ao tratar do “tempo do crime”, como defendido por Damásio E. de Jesus¹⁸, nada obstante tenha adotado para efeito de início da contagem da prescrição a teoria do resultado (art. 111, I, do CP).¹⁹

¹⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 742.

¹⁹ Entendem em sentido contrário Christiano José de Andrade (*Da prescrição em matéria penal*, cit., p. 120) e Aloysio de Carvalho Filho (*Comentários ao Código Penal*, cit., v. 4, p. 412).

Interessante notar, neste tocante, que a doutrina fundamenta a existência do preceito normativo como forma de poupar das agruras do cárcere os imputáveis não amadurecidos, "no interesse da ordem jurídica em que se poupe o menor à ação perversora da prisão, encurtando-lhe quanto possível o período do seu internamento"²⁰, ou, em outras palavras, "a convivência carcerária do menor de 21 anos com criminosos perigosos acabará por deturpar a sua personalidade"²¹, como também, no fato de que "é incontestável a conveniência de facilitar ao egresso da sociedade, culpado de um crime em que atuaram contingências peculiares da idade curta, o mais breve reingresso na coletividade social, para o trabalho lícito e prestante, a que o habilitam, mais do que nunca, as suas energias mansas".²²

No primeiro caso, vê-se flagrante incoerência: se a norma existe porque os jovens criminosos não possuem estrutura para o cumprimento da pena, considerando que muitos dos acusados respondem aos processos em liberdade e vêm a ser condenados após completar os vinte e um anos (quando, presumivelmente – pela lei – já teriam maturidade e condições de suportar as conseqüências penais de seus atos), a regra deveria valer para aqueles que possuíssem menos de vinte e um anos na data do início do cumprimento da pena (aplicando-se, por exemplo, para efeito da prescrição da pretensão executória, ao foragido).

Igualmente frágil tal argumentação nos dias de hoje, na medida que os autores de delitos mais graves (aqueles que levam concretamente um jovem criminoso à prisão), sujeitam-se a penas altas e, via de regra, mesmo tendo o lapso temporal de prescrição dividido por dois, não são favorecidos com a extinção da punibilidade. Assim sendo, estariam fadados a receber o beneplácito legal em análise, verdadeira e efetivamente, apenas os agentes delitivos de menor gravidade. Todavia, como se sabe, nessas hipóteses, no mais das vezes, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a aplicação do sursis ou mesmo a fixação de regime inicial aberto para cumprimento da pena (sempre lembrando que a menoridade relativa também é causa atenuante genérica – art. 65, I, do CP, influenciando para a redução da pena).

Nessa última hipótese, portanto, a redução do lapso prescricional pela metade também não cumpre o seu papel de "livrar dos malefícios da prisão" os jovens criminosos que poderiam "contaminarem-se".

²⁰ BRUNO, Aníbal. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2, p. 135.

²¹ GRECO, Rogério, *Curso de direito penal*: parte geral, cit., p. 794.

²² CARVALHO FILHO, Aloysio de, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 4, p. 407.

Quanto à visão de Alcântara Machado, parece ser excessivamente otimista e pouco aplicável aos dias de hoje, quando se vêem tantas vezes pessoas de dezoito anos recém-completados inaugurando uma carreira criminosa, enquanto imputáveis com as “fichas limpas”, mas que, muitas vezes, já carregam consigo um passado marcado pela adolescência infratora violenta, com uma vivência recheada, em diversos casos, de “passagens” pelas fundações destinadas ao cumprimento de medidas socioeducativas de internação (como a extinta Febem, hoje Fundação Casa, no Estado de São Paulo).

No que pertine aos argumentos de cunho mais humanista que racional, cabe com precisão o comentário de Donald W. Winnicott:

“É porque estou tão ansioso para que se apliquem métodos psicológicos na investigação de casos judiciais e na orientação de crianças anti-sociais que quero atacar uma das maiores ameaças a um avanço nessa direção; essa ameaça provém da adoção de uma atitude sentimentalista em relação ao crime. Se parece haver avanços, mas se eles se baseiam em sentimentalismo, não têm nenhum valor; acabará havendo necessariamente uma reação, e então seria preferível que não houvesse avanços. No sentimentalismo existe ódio recalcado ou inconsciente, e esse recalco não é saudável. Mais cedo ou mais tarde, o ódio vem à tona.

O crime produz sentimento de vingança pública. A vingança pública redundaria em algo perigoso, se não fosse a lei e aqueles que têm por missão implementá-la. No tribunal, o magistrado, antes de mais nada, expressa os sentimentos de vingança pública e só assim podem ser estabelecidas as bases para um tratamento humano do infrator.”²³

1.1.4 A modificação do Código Civil e sua influência no entendimento da questão

Pode-se também utilizar como argumento a favor da necessidade de extinção da norma do artigo 115 do Código Penal a adoção pelo Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406/2002, de um novo patamar etário para a maioridade, nos termos do disposto em seu artigo 5º, ou seja: “A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

Vê-se, portanto, que a legislação civil em vigor entende ser o indivíduo com dezoito ou mais anos de idade (e não mais aos vinte e um anos) apto

²³ WINNICOTT, Donald W., *Privação e delinquência*, cit., p. 128.

a decidir e a tomar as mais importantes decisões de sua vida, como casar, descasar, doar seu patrimônio, estabelecer um negócio, firmar um contrato, ou seja, é considerada a pessoa, com a idade já mencionada, plenamente capaz, vale dizer, a lei presume ser maduro o indivíduo.

A modificação na legislação civil afetou a norma dos artigos 15 e 262 do Código de Processo Penal, segundo Damásio E. de Jesus:

“Sérgio Demoro Hamilton, abordando o tema do fundamento da exigência de curador ao indiciado ou réu menor, afirma que ‘a providência tem por fim suprir a relativa incapacidade do menor, já imputável penalmente (art. 27 do CP), mas ainda incapaz perante a lei civil (artigo 6º, I, do Código Civil)’ (Reflexões sobre o exercício da curadoria no processo penal, Ensaios jurídicos, Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 2/26, 1996). A função do curador no interrogatório do réu menor, considerou o STF, ‘consiste em complementar a vontade do acusado, relativamente incapaz para decidir sozinho sobre os seus próprios atos’ (RTJ 103/993). Em outras situações, permitia que o ato fosse realizado por ele ou por seu representante legal, como o exercício do direito de queixa e de representação. Hoje, como o menor de 21 anos e o maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de curador e a figura de seu representante legal. De modo que devem ser considerados ab-rogados ou derogados, conforme o caso, todos os dispositivos do CPP que se referem ao menor de 21 anos de idade (e maior de 18) e à nomeação de curador (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, c).”²⁴

Também Maria Thereza R. Assis Moura defende a influência nas leis processuais penais do novo Código Civil:

“Dispõe o artigo 262 do CPP que ‘ao acusado menor dar-se-á curador’, na esteira do disposto no art. 15, que determina a nomeação de curador, pela autoridade policial, ao indiciado menor de 18 anos. Com a entrada em vigor do Código Civil em janeiro de 2002, que fixou a maioria aos 18 anos de idade, passou-se a questionar se ainda

²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado: comentários ao artigo 15. 22. ed. 3. tiragem.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20-21. O próprio autor, ao final do tópico, incluiu observação de que a questão é discutível.

*se faria necessária a presença do curador, no processo penal, ao acusado menor de 21 anos de idade, não obstante o disposto no art. 2043 da nova Lei Civil disponha, expressamente, que 'até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código'. A polêmica, todavia, deixou de existir em face da Lei 10792/2003, que expressamente revogou o art. 194 do CPP, o qual determinava a nomeação de curador ao acusado menor de 21 anos, quando do ato do interrogatório. E, embora o legislador não tenha revogado os arts. 15 e 262, resta claro, em nossa opinião, que o disposto nestes artigos deixou de ter razão de ser, estando, pois, implicitamente revogados.*²⁵

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci²⁶ e Antonio Carlos da Ponte.²⁷

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela desnecessidade de curador ao interrogando menor de 21 anos de idade, tanto em juízo, quanto na fase policial.²⁸

Apesar do entendimento acima exposto? no que tange à esfera processual?, a doutrina tem-se inclinado, no âmbito do direito penal, pela não-revogação da norma do artigo 115, primeira parte, do Código Penal.

O mesmo Damásio E. de Jesus, na última edição de sua obra *Prescrição penal*, defende posição contrária à acima exposta, quanto às normas de cunho processual, “o artigo 115 do CP não foi ab-rogado ou derogado pelo art. 5º do novo CC, que baixou a maioria para 18 anos”²⁹, por conta da imaturidade dos agentes nessa faixa etária. Todavia, não aprofunda tal consideração, tampouco justifica a diferença das normas de direito material com as de cunho processual.

²⁵ MOURA, Maria Thereza R. Assis; BETANHO, Luiz Carlos; MORAES, Maurício Zanoide de. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3, p. 113.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 408 e p. 533 (comentários aos arts. 194 e 262 do CPP).

²⁷ PONTE, Antonio Carlos da. Os efeitos do novo Código Civil junto ao direito penal e ao direito processual penal. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, p. 65-76, set./dez. 2004.

²⁸ STJ - HC n. 74.169/SP, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.10.2007, DJU, de 17.12.2007, p. 244; STJ - RHC n. 19603/MA, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.08.2006, DJU, de 11.09.2006, p. 315.

²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de, *Prescrição penal*, cit., p. 67.

De acordo com tal ótica interpretativa encontram-se Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, argumentando que a redução aludida:

“(...) funda-se em presunção absoluta que se baseia expressamente na idade do agente e não em sua relativa responsabilidade civil. Sua aplicabilidade independe, portanto, dos conceitos e regras da lei civil. Por essa razão, aliás, não se admitia a exclusão do favor a maiores de 18 anos que fossem emancipados. Ademais, o art. 2.043 do Código Civil determina que ‘até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes das leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código’.”³⁰

Conquanto se possa entender não revogado pelo Código Civil o artigo 115 do Código Penal, permite-se a ousadia de discordar dos eminentes juristas, na medida que as regras de direito penal e processual penal, no que toca aos “relativamente menores”, não podem sofrer análises diametralmente opostas quanto ao mesmo tema. Não é possível interpretar-se que o civilmente capaz, conquanto menor de vinte e um anos de idade, possa prescindir de curador, ao ser interrogado pelas autoridades policiais ou judiciais, por pressupor-se capaz da realização de todos os atos da vida civil e, ao mesmo tempo, que mereça ser brindado com a redução de metade dos prazos prescricionais “por não ser totalmente maduro”. A diferenciação doutrinária não possui mínimo suporte ontológico. Ademais, se a existência do artigo 2043 do Código Civil é considerada óbice para a revogação do artigo 115 do Código Penal, também deveria ser com relação aos mencionados artigos do Código de Processo Penal alusivos ao menor de vinte e um e maior de dezoito anos.

Por fim, desnecessário que se cogite da situação dos menores de dezoito anos emancipados, porque expressamente tidos como inimputáveis pelo artigo 228 da Constituição Federal.

1.2 A redução em favor dos maiores de 70 anos de idade

Situação análoga existe no mesmo artigo 115 do Código Penal, em sua parte final, quanto aos que “à época da sentença” ostentem idade igual ou superior a setenta anos.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1, p. 429.

1.2.1 Da maioria “na data da sentença”

Entendia a doutrina, de modo uniforme, que a expressão “à época da sentença” significava a decisão de primeiro grau de jurisdição³¹. Nada obstante, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de reconhecer a hipótese de reconhecimento do prazo ao meio, enquanto existir recurso pendente de apreciação.³²

1.2.2 Das supostas razões de existir da redução

Parte dos autores silencia sobre o assunto e a fração que dela trata justifica a existência da norma pela fragilidade mental do idoso que tenha mais de setenta anos de idade.

Helena Cláudio Fragoso também assim argumenta:

*“Os maiores de 70 anos, na data da sentença, também são beneficiados com atenuação obrigatória da pena, tendo-se em vista o enfraquecimento das funções psíquicas que geralmente acompanha a senilidade. Como diz Aníbal Bruno, a decadência mental dos velhos é uma fatalidade biológica: ‘Ao mesmo tempo que a memória enfraquece, e este é geralmente o primeiro passo na senescência mental, embota-se a compreensão clara dos fatos, debilita-se a vontade e o caráter sensivelmente se modifica’. A velhice altera, por vezes, por completo a personalidade, em consequência de alterações biológicas que justificam a atenuação da pena.”*³³

Para Aloysio de Carvalho Filho, a “norma legal se harmoniza, portanto, com as conclusões da ciência, consonantes em assemelhar, do ponto de vista da imputabilidade e da responsabilidade penal, a criança e o ancião.

³¹ GRECO, Rogério, *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 794-795; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., *Manual de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 429.

³² RT 614/282 (GRECO, Rogério, *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 795) e RT 700/335 (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., *Manual de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 429). Este último, no mesmo texto, refere decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a idade deve ser considerada até o último provimento judicial, ocorrendo a prescrição se foi alcançado o limite previsto em lei antes da decisão de segunda instância, porque esta substitui a sentença, quer a confirme, quer a reforme. Extradição 591-0 DJU, 22-9-95, p. 30.588”.

³³ FRAGOSO, Helena Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral*, cit., p. 428-429.

Dessa atenuação decorre, como consectário natural, a diminuição do tempo de prescrição”.³⁴

O autor, há mais de meio século, defendeu ainda, implicitamente, que deveria ser reduzido o limite etário, tanto pela baixa incidência de criminosos com mais de setenta anos (lembrando que, à época, deveria possuir o agente setenta anos de idade na data do cometimento do delito) e dadas as “condições normais de vida no nosso país”.

Antes de outras observações, incumbe anotar sobre a atual redação da norma em comento, criada com a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, que prevê que “são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, (...) na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. Já o original artigo 115 do Código Penal de 1940 estabelecia: “São reduzidos de metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos”³⁵, contrariando o denominado “Projeto Alcântara Machado”, que estabelecia a matéria nos termos da legislação hoje vigente.³⁶

Com o devido respeito, não parecem ser muito adequados tanto a previsão legal quanto o entendimento doutrinário da maior parte dos penalistas sobre a questão, ou seja, imprópria é a redução da prescrição pela metade pela idade avançada do criminoso, como também a idéia de generalização da ausência da capacidade de discernimento do idoso, para não dizer tratar-se, hoje, de uma visão preconceituosa.

Para Anita Liberalesso Néri, professora titular de psicologia do envelhecimento e gerontologia da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), “muitos preconceitos e estereótipos resultam de falsas crenças a respeito da competência e da produtividade dos idosos”. Por outro lado, continua a estudiosa, “o preconceito etário em relação aos idosos pode não ser baseado em estereótipos negativos, mas compassivos, que realçam sua dependência e sua incapacidade e advogam práticas paternalistas e políticas protecionistas em relação a eles (Kalish, 1979)”.³⁷

Nesse sentido, vê-se claramente que há uma tendência da sociedade de entender os idosos como incapazes de produzir, o que não corresponde à realidade, como regra.

³⁴ CARVALHO FILHO, Aloysio de, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 4, p. 408.

³⁵ PIERANGELI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 469.

³⁶ PIERANGELI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 411.

³⁷ NERI, Anita Liberalesso. *Atitudes e preconceitos em relação à velhice*. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Perseu Abramo, SESC/SP, 2007. p. 37-38.

A reforçar tal entendimento, verifica-se que tramitam atualmente no Congresso Nacional os Projetos de Emendas Constitucionais ns. 457/2005 do Senado (ao qual foram apensados os Projetos ns. 5/2003, 103/2003 e 436/2005) e 40/2003 da Câmara dos Deputados, que tratam da alteração do artigo 40 da Constituição Federal, ampliando o limite para a aposentadoria compulsória dos funcionários públicos nelas especificados, de setenta para setenta e cinco anos de idade. Numa das justificativas apresentadas – por parte do deputado federal Nelson Bornier – vê-se:

“Estudos científicos comprovam que a expectativa de vida do brasileiro vem aumentando a cada dia. (...). A Constituição Federal em vigor (...) impede que qualquer cidadão com mais de setenta anos possa continuar em atividade, como servidor público. Prova incontestada que não se adaptou à realidade dos dias atuais. O objetivo da presente proposta é o de fazer justiça com aqueles que, em pleno vigor físico e mental são afastados compulsoriamente do serviço público, apesar de ainda se encontrarem em condições de oferecer sua vasta experiência à Administração Pública e à sociedade como um todo (...).”³⁸

Evidencia-se, portanto, estar parcela significativa do Poder Legislativo brasileiro a entender que idosos podem encontrar-se, muitas vezes, em plenas condições de atuar profissionalmente, tanto que se pretende possam continuar a ocupar cargos públicos relevantíssimos (como o de ministro do Supremo Tribunal Federal, dentre outros) até os setenta e cinco anos de idade.

1.2.3 Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso, incorporado ao nosso ordenamento jurídico através da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, abre seu texto definindo como tal a pessoa “com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.³⁹

Entendemos que a lei protetiva das pessoas que completam tal idade não antecipou os prazos do artigo 115 do Código Penal. Tampouco houve criação de nova presunção legal acerca da fragilidade mental das pessoas pelo transcorrer do tempo, ou seja, que teria passado o patamar de setenta para os sessenta anos de idade.

³⁸ Projetos de Emendas Constitucionais disponíveis em: <www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58362> e também em <www2.camara.gov.br/proposicoes + autor nelson bornier (proposição EMC-15/2003)>.

³⁹ Estatuto do Idoso: “Artigo 1º - É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Isso ocorre porque, com o aludido Estatuto, pretendeu-se apenas ampliar a proteção às pessoas que alcançam idades mais avançadas⁴⁰, cujo percentual em nossa população é cada vez maior, na medida que o “Brasil está passando por uma rápida transição demográfica como resultado das progressivas quedas nas taxas de fecundidade e de mortalidade”.⁴¹

Pode-se apontar como uma das razões de ser da proteção da nova lei a esse grupo de pessoas a maior suscetibilidade a determinadas doenças e a necessidade de uma maior proteção do sistema de saúde nacional. Isso porque, à “medida que a população vai envelhecendo aumentam a incidência e a prevalência das chamadas doenças crônicas não transmissíveis (DCNTs). Esse grupo de doenças é caracterizado por longo período de latência, tempo de evolução prolongado, etiologia não totalmente elucidada e complicações e lesões irreversíveis que acarretam graus variáveis de incapacidade ou óbito”⁴². Dentre tais doenças, destacam-se hipertensão arterial, *diabetes mellitus*, doenças cardíacas, artrose, reumatismo e osteoporose.⁴³

Também a desigualdade de renda e a inserção desproporcionalmente menor no mercado de trabalho, fatos confirmados em pesquisa analisada por Vicente de Paula Faleiros⁴⁴, justificaram a criação do Estatuto do Idoso. Nada obstante, não se pode confundir tais normas com o reconhecimento pelo Estado, a partir do estabelecimento de um patamar de idade mais baixo do que o normalmente previsto até então pelas leis pátrias, de uma diminuição generalizada da capacidade mental dos brasileiros.⁴⁵

⁴⁰ Atendendo também ao mandamento do artigo 230, *caput*, da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas”.

⁴¹ LEBRÃO, Maria Lúcia, DUARTE, Yeda Aparecida de Oliveira. Saúde e independência: aspirações centrais para os idosos. Como estão sendo satisfeitas? In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil. Vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Perseu Abramo, SESC/SP, 2007. p. 191-208. O Ato Normativo n. 514-PGJ-CGMP (conjunto da Procuradoria Geral de Justiça com a Corregedoria Geral do Ministério Público), de 31 de julho de 2007, disciplina a atuação do Ministério Público paulista em defesa do idoso. Ele aponta que a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) do IBGE indica um progressivo aumento da expectativa de vida do país, que passou de 71,9 anos para a população total (ambos os sexos) em 2005, para 72,6 em 2006. (Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade>).

⁴² *Ibidem*, p. 194.

⁴³ *Ibidem*, p. 195.

⁴⁴ FALEIROS, Vicente de Paula. Cidadania: os idosos e a garantia de seus direitos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Perseu Abramo, SESC/SP, 2007. p. 158.

⁴⁵ Lei n. 10.741/2003, artigo 10, *caput*: “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.”

Respalhando tal modo de entender, Guilherme de Souza Nucci afirma, recordando-se do disposto no artigo 230 da Constituição Federal: "Temos, atualmente, três estágios de idades: a) 60 anos, para ser uma pessoa considerada idosa; b) 65, para que tenha o benefício do transporte coletivo público gratuito; c) 70 anos para a contagem da prescrição pela metade (art. 115, CP)". Cita, a seguir o autor, a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça: "O art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença. Precedente. (RHC n. 16.856/RJ, 5ª Turma, rel. Gilson Dipp, j. 02.06.2005, v.u., DJU, de 20.06.2005, p. 295)."⁴⁶

Em outra obra, o mesmo autor também explicita que a entrada em vigor do Estatuto do Idoso não alterou a norma do artigo 115 do Código Penal:

*"Essa lei, no entanto, em nada alterou a contagem da prescrição, que continua a ser feita pela metade 'somente' quando a pessoa atingir 70 anos na data da sentença. Aliás, se o legislador quisesse beneficiar, no campo da prescrição, o maior de 60 anos poderia tê-lo feito, do mesmo modo que inseriu a agravante de crime praticado contra maior de 60 anos no art. 61, II, 'h', do Código Penal."*⁴⁷

Agregue-se ainda um último argumento: a recém-promulgada Lei n. 11.689/2008, alteradora de normas do Código de Processo Penal afetas ao júri, revogou o artigo 434, que previa estarem isentos de servir como jurados os maiores de sessenta anos. Incluiu regra diversa, isentando do serviço do júri "os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa"⁴⁸, bem demonstrando o respeito pela capacidade de discernimento do idoso com mais de setenta anos.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 615.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 508. Em sentido oposto posiciona-se Diego Viola Marty, entendendo que o conceito de idoso criado pela Lei n. 10.741/2003 deve ser utilizado, para preservação do princípio constitucional da igualdade, em todas as normas penais, ou seja, que a prescrição deve ser contada pela metade quando o autor do crime tiver 60 anos na data da sentença (O Estatuto do Idoso, o Código Penal brasileiro e o princípio constitucional da igualdade: qual o "conceito de idoso" para fins penais? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 153, p. 12, ago. 2005).

⁴⁸ Artigo 437, inciso IX do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008.

1.2.4 A condição de saúde mental do idoso e a imputabilidade

Quer parecer-nos ser simples a questão: o problema não é a idade da pessoa, mas sim a forma como ela reage ou reagi ao passar do tempo e, por via de consequência, o seu estado de saúde mental. Vale dizer, se o indivíduo mantém-se hígido mentalmente e possui mais de setenta anos de idade, é imputável e, como tal, deve responder pelos atos criminosos ou contravençionais que eventualmente tenha praticado. Caso esteja acometido de doença de cunho mental (de modo genérico e, muitas vezes, impropriamente, como “senilidade”) que o torne inteiramente incapaz de “entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”, nos exatos termos do artigo 26, caput, do Código Penal, será tido como inimputável e, como tal, isento de pena.⁴⁹

Todavia, não se pode confundir idade avançada com incapacidade mental, o que é implicitamente feito pela lei penal (com a previsão genérica do art. 115 e como também foi realizado pela maioria dos penalistas que trataram do tema).

Delia Catullo Goldfarb, professora de psicogerontologia da PUC-SP, afirma:

“A demência não é considerada parte do envelhecimento dito normal, e sim um quadro patológico grave, freqüente na velhice, mas que é contingente e não necessário. Isso é importante salientar, pois, se uma pessoa de 35 ou 40 anos mostrar um quadro confusional, esquecer demais das coisas e, por causa disso, mostrar-se irritada ou deprimida, logo será tratada, uma vez que se reconhecerá nessa conduta algo de anormal. Mas, se isso acontecer aos 70 ou 75 anos, muitos ainda dirão que são coisas da idade.”⁵⁰

Enfim, vale para a questão do idoso o que se disse acerca da hipótese do criminoso “relativamente menor” ou “imputável imaturo”: se as condições físicas, via de regra, presumivelmente menos favorecidas da pessoa com mais idade, justificam um tratamento especial no que tange ao cumprimento

⁴⁹ Evidentemente que, se em virtude de perturbação da saúde mental enquadrar-se o agente no preceituado no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, será tido como semi-imputável e poderá ser submetido ao cumprimento de uma medida de segurança, ou cumprirá a pena com redução de um a dois terços.

⁵⁰ GOLDFARB, Delia Catullo. *Demências*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 57.

da pena, não pode tal circunstância ser utilizada para autorizar a premiação com a ausência de punição (o que muitas vezes ocorre por conta da redução do lapso prescricional pela metade) da pessoa que completa os setenta anos “até a data da sentença”. É por demais caro à sociedade tal “presente de aniversário”.

1.2.5 Das providências cabíveis para respeitar a condição de idoso

Como exemplo de normas já em vigor aplicáveis favoravelmente aos idosos condenados criminalmente, pode-se mencionar o artigo 77, parágrafo 2º, do Código Penal (o denominado “sursis etário”) e a previsão da Lei de Execução Penal de “estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal” aos maiores de sessenta anos de idade⁵¹, atendendo ao comando do artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (sem grifos no original), além de ser circunstância atenuante genérica “ser o agente maior de 70 (setenta) anos na data da sentença” (art. 65, I, do CP).

Guilherme de Souza Nucci justifica a existência da norma do artigo 82, parágrafo 1º, da Lei de Execução Penal, quanto ao maior de sessenta anos, “por sua situação mais frágil, no cenário físico e psicológico”.⁵²

Ora, se os idosos podem ser, numa maior proporção, fisicamente mais frágeis que os jovens, por isso merecendo cumprir penas em alas de unidades prisionais ou em presídios próprios à sua faixa etária (pois a experiência revela imperar no ambiente carcerário, no mais das vezes, “a lei do mais forte”), não se pode ignorar que as pessoas de mais idade podem perfeitamente cumprir não só as penas privativas de liberdade, como também as penas restritivas de direitos, e também podem arcar com o pagamento de pena de multa. Importa dizer que a condição de idoso maior de setenta anos não impede ninguém de cumprir sua pena (seja ela de qual espécie for), desde que se trate de imputável. Além disso, como já lembrado há pouco, o maior

⁵¹ Artigo 82, parágrafo 1º, da Lei n. 7.210/84 (com a redação dada pela Lei n. 9.460/97). Já decidiu pela aplicabilidade da norma o Superior Tribunal de Justiça: “Penal ? Prisão domiciliar. Sexagenário. Lei n. 9.460/97. *Habeas corpus*. 1. Tem direito a prisão em estabelecimento adequado à sua condição pessoal o maior de sessenta anos, desde que já condenado definitivamente. 2. Recurso não provido. (RHC n. 9.279-SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 02.03.2000, DJU, de 27.03.2000, p. 117).” (KUEHNE, Maurício. *Teoria e prática da aplicação da pena: teoria da pena: dosimetria da pena*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 235).

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*, cit., p. 475.

de setenta anos pode receber atenuação da sua pena, na segunda fase da dosimetria (art. 65, I, do CP).

A título de exemplo de aplicação da norma em análise em prejuízo da sociedade, pode-se destacar, por ser fato notório, o caso do ex-governador de São Paulo e ex-prefeito de nossa capital Paulo Salim Maluf, que conseguiu obstar a apuração de delitos de estelionato, quadrilha ou bando, falsidade ideológica, peculato, crime contra o sistema financeiro nacional (art. 6º da Lei n. 7.492/86) e crime de responsabilidade de prefeito (art. 1º do Dec.-Lei n. 201/67), em processo em que se apurava a “colocação de títulos públicos no mercado financeiro, com simulação na realização de leilões quando das negociações de suas Letras Financeiras do Tesouro, no período de julho de 1994 a dezembro de 1996”, que teria gerado um prejuízo ao erário de R\$98,2 milhões (noventa e oito milhões e duzentos mil reais). Isso se deu por conta, exatamente, do ultrapassar os setenta anos de idade⁵³. Sua culpa ou inocência nesse caso específico não puderam ser aferidas, porquanto foi declarada extinta a punibilidade, com base no artigo 107, IV, do Código Penal (prescrição da pretensão punitiva), graças à redução pela metade do lapso temporal exigível.

Hoje, anos após o episódio, tem o referido político dado mostras da preservação de sua plena higidez mental, tanto que fez vitoriosa campanha para deputado federal, recebendo expressiva votação⁵⁴, marcando seu mandato, inclusive, pela apresentação do projeto de lei voltado a limitar as atuações dos integrantes de órgãos públicos incumbidos da defesa da probidade administrativa⁵⁵, encontrando-se em plena atividade política no ano de 2008, novamente como candidato a prefeito do maior município brasileiro e, em 2010, mantendo-se à frente de sua cadeira parlamentar (conquanto figure como foragido criminal nos Estados Unidos da América, que lançou na Interpol, contra ele, o denominado “alerta vermelho”).⁵⁶

⁵³ STF - Pet n. 4.132/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2007, *DJe* n. 133, de 30.10.2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 16 jul. 2008.

⁵⁴ Obteve nas eleições de 2006 exatos 739.827 votos. (Disponível em: <www.tse.gov.br/eleicoes/>. Acesso em: 18 jul. 2008).

⁵⁵ Projeto de Lei n. 265/2007: “Altera as Leis ns. 4.717, de 29 de junho de 1965, 7.347, de 24 de julho de 1985 e 8.429, de 2 junho de 1992, de modo a deixar expressa a responsabilidade de quem ajuíza ação civil pública, popular e de improbidade temerárias, com má-fé, manifesta intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política.” (Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes/>>. Acesso em: 15 ago. 2008).

⁵⁶ <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,interpol-coloca-maluf-em-lista-vermelha,526517,0.htm>. Acesso aos 19 de abril de 2010.

Saliente-se que as considerações acima tecidas quanto à ausência de fundamentos para a manutenção da norma do artigo 115 do Código Penal não significam que devam os menores de vinte e um anos e os maiores de setenta ser tratados da mesma maneira que os demais criminosos. Todavia, entende-se como também já se apontou, ser perfeitamente possível a punição dos agentes delitivos através de sanções ditas “alternativas”. Igualmente vê-se adequado ao sistema jurídico vigente o cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimentos penais diferenciados para os “imputáveis imaturos” e aos idosos maiores de setenta anos, nos termos da norma estampada no artigo 5º, XLVIII, da Constituição da República, consentânea, ao seu turno, com as “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, conforme estabelecem suas regras de aplicação geral, onde se dispõe que ‘as diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos penitenciários separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento penitenciário, tendo em consideração o respectivo sexo e idade (...)’”.⁵⁷

2. Da inconstitucionalidade

Diante de tudo o que se expôs, defende-se a inconstitucionalidade da norma do artigo 115 do Código Penal em sua totalidade, ou seja, tanto na primeira parte (menoridade relativa), quanto na segunda (para os maiores de setenta anos), embora aplicável apenas a parte inicial, neste processo.

Pelos argumentos acima alinhavados, resta evidenciado que a norma carece de congruência e serve apenas para incentivar a impunidade, o que não compraz com o Estado Democrático de Direito, tampouco com os direitos humanos das vítimas, ferindo também o princípio da proibição da proteção deficiente, razão pela qual é inconstitucional (princípio constitucional implícito).

Isto porque mencionado princípio, derivado do princípio da proporcionalidade, visa à proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Assim, se por um lado o princípio da proporcionalidade impede que o Estado aja com excesso nas reprimendas impostas, de acordo com o princípio da proibição da proteção deficiente, o Estado deve atuar como garante eficaz dos cidadãos, impedindo que sejam agredidos e protegendo-os da insegurança. É o que se denomina “dupla face do princípio da proporcionalidade”.

⁵⁷ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 87.

Edilson Mougenot Bongfim explica esta outra face do princípio da proporcionalidade:

*“(...) A outra modalidade do princípio de proporcionalidade – esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais – é a da ‘proibição da proteção deficiente’ ou princípio da infraproteção (Untermassverbot, dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) – a chamada ‘proteção vertical’, na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, ‘de cima para baixo’) – mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – ‘proteção horizontal’ - , no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor “segurança”, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor ‘justiça’, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo ‘princípio da proibição da infraproteção’, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade”.*⁵⁸

Na mesma linha, Antonio Sergio Cordeiro Piedade, na sua tese de doutoramento aprovada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

“Conter os excessos e arbítrios do Estado em face do indivíduo, nem de longe se contrapõe à ideia de intervenção penal necessária, a qual tenha a capacidade efetiva de acautelar a sociedade. Quando se enfrenta de forma eficiente a debilidade de tutela penal, principalmente no que se refere aos bens jurídicos difusos é necessária uma resposta penal diferenciada que, muitas vezes, mitigue no primeiro momento as garantias fundamentais individuais como forma de assegurar o convívio social. Não se trata de ficar adstrito a rótulos estigmatizan-

⁵⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103 e 104.

tes, mas dentro de uma leitura inerente a um Estado Democrático de Direito, assegurar o respeito às garantias fundamentais coletivas. A não compatibilização da proteção individual com a proteção coletiva traz consequências à própria finalidade do Estado, que é assegurar o convívio de forma tolerável e evitar, no caso das organizações criminosas, uma afronta à própria democracia”.⁵⁹

Antonio Carlos da Ponte frisa, ainda, a necessidade da análise da proporcionalidade em seu duplo enfoque, pois

“(...) não se limita à proibição de excessos mas socorre também a obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição Federal em atenção aos mandados explícitos e implícitos de criminalização, e a observância a uma pauta mínima de Direitos Humanos”.⁶⁰

Destarte, a contagem do prazo prescricional pela metade nos casos de menoridade relativa e também nas hipóteses de agentes maiores de setenta anos implica uma violação deste último princípio, pois o Estado deixa de punir adequadamente indivíduos imputáveis que cometeram delitos, sem qualquer motivo razoável (como exposto nos itens acima). Tal atitude gera, assim, prejuízo à sociedade, que se considera, cada vez mais, abandonada pela Justiça em virtude da impunidade, sociedade brasileira que se vê acuada pela criminalidade crescente e cada vez mais ousada. Ora, a contagem dos prazos prescricionais para os indivíduos mencionados no artigo 115 do Código Penal provoca a extinção da punibilidade de exagerada quantidade de autores de delitos, que muitas vezes sequer chegam a cumprir as penas às quais foram condenados. É manifesta causa de impunidade, portanto, gerando desassossego social, razão pela qual é contrária à fala do contratualismo.

O princípio da proibição da proteção deficiente ganhou relevância ao ser mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes em julgamento no qual o Supremo Tribunal Federal não estendeu à união estável a aplicação do dispositivo (revogado) do Código Penal que extinguiu a punibilidade do autor de estupro que se casasse com a vítima, conforme fragmento do voto abaixo colacionado:

⁵⁹ PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Criminalidade Organizada e a Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade. Tese de doutoramento aprovada na PUC/SP no ano de 2013, p. 81 e 82

⁶⁰ PONTE, Antonio Carlos da. Inimputabilidade e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

*“(...) De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, **situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado**, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. **Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.***

*Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: ‘Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, **a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.** Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.’(Streck, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180*)*

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

*A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um **dever de proteção por parte do Estado**, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da políti-*

ca criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.”(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

‘A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).’(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.).⁶¹

Saliente-se, quanto ao referido princípio da proibição da proteção deficiente, encontrar-se em trâmite perante o Pretório Excelso a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.301, na qual a Procuradoria Geral da República objetiva seja declarado inconstitucional o artigo 225 do Código Penal no que tange aos crimes de estupro com resultado lesão corporal grave ou morte, para que voltem a ser de ação penal pública incondicionada.

3. Dos pedidos

Considerando todo o exposto, requer o Ministério Público:

3.1 A declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 115 do Código Penal pelos argumentos acima expostos.

3.2 Como conseqüência, a expedição de novo mandado de prisão contando como data de validade o dia 18 de setembro de 2023, desconsiderando-se, para efeito do cálculo da prescrição, a redução pela metade do artigo 115 do Código Penal.

São Paulo, 29 de agosto de 2014.

⁶¹ Supremo Tribunal Federal - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 418376 MS (STF)

Repressão ao Tráfico de Drogas - Tática e técnica de postulação do Ministério Público para promover a individualização das sanções e forjar paradigmas favoráveis às teses institucionais

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL DE BARUERI – SÃO PAULO,
Processo-crime de autos n. 1839/13**

O Ministério Público de São Paulo vem respeitosamente a este Egrégio Juízo para, tendo tomado ciência da respeitável sentença proferida em audiência e não tendo concordado com parte de seu teor, interpor **recurso de apelação**, com fundamento no art. 593, inc. I, do Código de Processo Penal, com a pretensão de obter modificação das penas.

Requer-se o recebimento do recurso e a abertura de vista dos autos para oferecimento das razões, seguindo-se intimação da DD. Defensoria para resposta e, depois, que se remetam os autos à Egrégia Superior Instância.

Termos em que, respeitosamente, pede deferimento.

Barueri, 20.3.2014

EDUARDO CAETANO QUEROBIM
2º Promotor de Justiça

Autos de nº 1839/13
RAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Emérita Procuradoria de Justiça,

Pela respeitável sentença publicada em audiência, o réu Nilton Cesar Reis da Costa foi condenado, como incurso no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06; as penas foram impostas da seguinte forma: pena-base 1/6 do

mínimo, pelo mau antecedente (condenação definitiva por furto, devidamente certificada no apenso); reconhecimento da agravante da reincidência, por condenação definitiva por tráfico devidamente certificada no apenso (reincidência sem incidência prática e efetiva nas sanções, para evitar *bis in idem*, segundo argumento do I. Juízo, já que a reincidência obstará a causa minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas); negativa de diminuição pela minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, em razão da reincidência. Penas tornadas definitivas em 5 anos e 10 meses de reclusão (regime fechado, pela equiparação à hediondez e pela reincidência), mais 583 dias-multa (unidade no mínimo).

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, com a pretensão de que: a) a pena-base seja fixada em patamar ainda mais intenso, em razão da *natureza* nefasta da droga mercadejada (cocaína), bem como da elevada *quantidade* (116 porções) daquela substância tóxica (*circunstâncias judiciais* que não foram consideradas na dosimetria da pena), além da exasperação de 1/6 operada com fundamento no antecedente criminal do Apelado; b) seja afastado o argumento de que a consideração da reincidência na segunda fase da operação de dosimetria configuraria *bis in idem*, e então seja operado agravamento efetivo e concreto das penas na segunda fase, em razão do reconhecimento da reincidência, e que tal agravamento se faça de forma acentuada, por se tratar de reincidência específica em crime de tráfico de drogas e de condenação recente, sem prejuízo da não-aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas na última fase; c) subsidiariamente, por fim, caso a C. Câmara também sufrague o entendimento de que implica *bis in idem* a consideração de uma mesma circunstância em alguma das fases anteriores da dosimetria, como influente para incremento da pena, e depois, na terceira fase, como um dos requisitos obstativos da configuração da causa de redução de pena, então seja desconsiderado o mau antecedente na primeira fase, impondo-se elevação da pena-base apenas pela *quantidade e natureza* da substância traficada, mantendo-se e operando-se agravamento efetivo na segunda fase pela reincidência específica, e que seja invocado então apenas o *mau antecedente* como requisito obstativo da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Esse é o relatório.

NO MÉRITO

É caso de provimento do recurso, para que: a pena-base seja fixada em patamar ainda mais significativo, em razão (também) da *natureza* nefasta e da elevada *quantidade* da droga traficada (além do antecedente criminal do Apelado); seja afastado o argumento de *bis in idem* e, por consequência, sejam efetiva e substancialmente agravadas as penas - na segunda fase

da dosimetria -, em razão da reincidência específica em crime de tráfico de drogas; e, por fim, mantido o afastamento da causa de diminuição das penas prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em virtude da reincidência e do mau antecedente, sejam as sanções finais modificadas para maior.

Em rápida suma, apurou-se que o Apelante estava traficando drogas (venda de cocaína) e que tinha consigo, a maior parte guardada numa garrafa, 116 (cento e dezesseis) porções de cocaína em pó. Guardas Municipais receberam denúncias sobre os fatos, visualizaram a ação criminosa do Recorrido a distância (por meio de binóculos), aproximaram-se e então apreenderam (parte com ele, parte próximo a ele, em local por ele indicado) mais de uma centena de porções do entorpecente.

Confesso na fase policial, tendo-se retratado da confissão em juízo, o Apelado foi condenado porque os fatos ficaram bem provados pela apreensão e perícia das drogas e pelos seguros depoimentos dos Guardas Municipais, que nada tinham pessoalmente contra o Apelado antes dos fatos e, portanto, tiveram seus testemunhos tomados como seguros elementos de convicção à demonstração da versão acusatória.

O recurso restringe-se a postular modificação (para maior) das penas.

I – Da pena-base; pretensão de intensificação das sanções em razão da *natureza* e da *quantidade* da substância (inteligência do art. 42 da Lei 11.343/06)

O Apelado trazia consigo, para tráfico, 116 porções de cocaína em pó.

Essas circunstâncias não foram consideradas nem mencionadas na r. sentença, na fase de dosimetria das penas, embora articuladas e invocadas pelo Ministério Público em manifestação oral ao final da instrução.

Parece merecer reparo a d. decisão no ponto.

É inequívoco que a *natureza* extremamente nociva *da droga* apreendida deve ser considerada na primeira fase da dosimetria das penas, em virtude de expressa previsão legal (artigo 42 da Lei nº 11.343/06).

Na espécie, trata-se de cocaína, substância que carrega elevado potencial lesivo; cuida-se de droga particularmente nociva ao organismo humano. Com efeito, estudo divulgado na publicação médica BMJ (“British Medical Journal”) revela que o uso de cocaína pode produzir **inflamação do miocárdio (miocardite), edema do ventrículo inferior esquerdo e fibrose do tecido cardíaco, conduzindo o ser humano à morte**¹.

1 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/932546-coracao-de-viciados-em-cocaina-sofre-danos-sem-mostrar-sintomas.shtml>>. Consulta em 26.08.2013.

Ao lado da *natureza* da droga, deve também ser considerada, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais estampadas no artigo 59 do Código Penal, a *quantidade de droga* traficada. Na presente hipótese, apreendeu-se mais de uma centena de porções de cocaína. Tem-se que tal quantidade de droga é perceptivelmente superior à quantidade usualmente mercadejada (o cotidiano demonstra que o tráfico de varejo envolve, por via de regra, algumas poucas dezenas de porções, em geral). Com mais de uma centena de porções, eram muitos gramas de droga. Confira-se cálculo ilustrativo:

“[...] 1 grama = 1.000 miligramas, sendo que 100 miligramas = 1 “carreirinha” de cocaína [...] Informações prestadas, em feito similar ao ora em exame, pela Dra. Adriana Nunes Wolffebuttel, então Chefe do Laboratório de Perícias e Fotografia do Instituto Geral de Perícias.” (STF, HC 99597 / RS, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de julgamento: 22/11/2010, Data de publicação/Fonte: DJe-230 DIVULG 29/11/2010 PUBLIC 30/11/2010)

Constata-se que a *quantidade* do produto apreendido é suficiente para abastecer aproximadamente um milhar de usuários.

Dizendo de outro modo, a *quantidade* de droga apreendida supera, em muito, o padrão mínimo ordinário da figura penal examinada. Por essa razão, a pena-base merece ser exasperada, de modo razoável, também em virtude da elevada *quantidade* de drogas.

Frise-se que ignorar o dado em comento, deixando de estimar a pena de forma escalonada e proporcional à quantidade de substância tóxica apreendida, significa punir condutas substancialmente diferentes de modo idêntico - o que ofende não só regra legal específica (artigo 42 da Lei nº 11.434/06), como também os princípios da *individualização da pena e da isonomia*.

Compare-se a ofensa ao bem jurídico tutelado (saúde pública) provocada por pessoa que trafica 2 (dois) gramas de cocaína àquela produzida por outra pessoa que comercializa 100 (cem) gramas da mesma droga. A conclusão é inescapável: as lesões ao bem jurídico tutelado apresentam graus diversos; a reprimenda correspondente deve também ser proporcionalmente diversa.

Constituir pena-base idêntica para ambas as hipóteses é solução desproporcional e ilegal. Pede-se, pois, que não se adote essa solução; postula-se a exasperação razoável da pena-base, também em virtude da *quantidade* e da *natureza* da substância, circunstâncias judiciais preponderantes, nos precisos termos do art. 42 da Lei de Drogas, e que no caso não foram tomadas em conta na r. decisão de primeiro grau.

Não bastasse isso, também os antecedentes criminais mostram-se aptos a gerar exasperação da pena-base, consoante dispõe o artigo 59 do Código Penal – anote-se que, assim como ocorre com a reincidência e conforme será demonstrado nas linhas seguintes, não há necessidade de poupar essa circunstância judicial (antecedentes criminais) para manejá-la apenas na terceira fase da dosimetria da pena.

Com efeito, como provado pela certidão do apenso e reconhecido na r. sentença, o Apelado ostenta um antecedente criminal [condenação por furto, já alcançado o período depurador da reincidência, que lhe afasta a conotação de agravante, mas a preserva como circunstância judicial na rubrica antecedente, consoante pacífica posição da jurisprudência superior:

STJ - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PERÍODO DEPURADOR QUE PREVALECE APENAS PARA FINS DE REINCIDÊNCIA. DESINFLUÊNCIA COM RELAÇÃO AOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA NÃO APLICADA PELO MAGISTRADO SINGULAR. SENTENÇA MANTIDA PELO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Em virtude da regra prevista no art. 64, inciso I, do Código Penal, as **condenações penais transitadas em julgado há mais de cinco anos** não prevalecem para fins de reincidência. Entretanto, **podem ser consideradas como maus antecedentes**, nos termos do art. 59 do Código Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. 2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais. 3. Na hipótese, ficou reconhecido ser o Paciente portador de péssimos antecedentes - pois já cumpriu 32 anos de pena - e, dada a quantidade de droga apreendida, ainda permanecia no mundo do crime, o que justifica a não incidência da minorante em questão. (...) 6. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 199608/SP (2011/0050251-3), 5ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz. j. 06.09.2011, unânime, DJe 27.09.2011).].

Nesses termos, postula-se o provimento do recurso para que, levadas em conta as três circunstâncias judiciais demonstradas desfavoráveis e comprometedoras, referentes à *natureza* e à *quantidade* da droga e ao *antecedente criminal* do agente, a pena-base seja fixada em patamar mais tenaz, mais significativo (superior ao montante de mero 1/6 acima do piso legal,

como estabelecido na dita sentença), proporcionalmente à culpabilidade revelada no caso concreto.

II.i – Da incidência efetiva da reincidência como agravante na segunda fase da dosimetria da pena; a inexistência de *bis in idem*

A respeitável decisão de primeiro grau reconheceu a reincidência específica (condenação definitiva por tráfico, devidamente certificada no apenso), mas recusou-lhe incidência efetiva para operar agravamento na pena, sob o fundamento de que, como seria (e, de fato, foi) invocada como requisito obstativo da minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas na terceira fase da dosimetria, não poderia operar concreto agravamento nas penas na segunda etapa da dosagem, para que não se configurasse *bis in idem* na aplicação das sanções.

Parece merecer reforma a d. decisão no ponto.

Tem-se que a já reconhecida reincidência específica em crime de tráfico de drogas merece ser efetivamente aplicada na segunda fase da operação de cálculo da pena.

Sublinhe-se que não há que se poupar, na segunda fase da dosimetria das penas, a circunstância pessoal da reincidência, para utilizá-la apenas na última operação do cálculo das penas – economia realizada com o fim de evitar suposto “*bis in idem*”.

A reincidência deve ser manejada, com fins diversos, nas duas últimas fases da dosimetria das penas. Não há “*bis in idem*”. Embora irradiem de um mesmo instituto jurídico-penal, os efeitos dosimétricos são absolutamente distintos e cada qual guarda expressa e explícita cominação legal (não-excludente uma da outra); num caso, opera efetivo agravamento, incremento, intensificação, robustecimento, modificação a maior na dosagem das sanções (é a *reincidência* como *circunstância legal agravante*, nos precisos termos do art. 61, I, do Código Penal, a incidir na segunda fase da dosimetria, em observância ao roteiro legal do art. 68 do Código Penal); no outro, apenas atribui ao agente apenado uma condição pessoal (ser *reincidente*; ser não-primário; não ser primário) que consubstancia um requisito (*negativo*, no dizer da doutrina) obstativo de um benefício penal (é a *reincidência* como marca pessoal que faz o agente criminoso ser *não-primário*, a obstar a causa redutora do *tráfico privilegiado*, nos também precisos e explícitos termos do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06).

Há diversas hipóteses em que um mesmo instituto jurídico-penal gera mais de um efeito concreto da dosimetria da pena. Observe-se, por exemplo, que a *reincidência* em crime doloso produz agravamento da pena e impede, paralelamente, a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (artigos 44, II, e 61, I, ambos do Código Penal). Do mesmo

modo, a *reincidência* gera agravamento da sanção e condiciona, concomitantemente, o regime inicial de cumprimento da pena (artigo 33, §2º, alíneas “b” e “c”, e artigo 61, I, ambos do Código Penal). Na mesma toada, a *reincidência* agrava a pena e afasta a modalidade privilegiada dos crimes de furto, apropriação indébita, estelionato, receptação (artigo 61, I, e artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, 180, §5º, todos do Código Penal); especialmente aqui, é bem sabido que a praxe secular da jurisprudência criminal nunca divisou *bis in idem* algum nesses casos e sempre aplicou o agravamento (na segunda fase da dosimetria) ao rapinante, ou estelionatário ou receptador reincidente, bem como lhe negou o benefício do *privilegio* (§2º do art. 155; art. 170; §1º do art. 171; §5º do art. 180, todos do CP) justamente pela condição de *não ser primário* (que é um dos requisitos da minorante daquele §2º do art. 155 do CP e dos demais dispositivos que àquele fazem remissão). Dois (ou mais) efeitos distintos oriundos de uma mesma circunstância; realidade absolutamente compatível com a ordem jurídica.

A propósito, a questão já chegou ao crivo da jurisprudência superior, e por mais de uma vez, e já foi decidida (na conformidade do entendimento que sustenta a postulação deste recurso) pelas duas Colendas Turmas com competência criminal no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por variadas e mui doutas Relatorias.

Quanto à possibilidade de coexistirem efeitos diversos, quais sejam, agravamento da reprimenda e obstrução à aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, confira-se a postura absolutamente consolidada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (destaca-se que há julgados até deste ano de 2014), por nada menos do que **16 relatorias diversas**, todas alinhadas, insista-se, ao que sustentado neste recurso:

“[...] CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. AGENTE REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO LEGAL. ALEGAÇÃO DE DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATOS. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS EFEITOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Constatando-se a ocorrência da reincidência, não há ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário. 2. Não há que se falar em bis in idem, mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico - a reincidência - quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61

do CP, e não se fez incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente. 3. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 222993/SP, Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, Data de julgamento: 17/10/2013, Data da publicação: DJe 23/10/2013);

“[...] A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes. [...]” (STJ, HC 254009/SP, Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, Data de julgamento: 04/02/2014, Data de publicação: DJe 17/02/2014);

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]. 2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. 3. Reconhecido pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. 4. Não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. 5. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 209818/SP, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, Data de julgamento: 19/02/2013, Data da publicação: DJe 27/02/2013);

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INAPLICABILIDADE

DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 AO RÉU REINCIDENTE. DESNECESSIDADE DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM TRÁFICO DE DROGAS. INCLIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]. - A reincidência afasta a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, não se exigindo que a reincidência seja específica em tráfico de drogas. Precedentes. - É possível, na individualização da pena, a utilização de uma mesma circunstância pessoal em campos diversos e para finalidades diferentes, p. ex., a utilização da reincidência para aumentar a pena e para impedir a concessão da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 244611/SP, Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Sexta Turma, Data de julgamento: 05/12/2013, Data da publicação: DJe 16/12/2013);

STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte entende não haver bis in idem na utilização da reincidência como agravante genérica, nem para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, porquanto diz respeito à aplicação de um mesmo instituto jurídico em fases distintas. 2. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 193342/SP (2010/0229609-0), 5ª Turma do STJ, Rel. Adilson Vieira Macabu. j. 21.06.2012, unânime, DJe 03.08.2012);

STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS E REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIALIDADE. 1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem

integre organização criminosa. 2. Na espécie, a instância ordinária findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da reincidência específica do paciente e de sua dedicação às atividades criminosas. (...). 4. A reincidência, uma vez reconhecida, pode ser utilizada como fundamento para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Da mesma forma, não há que se falar em bis in idem na sua consideração como critério para exasperação da pena, pois se trata de efeitos diversos dados a esse instituto, considerados em etapas distintas da fixação da pena. Precedentes. 5. Em decorrência da não aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal). 6. A pena imposta e a reincidência do paciente, conduzem à necessidade de manutenção do regime prisional fechado para o início da expiação. 7. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 237214/SP (2012/0061296-3), 6ª Turma do STJ, Rel. Og Fernandes. j. 18.06.2012, unânime, DJe 29.06.2012);

STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. CIRCUNSTÂNCIA LEGAL CONSIDERADA NA SEGUNDA ETAPA DE FIXAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. 2. ORDEM DENEGADA. 1. Não há que falar em bis in idem na utilização da reincidência do paciente na segunda fase de fixação da pena - para fins de agravamento da reprimenda -, e na terceira etapa da dosimetria - impossibilitando a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 -, por haver expressa previsão legal para a ponderação dessa mesma circunstância nos dois momentos de fixação da pena, permitindo-se chegar à reprimenda mais adequada e suficiente para a prevenção do delito. 2. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 182005/SP (2010/0148022-0), 5ª Turma do STJ, Rel. Marco Aurélio Bellizze. j. 24.04.2012, unânime, DJe 22.05.2012);

STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO

DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. 1. Inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ao condenado expressamente reconhecido como reincidente. 2. Não caracteriza bis in idem a utilização da reincidência tanto na segunda fase da dosimetria, como circunstância agravante, quanto na terceira, para negar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que se trata de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em momentos distintos da aplicação da pena e com finalidades diversas, objetivando a aplicação da reprimenda que se mostre a mais adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado. 3. (...). 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem. (Habeas Corpus nº 162313/SP (2010/0026085-8), 6ª Turma do STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior. j. 06.10.2011, unânime, DJe 09.11.2011);

STJ - CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUADRILHA ARMADA. CARÊNCIA DE PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. (...). III. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há que se falar em bis in idem na consideração da reincidência quando da fixação da pena-base e para fins de vedação da causa de diminuição de pena, pois se trata de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em etapas distintas da dosimetria da pena. IV. (...). VII. Ordem não conhecida, nos termos do voto do Relator. (Habeas Corpus nº 184652/SP (2010/0167388-6), 5ª Turma do STJ, Rel. Gilson Dipp. j. 02.08.2011, unânime, DJe 17.08.2011);

STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. 1. Não há falar em bis in idem na utilização da reincidência do paciente na segunda fase de fixação da pena - para fins de agravamento da reprimenda -, e na terceira etapa da dosimetria - impossibilitando a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 -, por haver expressa previsão legal para a ponderação dessa mesma circunstância nos dois momentos de fixação da pena, permitindo-se chegar à reprimen-

da mais adequada e suficiente para a prevenção do delito. 2. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 188699/SP (2010/0198020-8), 6ª Turma do STJ, Rel. Haroldo Rodrigues. j. 22.03.2011, unânime, DJe 18.04.2011);

STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...). 2. A valorção da reincidência na segunda etapa da dosimetria, como circunstância agravante, não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **porquanto o referido instituto jurídico é sopesado com finalidades distintas em cada fase de fixação da pena,** justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e prevenção do delito perpetrado. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 214069/SP, Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento, 12/11/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 29/11/2013);

STJ – (...). TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. (...). 4. A reincidência torna inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em conta o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário. 5. Não há falar em ocorrência de bis in idem, em razão do instituto jurídico da reincidência ter agravado a sanção na segunda etapa da estipulação da pena e impedido a aplicação da causa especial de diminuição da pena estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, já que decorrem do cumprimento de expressa previsão legal. 6. É assente, nas Cortes Superiores, o entendimento de que, observada a reincidência (art. 63 do CP), há que se impor regime inicial mais gravoso (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP). 7. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (HC 164342/SP, Relator(a) Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 18/04/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 24/04/2013);

STJ - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA. REQUISITO NÃO-ATENDIDO. ORDEM DENEGADA. 1. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06: as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 2. In casu, o paciente não faz jus à benesse, pois ostenta a condição de reincidente. Ademais, não há se falar em bis in idem na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial, porquanto há vedação legal expressa da concessão da benesse aos que não sejam primários nem tenham bons antecedentes. 3. Ordem denegada. (HC 215597/SP, Relator(a) Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento, 06/12/2011, Data da Publicação/Fonte, DJe 19/12/2011.);

STJ - HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. (...). UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE E COMO CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. NON BIS IN IDEM. PRECEDENTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 2. Quanto à reincidência, além de agravar a pena (art. 61, inciso I, do CPB), ela produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4o. da Lei 11.343/06. Não há ofensa ao princípio do non bis in idem. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (HC 158280/SP, Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 21/09/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 18/10/2010);

STJ – (...). REINCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO COMO AGRAVANTE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). V. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há falar em bis in idem na utilização da reincidência, como agravante genérica, e também

como fundamento para afastar a causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto se trata da aplicação de um mesmo instituto jurídico, em etapas distintas da dosimetria da pena, com consequências legalmente previstas, para cada hipótese, não havendo que se falar, a rigor, em acréscimo algum à reprimenda, na terceira fase da dosimetria.
VI. Habeas corpus não conhecido. (HC 248760/SP, Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 23/10/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 30/10/2012);

STJ – (...) não resta caracterizado *bis in idem* na utilização da reincidência como causa ensejadora da não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, bem como agravante da pena, ante expressa previsão legal” (HC 148575/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02.09.2010, DJe 04.10.2010) – destaquei em todos.

E ainda uma nota sobre os precedentes acima. Note-se que todos são *habeas corpus* impetrados contra decisões da Justiça de São Paulo (e todos, como se viu, tiveram a ordem denegada), a demonstrar que o entendimento da Corte Bandeirante, inteiramente sufragado pelo *Tribunal da Cidadania*, é justamente pela inexistência de vedado *bis in idem* na consideração da reincidência como efetiva agravante da pena e como condição pessoal obstativa da aplicação da minorante específica.

A questão chegou então ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, que decidiu no mesmo sentido:

STF - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA ALTAMENTE NOCIVA DA DROGA APREENDIDA. REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO. CERTIDÃO. IDONEIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. I - Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante considerou os maus antecedentes ostentados pelo réu e a natureza altamente nociva da droga apreendida, de modo que a reprimenda não merece nenhum reparo nesse ponto. II - Não procede a alegação de que a inexistência de certidão cartorária atestando o trânsito em julgado de eventual

*condenação inviabilizaria o reconhecimento de maus antecedentes/reincidência e que a folha de antecedentes criminais não serviria para esse fim. Esta Corte já firmou entendimento no sentido da idoneidade do referido documento, que possui fé pública. Precedentes. III - Infração cometida em transporte público. Incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006. IV - **Não caracteriza bis in idem a consideração da reincidência para fins de majoração da pena-base e como fundamento para a negativa de concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. V - Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, ostente bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. VI - Réu que apresenta maus antecedentes, condição que impede a aplicação da referida causa de diminuição. VII - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 107.274/MS, 1ª Turma do STF, Rel. Ricardo Lewandowski. j. 12.04.2011, unânime, DJe 25.04.2011). – destaquei.***

Assim, na terceira e última fase do cálculo da reprimenda, a circunstância especial de redução da pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 não merece mesmo ser aplicada, pois ausentes (dois de) seus requisitos legais, quais sejam, “*agente primário e com bons antecedentes*” (o Apelado é reincidente e ostenta antecedente criminal).

Mas nem por isso se deve deixar de fazer operar efetivo incremento na pena, seja pelo *mau antecedente* como *circunstância judicial* a distanciar a pena-base do mínimo legal na primeira fase, seja pela *reincidência* (momento a específica), como *agravante* na segunda fase da dosimetria.

Nesses termos, postula-se o provimento do recurso para que as penas sejam agravadas efetivamente pela reincidência na segunda fase da dosimetria, sem prejuízo de aquela condenação anterior (juntamente com a outra, configuradora do *mau antecedente*) servir também a, afastando a *primariedade* do agente, obstar a incidência da minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas na última fase.

II.ii – O quantum de agravamento pela reincidência; o montante de gravame nas penas pela reincidência específica e pela recenticidade do novo crime em relação ao cumprimento da pena pela condenação anterior

Caso provido o recurso no que se refere ao item II.i acima, será então operado o agravamento das penas na segunda fase da dosimetria.

Neste tópico, em pedido sucessivo e decorrente daquele imediatamente anterior, busca-se que o agravamento seja efetivado em montante superior

à habitual fração de 1/6, dada a situação de reincidência específica e de recidividade da condenação precedente.

Com efeito, comprovada a reincidência específica em tráfico (certidão do apenso), invoca-se o prudente critério judicial da Colenda Câmara para que o agravamento pela recidiva dê-se de forma mais sensível, mais rigorosa, na linha dos seguintes autorizados precedentes judiciais adiante invocados:

STJ - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO) SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL. APLICAÇÃO NOS TERMOS DO DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM DE HABEAS CORPUS. 1. (...). 3. O Código Penal não estabelece percentuais mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. Precedentes. 4. Na hipótese, o Tribunal de origem aumentou em 1/4 (um quarto) a pena-base do Paciente, em razão de sua **reincidência específica no crime de tráfico ilícito de entorpecentes**. Desse modo, tendo sido devidamente motivado o acréscimo implementado, o qual não se mostra flagrantemente desproporcional, não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus. 5. (...). 6. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem de habeas corpus. (Habeas Corpus nº 223.086/SP (2011/0257559-4), 5ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz. j. 19.11.2013, unânime, DJe 02.12.2013);

STJ - PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. (...). 2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento

envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o julgado é claro em fixar a existência da **reincidência específica**, o que motivou o **quantum** de 1/3, fato que justifica o referido incremento da reprimenda. 3. Habeas corpus não conhecido. (Habeas Corpus nº 161022/SP (2010/0017028-9), 6ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura. j. 07.05.2013, unânime, DJe 14.05.2013);

STJ – (...). (...). MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ALEGADO BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE FATOS DIVERSOS PARA JUSTIFICAR O AUMENTO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA. SÚMULA 241/STJ. AUSÊNCIA DE OFENSA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE. 1. Não há ofensa ao princípio do ne bis in idem, nem ao Enunciado Sumular 241 deste STJ, quando há a utilização de fatos diversos para a caracterização dos maus antecedentes e da reincidência. 2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena. 3. Não há coação no aumento da sanção básica de 1/3 (um terço), dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, diante da reincidência específica do agente, pois tal circunstância autoriza uma maior aplicação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada. (...). 2. Habeas corpus não conhecido. (Habeas Corpus nº 170859/SP (2010/0077691-0), 5ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi. j. 06.11.2012, unânime, DJe 21.11.2012).

A questão também já foi apreciada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que demonstrou posição rigorosa:

STF - PENAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DELITO DE ESTELIONATO. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. NO CASO, ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ACI-

MA DE 1/6. ADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE INGRESSAR-SE, NESTA SEDE, NOS CRITÉRIOS EMPREGADOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA, SALVO FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - O habeas corpus, ressalvadas hipóteses excepcionais, não pode servir para a correção da dosimetria da pena imposta pelo magistrado, mormente se observadas as determinações legais pertinentes ao sistema trifásico de cálculo. II - Ausência de limitação legal quanto ao aumento da pena acima da fração mínima. III - A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime. IV - Individualização da pena que, no caso, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. V - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 101.918/MS, 1ª Turma do STF, Rel. Ricardo Lewandowski. j. 11.05.2010, unânime, DJe 04.06.2010) – destaquei; vale anotar que o caso revelou posição bastante tenaz do Colendo Tribunal Constitucional, porquanto se tratava de caso em que as instâncias ordinárias agravaram a pena em ½ em razão da reincidência específica, o que, como se viu, foi cancelado pela autoridade do Supremo.

Demais disso, cumpre notar que a nova incursão criminosa deu-se pouquíssimos meses depois de o ora Recorrido ter cumprido a pena pela condenação (por tráfico) precedente, como se verifica nas informações da VEC juntadas no apenso próprio.

Considerando-se que a Lei Penal prevê o sistema de *temporalidade* dos efeitos da reincidência (art. 64 do Código Penal), é natural que se tenha por paulatinamente mais arrefecida sua expressão intensificadora da reprovabilidade pessoal do reincidente à medida que a prática da nova infração se distancia do termo *a quo* (término do cumprimento da pena) do *período depurador* e se aproxima do termo *ad quem*, em que efetivamente se afasta a própria condição jurídico-penal de *reincidente* e se retoma o *status de primário* para todos os efeitos.

Pela mesma lógica, evidente que é tanto mais relevante a censurabilidade pessoal revelada pela reincidência, quanto mais próxima seja a prática do novo delito em relação ao cumprimento da pena; a recenticidade entre o fim da pena anterior e a nova incursão criminosa, mormente em caso de reincidência específica, revela a plena inocuidade do apenamento anterior em relação às pretensões de *prevenção especial*; é dizer, se o agente mal acaba de cumprir uma pena por uma condenação criminal e, quase que de imediato, já se empolga a delinquir novamente, conclusão inexorável é que

a nova sanção há de ser tão mais substancial e sensível, porquanto demonstrada peculiar resistência pessoal do agente à introjeção dos valores ético-sociais de respeito ao bem jurídico e à ordem comunitária formalmente estabelecida. Essa relação chega aos extremos em casos de reincidência específica imediata ao fim da pena anterior e de reincidência específica ainda no curso do cumprimento da pena anterior (como quando o agente pratica o novo crime quando em saída temporária, em regime aberto, em livramento condicional etc.).

No caso em tela, condenado definitivamente por tráfico e tendo acabado de cumprir a pena (terminou em regime aberto) havia poucos meses, o ora Apelado persistentemente reincidiu na prática de idêntico delito de tráfico; a *culpabilidade* aqui é mesmo das mais densas, pois deste indivíduo era socialmente muito grande a expectativa institucional e a exigibilidade de conduta diversa, conforme a norma, mas ele prontamente voltou a insurgir-se contra o sistema de valores normatizados e atacou o mesmo bem jurídico (a incolumidade e a saúde públicas, na perspectiva de controle e distanciamento das drogas), tão caro à sociedade moderna.

Conclui-se, portanto, que, havendo reincidência específica e recente em relação ao cumprimento da pena pela condenação precedente, a agravante dos arts. 61, inc. I, 63 e 64 do Código Penal no caso em análise encerra reprovabilidade pessoal diferenciada e significativamente superior ao padrão ordinário de configuração de tal circunstância legal, a expressar intensidade ímpar de frustração da *exigibilidade social de conduta diversa*.

Nesses termos, postula-se o provimento deste recurso também neste item II.ii para que, reconhecida a agravante da reincidência, seja operado agravamento proporcional (superior ao padrão mínimo ordinário de fração de mero 1/6 sobre a pena-base) nas sanções na segunda fase da dosimetria.

III - Da pretensão subsidiária (para o caso de, contrariando o entendimento jurisprudencial das Colendas Cortes Superiores, reconhecer-se que haveria *bis in idem* na consideração de *mau antecedente* ou *reincidência* na primeira ou segunda fase de dosimetria e também como requisitos obstativos da causa redutora do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06)

Caso não provido o recurso no que refere à pretensão apresentada no item II.i acima, postula-se, subsidiariamente, seja então a pena-base fixada em patamar superior ao mínimo legal exclusivamente em razão da peculiar *natureza* deletéria e da *quantidade* da substância entorpecente apreendida (desconsiderando-se nesta primeira etapa a circunstância judicial do *mau antecedente* criminal, que se invocará assim de forma inédita e exclusiva na dosimetria como requisito obstativo da minorante específica), seguindo-se agra-

vamento da pena de modo especialmente rigoroso em virtude da reincidência específica e recente em tráfico de drogas e, por fim, seja invocado aquele *antecedente criminal* (até então preservado e não levado em conta em fase alguma das anteriores da dosimetria) para vetar o reconhecimento da causa de diminuição das penas prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Conforme exposição minudente apresentada em tópico anterior (item I), a *natureza* e a *quantidade* da droga são circunstâncias que merecem incidir na primeira fase da dosimetria das penas, determinando a fixação da pena-base com palpável distanciamento do mínimo legal; a reincidência específica e recente merece ser considerada na segunda fase do cálculo das penas, agravando-se a sanção de forma severa e superior à fração-mínima-padrão (de 1/6 sobre a pena-base); por fim, considerando que a causa especial de redução das penas prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tem como um dos requisitos a condição de o agente ter *bons antecedentes*, a condenação criminal definitiva por furto aqui pode ser invocada a obstar a incidência da minorante específica, sem que se possa cogitar *bis in idem* por argumento algum, visto que, neste caso, não terá operado efeito algum na dosimetria, senão este meramente impeditivo do *tráfico privilegiado*.

Dessa forma, mesmo com o entendimento de que uma mesma situação ou condição não pode ter mais de um reflexo na dosimetria (com o que não se concorda, *data venia*), a pena seria dosada de forma mais justa e proporcional à culpabilidade concretamente revelada no caso, porquanto a reincidência específica e recente, circunstância legal de primeira grandeza e de distinta relevância jurídico-penal (vide art. 67 do Código Penal e recente julgamento do REEx 453.000², pelo Egrégio Supremo Tribunal), terá reconhecimento e efetiva influência na mensuração da punição, que, ao cabo, expressará de forma mais personalizada a medida da *culpabilidade*, em operação de *individualização* da pena que expresse e realize, em mesmo contexto, equilibradamente, por um lado, a garantia constitucional do criminoso, de não receber pena superior à cominada dentro do sistema normativo, e, por outro lado, o direito fundamental (coletivo) da sociedade de receber do Estado a repressão penal ao infrator em limites proporcionais e não inferiores aos previstos dentro do mesmo sistema normativo (convívio harmônico e equânime dos direitos e garantias fundamentais implementados pela *dupla face* da eficácia constitucional, à luz do metacrítério da *proporcionalidade*).

² STF - AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. (Recurso Extraordinário nº 453.000/RS, Tribunal Pleno do STF, Rel. Marco Aurélio. j. 04.04.2013, unânime, DJe 03.10.2013).

DO PEDIDO (pretensões recursais)

Diante do exposto, requer-se o provimento do recurso para que:

a) a pena-base seja fixada em patamar superior ao mínimo legal (mais elevado do que o fixado na respeitável sentença de que ora se recorre – 1/6 sobre o piso legal), pela consideração de pelo menos três *circunstâncias judiciais* desfavoráveis e reveladoras de especial censurabilidade - *natureza nefasta da droga* mercadejada – cocaína -, elevada *quantidade daquela substância* tóxica – 116 porções - (art. 42 da Lei 11.343/06) e *antecedente criminal* do Apelado (art. 59, caput, do Código Penal);

b) mantido o reconhecimento da agravante da reincidência e afastado o argumento de *bis in idem*, seja operado efetivo agravamento das penas na segunda fase da dosimetria das penas; e, em razão de se tratar de reincidência específica e recente em crime de tráfico de drogas, tal agravamento seja implementado em *quantum* superior ao mínimo ordinário (superior a mero 1/6 sobre a pena-base);

c) por fim, seja mantido o afastamento da causa de diminuição das penas prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em razão do desatendimento dos requisitos da *primariedade* e dos *bons antecedentes*, com resultado a maior nas penas (de reclusão e de multa);

d) subsidiariamente, caso não provido o recurso no item b, então seja a pena-base fixada em patamar superior ao mínimo legal exclusivamente em razão da peculiar *natureza* deletéria e da *quantidade* da substância entorpecente apreendida (desconsiderando-se nesta primeira etapa a circunstância judicial do *mau antecedente* criminal, que se invocará assim de forma inédita e exclusiva na dosimetria como requisito obstativo da minorante específica), seguindo-se agravamento da pena de modo especialmente rigoroso em virtude da reincidência específica e recente em tráfico de drogas e, por fim, seja invocado aquele *antecedente criminal* (até então preservado e não levado em conta em fase alguma das anteriores da dosimetria) para vetar o reconhecimento da causa de diminuição das penas prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, com resultado a maior nas sanções (de reclusão e de multa).

Barueri, 20.3.2014

EDUARDO CAETANO QUEROBIM
2º PROMOTOR DE JUSTIÇA

Fernando F. L. P. de A. Schmidt
Assistente Jurídico do Ministério Público

“Subsunções típicas decorrentes de investigação ministerial de crimes praticados por organização criminosa: o novatio legis in pejus do artigo 2º, caput, da lei 12.850/2013, a tênue diferença típica entre o estelionato e a extorsão no caso concreto, a cooperação dolosamente distinta de ré não associada e outras figuras delituosas.”

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP

**Autos nº 30683-53.2014.8.26.0576
DENÚNCIA**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seus Promotores de Justiça que esta subscrevem, no exercício das atribuições constitucionais e legais que lhes são conferidas pelo art. 129, inc. I, da Constituição da República, art. 25, inc. III, da Lei nº 8.625/93, e art. 103, inc. VI, da Lei Complementar Estadual nº 734/93, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, exercer o direito de ação e apresentar **DENÚNCIA** em face das pessoas abaixo arroladas, em razão dos fatos a seguir descritos e dos crimes abaixo imputados:

1) **DANIELA FIGUEIREDO**, RG 35.240.914, CPF: 291.549.728-17, nascida em 12/10/1979, filha de Vera Lucia Figueiredo, residente e domiciliada na Rua Nana, 323, Vila Ema, São Paulo/SP (presa provisoriamente);

2) **ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES**, RG 44.677.999, CPF 393.289.138-45, nascido em 29/07/1989, filho de Selma Cristine Lucas de Oliveira Fernandes, residente e domiciliado na Rua Lázaro Mendes de Souza, 1638, Karina 2, Mirassol/SP;

3) **FÁBIO JOSÉ BUSO**, RG 18.925.974-7, CPF 058.319.678-08, nascido em 22/07/1970, filha de Sebastiana Tavares Buso, residente na Rua Nana, 323, Vila Ema, São Paulo/SP (preso provisoriamente);

4) **AILTON PASSOS SANTOS**, RG 41.968.311-2, CPF 362.634.858-09, filho de Nilvania Passos Santos, com possível endereço na Rua Batista de Oliveira, 1096, Silope, Ubatuba/SP;

5) **THAIS VILLELA BORGES**, RG 41.573.885-4, CPF 428.376.068-47, nascida em 16/05/1994, filha de Leonice Perpétua Villela e Jairo Borges, com endereço na Rua José Antonio Martins, 116, Jardim Umarama, São Paulo/SP, CEP 04651-070;

6) **ANA CAROLINA NOGUEIRA**, RG 48.613.891-4, CPF 405.367.488-37, nascida em 26/02/1992, filha de Simone Aparecida dos Santos, com endereço comercial Rua Bernardino de Campos, 2634, São José do Rio Preto/SP (Lojas Brasil);

7) **JÉSSICA NOGUEIRA DE OLIVEIRA**, RG 42.617.444-1, CPF 438.622.268-59, nascida em 16/04/1995, residente filha de Cláudia Aparecida Ferreira Nogueira, com endereço na Avenida Nossa Senhora da Paz, 105, Jardim São João, Bálamo/SP;

8) **ALVIR BARBOSA BATISTA** RG 48.474.446, CPF 438.089.128-39, nascido em 01/04/1992, filho de Valnirde Barbosa, com endereço na Avenida Nossa Senhora da Paz, 105, Jardim São João, Bálamo/SP;

9) **JESSICA FERNANDA COSTA DELATIM MUNHOZ**, CPF 408.698.588-82, nascida em 13/07/1991, filha de Maria Aparecida Souza Costa, residente e domiciliada na Rua Projetada 5, 151, Parque das Flores, Mirassol/SP (presa provisoriamente);

10) **MARCOS ANTÔNIO MEIRA MARTIN**, CPF 317.504.858-77, nascido em 01/05/1983, filho de Eliane Lopes Meira Martin, residente e domiciliado na Rua Projetada 5, 151, Parque das Flores, Mirassol/SP (preso provisoriamente);

11) **WILLIAM DIAS PEREIRA**, CPF 326.338.358-21, nascido em 10/07/1984, filho de Rosinei Fátima Martins, residente na Av. Antonio Blundi, 09-26, fundos, São José, Mirassol;

12) **FERNANDO GOVEA SALGADO (PASTOR)**, CPF 301.601.498-00, nascido em 25/05/1979, filho de Maria de Lourdes de Britto Salgado, residente e domiciliado na Rua dos Cravos, 51, Bálamo/SP (preso provisoriamente);

13) **CAIO VINÍCIUS SILVA ZANÃO**, CPF 324.394.028-18, nascido em 20/03/1985, filho de Maria Aparecida da Silva, residente na Rua Carlos R. Nogueira, 3636, Mirassol/SP;

14) **PÂMELA CAMILA GOMES MOREIRA**, CPF 44092191898, nascida em 13/05/1994, filha de Rita de Cássia Gomes, residente e domiciliada na Rua Rui Barbosa, 1456, Mirassol/SP;

15) **MARCOS PAULO RODRIGUES DE OLIVEIRA**, RG 28.024.313, CPF 181.446.518-98, nascido em 04/12/1975, filho de Maria Conceição Lucas de Oliveira, residente e domiciliado na Rua João Viveiros, 1890, Mirassol/SP;

16) **VICTOR VAROLO FERES**, RG 47.699.668-5, CPF 404.258.658-94, nascido em 02/01/1991, filho de Sílvia Cristina Varolo, residente e domiciliado na Rua Firmino Pensani, 650, Mirassol/SP;

17) **MARIANE GAZETA BUENO**, CPF 36969029859, nascida em 02/08/1988, filha de Cristiane Aparecida Gazeta Bueno, residente e domiciliada na Rua Santa Luzia, 1975, Mirassol/SP;

18) **CREUZA FERREIRA DE SOUZA CRIPPA**, RG 20.799.441-9, filha de José Ferreira de Souza e Maria Gomes Silva de Souza, nascida em 31/03/1972, residente na Chácara Santo Antonio, área rural, em Jaci/SP;

19) **FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO**, RG 26.689.690-X, CPF 246.039.438-14, nascido em 18/05/1977, filho de Célia Helena Polotto Nami, com endereço na Rua Gumercindo de Oliveira Barros, 510, Jardim Viana, São José do Rio Preto/SP, advogado inscrito na OAB/SP 209.080, com escritório na Rua Bernardino de Campos, 3180, Galeria João Bassit, 3º andar, conjunto 508 (fl. 34).

DA INVESTIGAÇÃO – TELEMARKETING

Trata-se de feito decorrente de Procedimento Investigatório Criminal instaurado para apurar, inicialmente, as práticas de crimes de associação criminosa/participação em organização criminosa, estelionatos, lavagens de dinheiro, coação no curso do processo, entre outros, praticados na região de São José do Rio Preto/SP.

Os fatos a serem inicialmente investigados foram revelados pelo Policial Militar Ismael Soares da Silva (fls. 02/03) e pela partícipe **JÉSSICA NOGUEIRA DE OLIVEIRA** (fls. 04/08). Relataram a existência de possível organização criminosa liderada por “Daniela Latore” (a investigada **DANIELA FIGUEIREDO**) e por seu comparsa **ANDRÉ**. O grupo criminoso seria responsável pela prática de “golpes” relativos a vendas falsas e cobranças indevidas de transações de produtos agropecuários, com o emprego de fraudes por linhas telefônicas, em prejuízo de terceiros. O dinheiro produto das fraudes e das ameaças seria depositado em contas bancárias de “laranjas”, contas essas angariadas por outras pessoas envolvidas na organização delituosa. Na sequência, o dinheiro ilícito seria transferido para outra conta bancária, essa de titularidade de outro integrante da organização criminosa.

Depois de colhidas as declarações iniciais, foram autuadas como notícia do fato (peça de informações – expediente criminal), a fim de averiguar, com profundidade, os fatos delatados.

Realizadas as diligências comprobatórias da veracidade das delações, foi instaurado o devido Procedimento Investigatório Criminal.

A investigação prosperou e foi possível identificar verdadeira rede criminosa dedicada à prática de extorsões em todo o Brasil. Para tanto, além do emprego de diligências de campo, pesquisas em sistemas conveniados e de técnicas diversas de investigação, foi utilizado o monitoramento telefônico das linhas usadas pelos investigados, que trouxe amplo conjunto probatório relacionado aos crimes em análise.

Como medida final para a investigação foi aforado pedido de expedição de mandados de busca e de prisões temporárias, devidamente deferido, e, no dia 25 de agosto de 2014, foi realizada operação com enorme êxito com relação a todos os mandados expedidos.

A prova oral coletada trouxe a confirmação da necessidade de responsabilidade penal dos investigados.

É o breve resumo da investigação.

1 – DAS CONDUTAS TÍPICAS

1.1. DA PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DAS EXTORSÕES CONTINUADAS PRATICADAS POR DANIELA, ANDRÉ, FÁBIO, AILTON, THAIS, ANA CAROLINA, JÉSSICA e ALVIR.

Consta, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, em data anterior a 25 de agosto de 2014, **DANIELA FIGUEIREDO, FÁBIO JOSÉ BUSO, AILTON PASSOS SANTOS, THAIS VILLELA BORGES** (todos acima qualificados), bem como outras pessoas ainda não identificadas, constituíram e, também em data anterior a 25 de agosto de 2014, integraram, pessoalmente, organização criminosa (artigo 2º, caput, da lei 12.850/13), cujo comando era exercido por **DANIELA FIGUEIREDO** (artigo 2º, § 3º, da lei 12.850/13).

Consta, também, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, em data anterior a 21 de agosto de 2013, **ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES, ANA CAROLINA NOGUEIRA, JÉSSICA NOGUEIRA DE OLIVEIRA, ALVIR BARBOSA BATISTA**, além de Daniela Figueiredo, Fábio José Buso, Ailton Passos Santos e Thaís Villela Borges¹ associaram-se, em quadrilha ou bando, para o fim de cometerem crimes, especialmente extorsões.

¹ É importante ressaltar que, em razão da inovação legislativa ocorrida no trâmite da investigação, a adequação típica das condutas dos integrantes do grupo criminoso teve que ser cindida, para respeitar às premissas da aplicação da lei penal no tempo. Com o advento da lei nº 12.850/13 houve a exata delimitação dos requisitos necessários para a caracterização de criminalidade organizada, bem como nasceu o tipo penal do seu artigo 2º, relativo à participação em organização criminosa. Esta lei teve *vacatio legis* de 45 dias (artigo 27). Tratando-se de *novatio legis in pejus*, não se submeteu à exceção da retroatividade da norma penal (esta aplicável somente às leis penais que de qualquer modo beneficiem o investigado, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal). É certo que a forma organizacional do grupo

Consta, ainda, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, pelos menos dos meses finais do ano de 2009 até 25 de agosto de 2014, nesta cidade e Comarca de São José do Rio Preto, além de em outras localidades, **DANIELA FIGUEIREDO, ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES, FÁBIO JOSÉ BUSO, AILTON PASSOS SANTOS, THAIS VILELA BORGES, ANA CAROLINA NOGUEIRA, JÉSSICA NOGUEIRA DE OLIVEIRA e ALVIR BARBOSA BATISTA** (todos acima qualificados), agindo em concurso e com identidade de propósitos, um aderindo à vontade do outro, por dezenas de vezes, constrangeram diversas pessoas a fazerem depósitos bancários em contas por eles indicadas, mediante graves ameaças consubstanciadas em promessas de envios dos nomes das vítimas para protestos, além das consequentes inscrições no SPC/SERASA, caso tais depósitos não fossem concretizados, com o intuito de obterem, para eles, vantagens econômicas indevidas, agindo de forma continuada (artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal).

Conforme já explicitado, interceptações telefônicas autorizadas por este Douto Juízo permitiram descortinar a existência de um grupo criminoso sediado no Município de São José do Rio Preto e região, especializado na prática de extorsões.

As interceptações telefônicas ainda foram complementadas por trabalhos de campo e de inteligência, o que possibilitou identificar os envolvidos e o *modus operandi* da organização criminosa destinada à prática de crimes patrimoniais por todo Brasil, atuando a partir da região de São José do Rio Preto.

Em síntese, o monitoramento demonstrou que o grupo criminoso estruturava-se a partir de **DANIELA**, que, após delação de **JÉSSICA NOGUEIRA DE OLIVEIRA**, empreendeu fuga, mudando-se para São Paulo, juntamente

criminoso investigado, desde pelo menos o final do ano de 2009, é reveladora das características delineadas no artigo 1º, § 1º, da lei 12.850/13 (associação de 4 ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, objetivo de obtenção de vantagem, prática de infrações penais com penas máximas superiores a 4 anos), contudo, a investigação revelou que alguns integrantes do esquema criminoso desvincularem-se da estrutura organizacional antes da vigência da *novatio legis*; outros, no entanto, mantiveram-se organizados criminalmente, desenvolvendo suas atividades em outra Comarca. Explica-se, portanto, o motivo pelo qual houve necessidade de cisão nas tipificações das condutas dos integrantes do mesmo grupo criminoso: para aqueles que deixaram a organização criminosa antes de 17 de outubro de 2014, a imputação do delito anterior de quadrilha ou bando; para aqueles que se mantiveram organizados criminalmente, por ser crime permanente, foi possível a adequação típica ao novo delito do artigo 2º, da lei 12.850/2013.

com seus comparsas **FÁBIO** e **AILTON**. No entanto, continuou a desenvolver as atividades de sua “empresa criminosa” a partir da Capital de nosso Estado, como muito bem ficou demonstrado no dia do cumprimento dos mandados de busca e apreensão e prisões temporárias em sua residência, localizada na Rua Nana, 323, Vila Ema, São Paulo/SP (conforme também comprovam os documentos arrecadados em sua residência – fls. 811/812).

A organização criminosa estruturava-se da seguinte forma (quadro MÍNIMO, uma vez que o grupo criminoso operou por anos e é crível que diversas pessoas tenham auxiliado na prática das atividades delituosas):

- **DANIELA** é a líder, a idealizadora das extorsões, a pessoa responsável pelo gerenciamento da estrutura criminosa, tendo, inclusive, cedido, por mais de uma vez, a sua própria residência para ser sede da “empresa criminosa” destinada aos delitos patrimoniais;



Daniela Figueiredo

- **ANDRÉ**, “braço direito” de DANIELA e principal auxiliar no desenvolvimento dos golpes praticados pela organização criminosa, atuou por anos no grupo criminoso, especializando-se na prática das extorsões, até que, com a fuga de DANIELA para São Paulo, associou-se a pessoas diversas, mantendo-se inserido no mundo dos crimes patrimoniais;

- **THAÍS VILLELA** e **ANA CAROLINA**, responsáveis pelas vozes, ou seja, pelas ligações fraudulentas e ameaçadoras, que incutiam nas vítimas a ameaça de protesto em razão da falsa dívida que teriam e, em consequência, acarretavam prejuízos a elas, uma vez que, enganadas, acreditavam nos fatos que as duas contavam e, para evitar o mal injusto revelado (protesto e negativação dos nomes no SPC/SERASA), efetuavam depósitos bancários em contas do grupo criminoso;

- **FÁBIO**, responsável pelo desenvolvimento de diligências de campo, em especial as bancárias, necessárias para trazer para o seio da organização criminosa o produto dos estelionatos, bem como por angariar dados cadastrais de vítimas;

- **AILTON**, auxiliava na prática dos golpes e, junto com **DANIELA**, permitia que os comparsas se alojassem em seus imóveis para as práticas das extorsões;

- **JÉSSICA NOGUEIRA** e **ALVIR**, responsáveis por convencer terceiras pessoas a cederem suas contas bancárias para a organização criminosa utilizar, ou seja, nas quais os depósitos motivados pelas extorsões seriam concretizados.

Apurou-se que **DANIELA** comandava uma rede de vendas, via telefone, de produtos agropecuários (telemarketing), agindo, inicialmente, a partir da cidade de Mirassol/SP. Ela é proprietária da empresa individual “Daniela Figueiredo Agropecuária – ME”, cujos registros da JUCESP apontam dedicar-se ao comércio varejista de medicamentos veterinários e produtos agropecuários em geral e que estaria instalada em Mirassol, na Rua XV de Novembro, 2179 (logo no início da investigação foi identificado este imóvel, conforme demonstram os vídeos MOV_0251 e MOV_0252, que seguem gravados em mídia e anexados ao termo de declarações de **JÉSSICA NOGUEIRA**, de 30/08/2014), local em que, na verdade, funciona um salão de beleza.

Em razão do exercício do comércio de produtos veterinários e agropecuários – que, anos atrás, de fato, seriam comercializados pela empresa de **DANIELA** por telefone – a investigada, que possui antecedentes criminais por estelionatos (Mirassol e São Paulo), apropriação indébita (São Paulo), tentativa de furto (São Paulo) e furto qualificado (Santo André), adquiriu conhecimentos e acessos a pessoas que lhe permitiram criar um comércio fictício e paralelo, praticando crimes de extorsão reiteradamente; desenvolveu, assim, um engendrado esquema criminoso, colocado em prática a partir do final do ano de 2009, com o desenvolvimento das argumentações necessárias para convencer as pessoas a pagarem dívidas inexistentes, sob pena de terem seus nomes negativados no SPC/SERASA.

O grupo criminoso adquiria cadastros de clientes de outras pessoas que atuavam no mesmo ramo (a exemplo do investigado **CAIO VINÍCIUS SIL-**

VA ZANÃO, responsável por vender cadastros mesmo sabendo que os compradores seriam pessoas que se dedicavam à prática de golpes), ou seja, de vendedores de produtos agropecuários por sistema de tele vendas; deles compravam nomes e dados cadastrais de produtores rurais compradores de produtos agropecuários. Ocorre que, por atuar neste ramo há tempos, **DANIELA** notou as falhas do mercado e desenvolveu um engendrado esquema criminoso. Assim, no final do ano de 2009 foram desenvolvidas as argumentações para convencer as pessoas a pagarem dívidas inexistentes. Na posse dos dados de clientes, ela e seus comparsas davam início ao golpe: ligavam para o produtor rural, fingindo ser de Cartório de Protesto, afirmando a existência de dívida com determinada empresa e que, em razão disso, o nome da pessoa seria negativado, o que ocasionaria o bloqueio de sua conta corrente, cartões de crédito, cheques e financiamentos; a vítima acreditava na declaração, uma vez que realmente era comum comprar produtos agropecuários, e ligava para um número de telefone fornecido para confirmar a existência da dívida; o atendente desta ligação, também comparsa do grupo criminoso, confirmava a existência da dívida; então a vítima voltava a falar com aquele comparsa que se teria passado por funcionário do cartório de protesto, momento em que era dada uma solução para o problema, a realização de um depósito judicial; era fornecida à vítima uma conta bancária na qual o depósito deveria ser realizado; tais contas bancárias eram de terceiros, conseguidas por outros comparsas da organização criminoso; assim, a vítima, tendo receio de ver seu nome negativado, efetuava o ilícito depósito de dinheiro, que era revertido para o grupo criminoso; os depósitos, em regra, eram no valor aproximado de R\$ 1.998,00, que representava o valor de um conjunto de produtos agropecuários (como vermífugos).

Nessa época, dedicavam-se à prática dos golpes, além da líder **DANIELA** e **ANDRÉ**, a prima dela, **ANA CAROLINA**, e outras pessoas que com frequência se desligavam daquele ambiente de “serviço”.

Em 2012 **DANIELA** montou um escritório do crime aqui em São José do Rio Preto, “*uma cidade maior, onde as pessoas não se conhecem, e seria mais fácil para dar os golpes, ficar fora de foco*” (de acordo com as palavras do comparsa **ANDRÉ**, em declarações prestadas no dia 01/09/2014). De início, o local de “trabalho” foi em uma sala comercial no centro da cidade, perto do calçadão, oportunidade na qual se juntou ao grupo criminoso **THAIS VILELA**, realizando, também, as práticas dos golpes por meio de ligações telefônicas.

No início de 2013, o local da prática dos golpes mudou para uma edícula no fundo do imóvel localizado na Rua Professor Stelio M. Loureiro, Bairro Boa Vista, em São José do Rio Preto/SP, no qual **DANIELA** e **AILTON** residiam, localizado no bairro Boa Vista, também aqui em São José do Rio

Preto (imóvel da foto de fl. 09). Nessa oportunidade, a organização criminosa ganhou mais um integrante, **FÁBIO**, além do próprio **AILTON**, companheiro amoroso de **DANIELA**.

Portanto, nos anos de 2012 e 2013, a organização criminosa atuou com a participação das seguintes pessoas: **DANIELA** (líder), **ANDRÉ**, **THAIS**, **ANA CAROLINA** e **AILTON** (efetuavam ligações telefônicas, os golpes), **FÁBIO** (conseguia cadastros das vítimas e controlava o recebimento do dinheiro ilícito nas contas de terceiros), **JÉSSICA** e **ALVIR** (convenciam terceiras pessoas a cederem suas contas bancárias para as práticas ilícitas e, em troca, seriam compensadas financeiramente: se a pessoa aceitasse a proposta ilícita, passava os dados da conta bancária e o cartão do banco, com a senha; quando **JESSICA** conseguia a conta e o cartão, ligava para a **DANIELA** informando; se ela conseguisse conta de região distante daqui de São José do Rio Preto, **DANIELA** pagava R\$ 400,00 para **JÉSSICA**; se fosse daqui da região, R\$ 200,00; para cada depósito feito nessas contas, **DANIELA** pagava R\$ 120,00, sendo que R\$ 60,00 ficavam com **JÉSSICA** e **ALVIR** e os outros R\$ 60,00 eram entregues para o titular das contas; toda sexta-feira **DANIELA** ligava informando para as pessoas participantes desse esquema irem até a casa dela para receberem e, como ela tinha os dados das contas, pegava os extratos e mostrava quantos depósitos tinham nelas e depois efetuava os pagamentos).

Ocorre que, depois que **DANIELA** teve conhecimento que **JÉSSICA NOGUEIRA** havia delatado o grupo criminoso para este núcleo do GAECO, empreendeu fuga para São Paulo, acompanhada de **FÁBIO** e **AILTON**.

Porém, mesmo diante da inequívoca possibilidade de perseguição criminal, **DANIELA** e seus comparsas continuaram dedicando-se à prática das extorsões, agora na Capital de nosso Estado. E a vontade criminosa do grupo era tamanha que solicitaram a **ANDRÉ** e a **THAIS** que se mudassem junto para São Paulo: **ANDRÉ** não aceitou, ao contrário de **THAIS**, que passou a residir com o seu genitor naquela cidade. A continuidade das práticas delituosas investigadas a partir da Capital Paulista foi comprovada no dia do cumprimento dos mandados de busca e de prisões temporárias na nova residência de **DANIELA**, em São Paulo (a casa da foto de fl. 428), seja pela apreensão das centenas de documentos comprobatórias das infrações penais, seja por ter sido constatado que naquele local, além de **DANIELA** e **FÁBIO**, também, no mínimo, **THAIS** estava aplicando os golpes. E realmente estavam praticando golpes a partir da Capital Paulista, com a utilização de cadastros de clientes/vítimas, conforme atestam os seguintes áudios:

- áudio 1492921.wav, de 19 de dezembro de 2013, às 15hs16min, em que **ANDRÉ** ligou para **VICTOR** e pediu que ele o levasse ao aeroporto de

São José do Rio Preto, pois iria para São Paulo na casa da **DANIELA**, porque estava precisando de nomes e voltaria com vários nomes de lá para “trabalhar” (ao ser ouvido, **ANDRÉ** confirmou que foi para São Paulo e ficou por uma semana na casa de **DANIELA**);

- áudio 1967555.wav, das 18hs18min do dia 11 de março de 2014, entre **ANDRÉ** e **DANIELA** também é exemplo da continuidade dos crimes;

- áudio 197478.wav, de 12/03/2014, às 8hs13min, **ANDRÉ** e **DANIELA**, mais uma vez, conversaram sobre as suas atividades ilícitas, havendo menção expressa a **THAÍS** e a **FÁBIO**;

- áudio 2300287.wav, do dia 25 de abril de 2014, às 00h15, **ANDRÉ** e **Daniela**, fica bem clara a manutenção das práticas ilícitas por **DANIELA**, em conversa relativa aos golpes dos dois (ela lá de São Paulo e ele aqui do interior), ela afirma que ele deve ir para a Capital “trabalhar” com ela “se ele não for os nomes dele vão acabar”;

- áudio 1054669.wav, de 12/10/2013, às 21hs33min, relativo à conversa entre **ANDRÉ** e **FÁBIO**, oportunidade na qual já havia ocorrido a mudança para a Capital de nosso Estado, até que **DANIELA** atende e diz que iria sair para comemorar seu aniversário com o **AILTON** e o Vinícius (irmão dela); **ANDRÉ** pede para **DANIELA** pedir para o **FÁBIO** arrumar uns nomes do Marcão para ele, ao que ela pede que ele não fale essas coisas pelo telefone; na sequência, passam a falar de **JÉSSICA NOGUEIRA** em tom ameaçador, em decorrência da delação apresentada;

- áudio 1069046.wav, de 15/10/2013, às 12hs19min, em que **ANDRÉ** conversa com **FÁBIO** sobre compras de nomes;

- áudio 1089153.wav, de 18/10/2013, às 9hs17min, entre **ANDRÉ** e **FÁBIO**, no qual afirmaram que **AILTON** havia orientado a criar um email e falaram a conta utilizada por **FÁBIO**: Agência 0353, Poupança 00028871-5, Variação 13.

Ao longo de cerca de 4 (quatro) anos de atividades ilícitas, é impossível mensurar a quantidade de extorsões praticadas pelo grupo criminoso (basta ver a declaração de **ANDRÉ**, de 01/09/2014, afirmando que as contas bancárias que conseguiam “*eram bloqueadas rapidamente porque os clientes reclamavam e os bancos bloqueavam, então eram muitas contas que trabalhávamos*”). Há, nos autos, provas em demasia confirmando as extorsões praticadas pela organização criminoso, em especial os comprovantes de depósitos fornecidos por **Creuzza Ferreira de Souza Crippa**, as provas orais e o material colhido em decorrência da interceptação telefônica.

Uma idéia da exorbitante potencialidade lesiva desta organização criminoso, bem como da impossibilidade física de delimitar todos os estelionatos praticados ao longo de no mínimo 4 anos, decorre de uma situação relativa à

pessoa que cedeu sua conta bancária para ser usada pelo grupo criminoso: a Sra. **CREUZA FERREIRA DE SOUZA**, no dia 23/08/2014, confirmou que a conta 40424-1, agência 0172, do Banco Bradesco, era de sua titularidade, sendo a que foi passada para a **JÉSSICA NOGUEIRA** passar para **DANIELA**; **CREUZA** afirmou que naquela conta constatou **8 (oito) depósitos** realizados pelas seguintes pessoas: *Antonio Márcio Ribeiro Sandoval*, autor do depósito de 25/06/13; *Alex Gumer Gomes de Souza*, autor dos depósitos de 04/07/13; *Henrique Rechi*, autor do depósito de 16/07/13; *Gabriel Alves da Silva Venites*, autor do depósito de 22/07/2013; e *Márcio Gelain*, autor do depósito de 23/07/13 (e isso em ínfimo período de tempo, referente a apenas uma conta bancária utilizada pela organização criminosa de forma ilícita).

O poderio lesivo do grupo criminoso era realmente grande, tanto que **ANDRÉ**, no dia 25 de agosto p.p., afirmou que o valor mensal recebido pela organização criminosa com a prática dos golpes era R\$ 50.000,00 em meses ruins e chegava a R\$ 100.000,00 nos meses bons.

Diante de todo o exposto, imprescindível o desenvolvimento da tutela jurisdicional criminal em face de **DANIELA, ANDRÉ, FÁBIO, AILTON, THAIS, ANA CAROLINA, JÉSSICA NOGUEIRA** e **ALVIR**, por praticarem, juntos, incalculáveis extorsões no período entre 2009 e 2014, bem como por participarem de quadrilha ou bando e integrarem organização criminosa, conforme acima demonstrado.

1.2. DA COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA DE CREUZA FERREIRA DE SOUZA CRIPPA NAS EXTORSÕES CONTINUADAS PRATICADAS PELO GRUPO CRIMINOSO LIDERADO POR DANIELA FIGUEIREDO.

Consta, também, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, pelo menos nos meses de junho, julho e agosto de 2013, nesta cidade e Comarca de São José do Rio Preto, **CREUZA FERREIRA DE SOUZA CRIPPA** (acima qualificada), auxiliou na prática dos delitos cometidos pela organização criminosa liderada por **DANIELA FIGUEIREDO**, ou seja, concorreu, mediante auxílio material consubstanciado na cessão de sua conta bancária, para que os integrantes daquele grupo criminoso constrangessem diversas pessoas a fazerem depósitos bancários em contas por eles indicadas, mediante graves ameaças concretizadas em promessas de envios dos nomes das vítimas para protestos, além das conseqüentes inscrições no SPC/SERASA, caso tais depósitos não fossem concretizados, com o intuito de obterem, para eles, vantagens econômicas indevidas (artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal, na forma do artigo 71, todos do Código Penal), bem como

que, na verdade, assim agindo, **CREUZA FERREIRA DE SOUZA CRIPPA** quis participar de crimes menos graves, concorrer, mediante o referido auxílio material consubstanciado na cessão de sua conta bancária, para que eles obtivessem, para eles, vantagens ilícitas, em prejuízos alheios, induzindo ou mantendo diversas pessoas em erro, mediante artifício, ardil, ou quaisquer outros meios fraudulentos (artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, § 2º, e com o artigo 171, caput, por reiteradas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal).

Conforme acima descrito, o grupo criminoso liderado por **DANIELA** utilizava de contas bancárias de terceiros para alcançarem os seus objetivos delituosos, ou seja, para conseguirem o dinheiro proveniente da prática das extorsões. A relevância desta forma de auxílio para a prática das extorsões ficou muito bem atestada pelas palavras do investigado **ANDRÉ**, em seu depoimento de 01/09/2014: “Se não existissem contas de terceiros para serem depositados os valores conseguidos das vítimas, seria possível concretizar os golpes? Evidente que não.”

JÉSSICA NOGUEIRA, em seu depoimento de 21/08/2014, além de confessar a sua participação na organização criminosa liderada por **DANIELA**, exercendo a função de angariar contas bancárias nas quais seriam realizados os depósitos ilícitos, revelou que uma das pessoas que havia conseguido os dados bancários e o cartão do banco era **CREUZA FERREIRA DE SOUZA CRIPPA**, tendo, inclusive, apresentado um extrato bancário comprovando a utilização irregular da conta.

No dia 23/08/2014 compareceu, espontaneamente, neste núcleo do GAECO **CREUZA FERREIRA DE SOUZA CRIPPA** e confessou o auxílio prestado às práticas criminosas, relatando que havia aceitado a proposta de **JÉSSICA NOGUEIRA** para ceder seu cartão bancário e senha e que em troca receberia R\$ 300,00 e, para cada depósito feito na conta dela, R\$ 60,00; confirmou que recebeu os R\$ 300,00 inicialmente e que depois a **JÉSSICA** deu mais R\$180,00, referentes a três depósitos efetuados na conta dela; disse que **JÉSSICA** afirmou que foram feitos mais depósitos, mas não havia recebido por eles; afirmou que **JÉSSICA** revelou que quem precisava da conta para os depósitos era uma mulher de nome “**DANI**”.

E, nos autos consta extrato da conta 40424-1, agência 0172, do Banco Bradesco, que **CREUZA FERREIRA DE SOUZA** admitiu ser de sua titularidade e indicou ser a conta transmitida a **JÉSSICA** para passar para **DANIELA** usar; **CREUZA** afirmou que naquela conta constatou **8 (oito) depósitos** realizados pelas seguintes pessoas: Antonio Márcio Ribeiro Sandoval, autor do depósito de 25/06/13; *Alex Gumer Gomes de Souza*, autor dos depósitos de 04/07/13; *Henrique Rechi*, autor do depósito de 16/07/13; *Gabriel Alves da Silva Venites*, autor do depósito de 22/07/2013; e *Márcio Gelain*, autor do depósito de 23/07/13 (e isso em ínfimo período de tempo).

CREUZA, no momento em que concordou em ceder sua conta bancária para **JÉSSICA NOGUEIRA** passar ao grupo criminoso liderado por **DANIELA**, sabia (ou, pelo menos, em razão das circunstâncias fáticas, devia saber) que o uso que dela seria ilícito, ainda mais porque, em troca, recebeu quantias em dinheiro. Contudo, intencionalmente concorreu com a prática de golpes, sem nada saber a respeito das ameaças concretizadas pelos integrantes do grupo criminoso para constranger as vítimas a efetuarem os depósitos. Ou seja: quis participar de crimes menos graves do que aqueles efetivamente praticados pelos autores.

Portanto, é inequívoco o imprescindível auxílio material prestado por **CREUZA FERREIRA DE SOUZA** à organização criminosa liderada por **DANIELA FIGUEIREDO**, com a cessão de sua conta bancária para serem realizados os depósitos ilícitos, o que configurou a participação material na prática da infração penal tipificada no artigo 158, § 1º, do Código Penal, com o desejo, no entanto, de auxiliar a prática de crime menos grave (artigo 29, § 2º, do Código Penal), qual seja, o tipificado no artigo 171, *caput*, também do Código Penal.

1.3. DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DAS EXTORSÕES CONTINUADAS PRATICADAS POR JESSICA FERNANDA, MARCOS, ANDRÉ e WILLIAM.

Consta, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, desde novembro de 2012 e até o dia 25 de agosto de 2014, na cidade e Comarca de Mirassol, **MARCOS ANTÔNIO MEIRA MARTIN, JESSICA FERNANDA COSTA DELATIM MUNHOZ, WILLIAM DIAS PEREIRA e ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES** (todos acima qualificados), associaram-se para o fim específico de cometerem crimes (Código Penal, artigo 288, *caput*).

Consta, também, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que de novembro de 2012 a 25 de agosto de 2014, na cidade e Comarca de Mirassol, **MARCOS ANTÔNIO MEIRA MARTIN, JESSICA FERNANDA COSTA DELATIM MUNHOZ e ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES** (todos acima qualificados), agindo em concurso e com identidade de propósitos, um aderindo à vontade do outro, por dezenas de vezes, constrangeram diversas de pessoas a fazerem depósitos bancários em contas por eles indicadas, mediante graves ameaças consubstanciadas em promessas de envios dos nomes das vítimas para protestos, além das consequentes inscrições no SPC/SERASA, caso tais depósitos não fossem concretizados, com o intuito de obterem, para eles, vantagens econômicas indevidas, agindo de forma continuada (artigo 158, § 1º,

combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal), bem como que **WILLIAM DIAS PEREIRA**, para essa empreitada criminosa, no mesmo período e local, agiu em concurso e unidade de desígnios com eles, concorrendo para tais crimes patrimoniais, prestando auxílio material consubstanciado em empréstimos de contas bancárias para serem efetuados depósitos ilícitos, agindo em continuidade delitiva (artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal).

A associação criminosa (quadrilha) de que ora se tratará iniciou suas atividades em novembro de 2012, quando **ANDRÉ** – que era integrante da organização criminosa comandada por **DANIELA** – resolveu procurar o casal **MARCOS** e **JÉSSICA**, moradores de Mirassol, para junto destes e de **WILLIAM** praticar os mesmos tipos de golpes.

Como já detinha o *know-how* das extorsões, **ANDRÉ** ensinou a **MARCOS** e a **JÉSSICA** o método de que se valia na associação prévia com **Daniela**, ou seja, telefonar para potenciais vítimas (sempre proprietários rurais e criadores de animais) fazendo se passar por funcionário de um cartório de protestos e informar à vítima que em algumas horas iriam promover um protesto contra ela, decorrente de suposta dívida com uma empresa fornecedora de produto agropecuário (AGROBOI, AGRODAVI), do que decorreria a negatificação da vítima junto ao SPC/SERASA. A vítima negava a existência da dívida, quase sempre dizendo que jamais havia comprado daquela empresa, mas o falso funcionário do cartório de protesto dizia que nada podia fazer. Como a preocupação da vítima crescia, deixando transparecer o desespero e interesse em não ser negatificada, o falso funcionário do cartório de protesto fornecia à vítima o nome e o telefone da suposta empresa credora e a orientava a entrar em contato com essa empresa, a fim de tratar da dívida. A vítima, ato contínuo, telefonava para o número indicado, o qual, na verdade, era atendido pelo próprio falso funcionário do cartório de protestos que, porém, agora dizia ser funcionário da empresa credora e que os responsáveis pela empresa não se encontravam, razão pela qual não tinha como ajudar a vítima, de modo que o cartório de protestos seguiria os trâmites da negatificação. A vítima, então, já constrangida pela grave ameaça sofrida, consubstanciada na intimidação de ter seu nome negatificado, telefonava de volta para o falso cartório, quando o falso funcionário dizia que haveria um método seguro para evitar o protesto, consistente em a vítima fazer um “*depósito judicial bloqueado*” do valor da suposta dívida, para depois discutir com o suposto credor a existência do débito, sendo que a vítima teria a garantia de que o dinheiro depositado ficaria bloqueado por ordem judicial, de modo que poderia ser resgado pela própria vítima, caso a dívida, de fato, não existisse.

Evidentemente, a figura do “*depósito judicial bloqueado*” foi inventada pelos membros da associação criminosa apenas para de forma mais fácil constranger a vítima a efetuar o pagamento e, uma vez realizado o depósito – que não ficava bloqueado coisa alguma – os membros da associação promoviam o saque do dinheiro então depositado, assim, exaurindo a extorsão.

ANDRÉ ensinou a **MARCOS** e a **JÉSSICA** como aplicar os golpes, e então os três passaram a executá-los usando como base operacional a residência do casal, em Mirassol.

Desde o início, **WILLIAM** associou-se aos três primeiros, passando a fornecer contas bancárias de sua titularidade para receber os depósitos bancários ilícitos, provenientes das extorsões, tendo entregado ao casal **JÉSSICA/MARCOS** os cartões de movimentação das contas e as respectivas senhas para saques, com a plena consciência do uso espúrio das contas bancárias, tendo uma atuação essencial para que as extorsões se consummassem. De se observar que **WILLIAM** não apenas entregou seus cartões e senhas à **JÉSSICA/MARCOS**, como manteve a autorização para uso reiterado e continuado de sua conta para as extorsões diariamente, assim aderindo à conduta dos demais e por esse meio integrando a associação criminosa.

ANDRÉ integrou por dois meses a associação da qual participava **MARCOS, JÉSSICA** e **WILLIAM**, tendo se desligado desses três e voltado a praticar as extorsões por meio da organização criminosa comandada por **DANIELA**. A partir de então, a associação desenvolveu-se apenas entre **MARCOS, JÉSSICA** e **WILLIAM** e perdurou até o último dia 25 de agosto, quando foram cumpridas as buscas domiciliares e as prisões temporárias.

Além de ensinar a **MARCOS** e a **JÉSSICA** a prática das extorsões, **ANDRÉ** entregou ao casal diversos panfletos de propaganda com nomes de produtos agropecuários e nomes de empresas, a fim de que o casal “estudasse” e apreendesse informações e dados técnicos que lhes poderiam ser úteis no “trabalho” de convencimento e constrangimento das vítimas.

Durante as buscas realizadas na residência de **MARCOS** e **JÉSSICA** muitos dos documentos e instrumentos utilizados nos crimes foram apreendidos, especialmente:

- os panfletos de propaganda acima referidos, fichas de clientes (dos quais constavam os dados das vítimas de que os criminosos precisavam: nome completo, endereço, telefone);
- relatórios com esses mesmos dados concentrados em tabelas;
- cartões das contas bancárias de titularidade de **WILLIAM**;
- anotações à mão sobre os números e letras que constituíam as senhas para movimentação dessas contas;
- dinheiro produto dos estelionatos (R\$3.306,00, sendo 29 cédulas de R\$ 100,00, 8 cédulas de R\$ 50,00 e 3 cédulas de R\$ 2,00);

- telefones celulares;

- e até mesmo várias folhas de papel A4 com texto impresso em que **JÉSSICA** e **MARCOS** consignaram o roteiro que deveriam seguir ao telefonar para a vítima.

Quando da aplicação dos golpes, **JÉSSICA** fingia ser "**Dra. Raquel**", suposta advogada do cartório de protestos, enquanto **MARCOS** fingia ser "**Fred**", suposto diretor financeiro da **AGROBOI**, empresa supostamente credora da vítima.

Segue, abaixo, o documento em que lançado o roteiro seguido pelo casal de estelionatários para enganar suas vítimas:

alo bom dia ? ! eu gostaria de fala com o senhor ele se encontra ?
meu nome é ...^{ADRIANA MUNCES} eu falo aqui do cartorio de notas e protestos de 1 oficio de sao paulo , eu estou entrando em contato pelo fato que chegou agora pouco aqui no cartorio uma ordem de inclusão a SPC e CERASA expedido pela empresa , AGROBOI ! o senhor tem ciencia disso ? eles alegam , que o senhor efetuou uma compra na data de 25/04/2012 com vencimento em 25/05/2012 e não efetuou o pagamento , o valor da pendencia esta em 1998,40 e a enclusao aos orgaos de SPC e CERASA sera dada agora ezatamente as e no prazo de 90 dias o ssenhor sera intimado a comparecer em uma audiencia aqui na cidade de sao paulo , o senbr tem disponibilidade para estar vindo ? bom o que eu posso orientar o senhor a fazer mediante aos fatos é entrar em contato com essa empresa e fazer a solicitação da segunda via da nota fiscal junto com o AR de recebimento para que o senhor possa verificar o que aconteceu , e referente ao protesto pessa para que o dono da empresa suspenda o protesto pelo menos até que as notas cheguem para o senhor , o senhor teria interesse de entrar em contato com a empresa ? o telefone da empresa é faz o seguinte qualquer coisa o senhor pode voltar a nos ligar se caso o senhor não conseguir resolver com a empresa pode anotar meu telefone qualquer problema o senhor volta a me ligar !
Obrigado bom dia

cartorio (011) 961753566
empresa Agroboi (011) 963043463
FRED

Adriana
99791264
3262 4059

Ao serem ouvidos pelo Ministério Público, **JÉSSICA** e **ANDRÉ** confessaram a prática das extorsões e a associação criminosa, ao passo que **MARCOS** preferiu exercer o direito ao silêncio. **WILLIAM**, por sua vez, admitiu ter fornecido os cartões e senhas bancárias ao casal **JÉSSICA/MARCOS**, sabendo do uso para a prática dos crimes, além de informar que recebeu dinheiro de **MARCOS** para isso. É de se observar que o concurso de **WILLIAM** para as extorsões e sua integração à associação criminosa não ocorreu apenas com o ato de entrega dos cartões e senhas, mas com a manutenção da autorização para que **JÉSSICA** e **MARCOS** usassem suas contas para depósitos do produto dos crimes, atuação esta que se desenvolveu durante todo o período de aplicação dos golpes (das extorsões).

A exata forma e os detalhes da prática das extorsões são até melhor apreendidos pela análise de algumas das conversas telefônicas em que o casal **JÉSSICA/MARCOS** foi flagrado executando os crimes, especialmente aqueles áudios registradas sob os códigos 1870409.WAV, 1870730.WAV, 1871157.WAV, 1871498.WAV, 1871596.WAV, 1871630.WAV, 1871795.WAV (27/02/2014), 2285446.WAV, 2285725.WAV, 2285619.WAV (23/04/2014), 2290379.WAV, 2290450.WAV, 2290526.WAV, 2290666.WAV, 2290399.WAV, 2290930.WAV, 2292592.WAV, 2290588.WAV, 2292668.WAV, 2293570.WAV, 2292233.WAV, 2293644.WAV, 2293751.WAV, 2290539.WAV, 2293835.WAV, 2290588.WAV, 2292970.WAV, 2291367.WAV, 2300846.WAV, 2290642.WAV (24/04/2014), 2300895.WAV, 2301333.WAV, 2301606.WAV, 2302297.WAV, 2304015.WAV (25/04/2014), 2323207.WAV, 2323299.WAV, 2323398.WAV, 2323640.WAV, 2323832.WAV (28/04/2014), 2354636.WAV, 2356092.WAV, 2356327.WAV (02/05/2014), 2387083.WAV, 2387426.WAV e 2387464.WAV (06/05/2014), cujas transcrições já constam dos autos da interceptação telefônica e do pedido de busca e apreensão e prisão cautelar.

Nas ligações telefônicas acima referidas identificam-se, claramente, pelo menos 35 (trinta e cinco) situações de constrangimento de vítimas com a aplicação do golpe da falsa dívida e da ameaça de protesto pelo casal **JÉSSICA/MARCOS**, sendo de se registrar que essas ligações foram captadas em apenas 7 (sete) dias distintos (27 de fevereiro, 23, 24, 25 e 28 de maio, 2 e 6 de junho de 2014). Não obstante, conforme relatado por **JÉSSICA** e **ANDRÉ**, essa associação criminosa passou a aplicar os golpes por volta de novembro de 2013, o que bem dá a dimensão da enormidade de extorsões praticadas nesses praticamente dois anos, do que decorre a impossibilidade de mensurar, com exatidão, a quantidade de delitos cometidos pelo grupo criminoso, havendo nos autos provas em demasia confirmando a consumação das extorsões por essa associação, em especial o dinheiro apreendido quando das buscas, os cartões bancários e respectivas senhas de **William Dias Pereira**, as fichas de clientes e as relações com os dados das vítimas a serem achadas, além da prova oral e da própria interceptação telefônica.

Assim, claramente associados entre si, **ANDRÉ** (nos primeiros dois meses), **MARCOS, JÉSSICA** e **WILLIAM** praticaram dezenas de extorsões entre novembro de 2012 e 25 de agosto de 2014, pelo *modus operandi* acima descrito, atuando a partir de Mirassol, lesando vítimas em diversos Estados, havendo perfeita relação de continuidade entre os crimes, nos moldes do artigo 71, do Código Penal.

1.4. DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DAS EXTORSÕES CONTINUADAS PRATICADAS POR ANDRÉ COM AUXÍLIO MATERIAL DE PÂMELA, MARCOS PAULO, VICTOR E MARIANE.

Consta, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, pelo menos no período de setembro de 2013 a 25 de agosto de 2014, na cidade de Mirassol/SP, **ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES** (acima qualificado), auxiliado por outras pessoas, por dezenas de vezes, constrangeu diversas de pessoas a fazerem depósitos bancários em contas por ele indicadas, mediante graves ameaças consubstanciadas em promessas de envios dos nomes das vítimas para protestos, além das consequentes inscrições no SPC/SERASA, caso tais depósitos não fossem concretizados, com o intuito de obter, para ele, vantagens econômicas indevidas, agindo de forma continuada (artigo 158, § 1º, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal), bem como que, para essa empreitada criminosa, no mesmo período e local, agiu em concurso e unidade de desígnios com **PÂMELA CAMILA GOMES MOREIRA, MARCOS PAULO RODRIGUES DE OLIVEIRA, VICTOR VAROLO FERES** e **MARIANE GAZETA BUENO** (também acima qualificados), que concorreram para tais crimes patrimoniais, prestando auxílios materiais consubstanciados, principalmente, em empréstimos de contas bancárias para serem efetuados depósitos ilícitos, agindo em continuidade delitiva (artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal).

Consta, também, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima indicadas, **ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES, PÂMELA CAMILA GOMES MOREIRA, MARCOS PAULO RODRIGUES DE OLIVEIRA, VICTOR VAROLO FERES** e **MARIANE GAZETA BUENO** (todos acima qualificados), associaram-se para o fim específico de cometerem crimes (artigo 288, *caput*, do Código Penal).

Conforme acima narrado, depois que **JÉSSICA NOGUEIRA** delatou a organização criminosa existente, o grupo delituoso rachou: a própria **JÉSSICA** e seu companheiro amoroso **ALVIR**, logicamente, deixaram o grupo delituoso; **ANDRÉ**, por sua vez, não desejou mudar para a Capital de nosso Estado, e permaneceu residindo em nossa região, em Mirassol/SP.

Porém, o afastamento físico de seus comparsas não foi óbice para a continuidade das práticas das extorsões.

Para tanto, ele montou novo grupo criminoso, utilizando amigos e parentes nas práticas dos crimes patrimoniais. Nesse novo grupo criminoso **ANDRÉ** despontou-se como líder e principal realizador das extorsões, sendo cada um dos outros comparsas responsáveis por uma função na concretização dos crimes e na obtenção dos produtos ilícitos.

E, durante o período de interceptação telefônica autorizado pela E. 1ª Vara Criminal de São José do Rio Preto/SP, dezenas de extorsões foram captadas e comprovadas. E tais extorsões cometidas foram confessadas pelo próprio **ANDRÉ** nas duas oportunidades que prestou depoimento, nos dias 25/08/2014 e 01/09/2014, quando, inclusive, ele detalhou o modus operandi dos delitos: *“em todas as ligações é contada a mesma história. Dizia que me chamava Álvaro e falava do 2º Cartório de Notas e Protestos de São Paulo; dizia à vítima que o nome dela estava sendo protestado por uma empresa sediada em São José do Rio Preto, chamada AGRO RIO; dizia tratar-se de uma compra de produtos veterinários ou agropecuários que não tinha sido paga; falava que o protesto mandaria o nome da vítima para o SPC e o SERASA, o que ocasionaria o bloqueio de sua conta corrente, cartões de crédito, cheques e financiamentos; falava também que, caso o protesto fosse efetuado, a vítima teria que se dirigir até a cidade de São Paulo para resolver a pendência ou contratar um advogado para fazer por ele; sem entender o ocorrido, a vítima solicitava o telefone da empresa que estava protestando seu nome, porque não se recordava da compra; eu dizia que possuía o telefone e passava a linha (17) 982085349 e solicitava que, após, a vítima entrasse em contato com o Cartório através da linha (17) 991137503; a vítima ligava e eu mesmo fazia outra voz, me passando por Carlos Augusto, gerente da distribuidora Agro Rio, confirmava que existia a pendência em aberto e dizia que em 3 dias úteis podia enviar a nota fiscal da compra com a assinatura de quem a teria recebido, mas que não tinha poderes para suspender o protesto, pois isso era competência dos proprietários da empresa e eles estariam fora da cidade; depois, solicitava que a vítima entrasse em contato com o cartório para ver o que eles poderiam fazer para ajudá-lo e mencionava o depósito judicial bloqueado; assim, a vítima voltava a entrar em contato com o Cartório procurando formas de suspender o protesto até que recebesse a documentação referente à compra; neste momento eu explicava que existia uma forma de evitar o protesto e explicava o que era o depósito judicial bloqueado, no qual era gerado um acordo com o SPC/SERASA e a partir desse acordo era gerada uma conta vinculada ao CPF de um dos proprietários da empresa que estava solicitando o protesto; eu dizia disse que o pagamento suspenderia o protesto e que o dinheiro ficaria bloqueado por 7 dias, até que a pessoa recebesse a nota e verificasse se teria sido ela mesma que teria efetuado a compra; caso*

ela reconhecesse a compra, o dinheiro seria liberado para a empresa; caso ela negasse a compra, o dinheiro seria estornado; uma das contas bancárias fornecidas para que as vítimas efetuassem o depósito era do banco Caixa Econômica Federal, Agência 0321, Variação 013, Conta Poupança 12746-6, em nome do meu tio MARCOS PAULO RODRIGUES DE OLIVEIRA, tio de ANDRÉ; além disso, eu informava à vítima que o protesto poderia ser suspenso para que ela entrasse em contato com a empresa e soubesse o que havia ocorrido; após, solicitava que a vítima entrasse em contato com o Cartório através da linha (17) 991137503; essa história toda foi desenvolvida quando eu trabalhava com a Daniela (...) Em todos esses casos os depósitos foram concretizados efetivamente” (declaração do dia 01/09/2014).

Nesse mesmo dia 01/09/2014, **ANDRÉ**, sempre na presença de seu Advogado constituído, confirmou as participações delituosas de **PÂMELA**, **MARCOS PAULO**, **VICTOR** e **MARIANE**: *“Eu usei as contas do meu tio Marcos Paulo, da Mariane Gazeta, do Vitor e da mãe da Mariane, mas ela não sabia do depósito”; “Qual a participação da Pâmela? Ela somente participou dos golpes atuando comigo. Ela atendia as ligações das vítimas e passava para mim. Eu pagava para ela R\$ 70,00 por depósito que conseguíamos”; “Qual a participação do Vitor nos golpes? O Vitor somente emprestava contas para eu sacar e efetuar os depósitos que as vítimas faziam. O telefone que eu usei para os golpes estava no nome dele. Acredito que foram cerca de três depósitos ilícitos feitos na conta do Vitor. Ele não ligava, mas emprestou a conta e a linha telefônica”; “Qual a participação do tio Marcos Paulo? Ele me emprestou a conta para serem feitos os depósitos. Na conta do tio Marcos Paulo foram feitos alguns depósitos efetivamente, mas eu não me lembro quantos. E intermediou a negociação dos nomes com o Fabiano Ceretto, além de saber que eu usava a casa dele para trabalhar”; “Depois de exibidos os áudios 19920.wav, de 04/12/2013, às 14hs40min, e 01489.wav, de 11/12/2013, às 15hs50min, disse: É o meu tio Marcos Paulo atendendo o telefone e falando que é do Cartório, depois ele passa para mim o telefone”.*

Portanto, a associação criminosa era formada pelos seguintes integrantes: **ANDRÉ**, o líder; **PÂMELA** era responsável por auxiliar **ANDRÉ** nas ligações telefônicas, fazendo o papel de uma das personagens criadas para enganar as vítimas e concretizar as extorsões; **MARCOS PAULO** emprestava sua conta bancária para serem efetuados os depósitos ilícitos, cedia sua própria residência para ser o local físico no qual as extorsões eram praticadas, comprou lista com nomes de vítimas para **ANDRÉ** e chegou a atender ligações enganosas; **MARIANE** emprestou sua conta bancária e da sua genitora para serem realizados os depósitos ilícitos e, em troca, recebeu quantia em dinheiro; **VICTOR** também emprestou sua conta bancária para o mesmo fim, além de ceder sua linha telefônica para ser utilizada para a

prática das extorsões. Vale observar que o concurso de **VICTOR, MARIANE** e **MARCOS PAULO** para as extorsões e sua integração à associação criminosa não ocorreu apenas com o ato de entrega dos cartões e senhas, mas com a manutenção da autorização para que **ANDRÉ** usasse suas contas para depósito do produto do crime, atuação esta que se desenvolveu durante todo o período de aplicação dos golpes.

A título de exemplo, seguem abaixo áudios que trazem a materialidade delituosa das extorsões praticadas por **ANDRÉ** (por meio das linhas **17 99202 4579**, **17 2122 5912**, **17 98208 5349** e **17 99113 7503**), bem como que comprovam os auxílios prestados por **PÂMELA, MARCOS PAULO, VICTOR** e **MARIANE**:

Chamada do Guardião 1447175.WAV - **Data da Chamada:** 12/12/2013

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(77)81188687

Hora da Chamada: 11:27:00

Comentário: *HNI atende ligação de Airton, que procura por Álvaro. Airton diz que fez o depósito no valor de R\$ 1.480,00 e pergunta o que ele deve fazer agora. André pede o número de autenticação que consta no comprovante de depósito para que ele possa acessar o pagamento no sistema. Airton passa os dados. André diz que irá dar baixa no sistema já.*

Chamada do Guardião 1871883.WAV - **Data da Chamada:** 27/02/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(77)34712836

Hora da Chamada: 13:47:00

Comentário: *Pâmela, se passando por funcionária do Cartório, atende ligação de João Ramos e passa para André, que se passa por Álvaro. O interlocutor diz que fez o depósito que ele havia solicitado. André pede que ele passe o número do controle que consta no comprovante de pagamento. João Ramos passa o número 267113934. André diz que será dado baixa no protesto e que notificará a empresa a mandar os documentos referentes à compra e explica que se em 7 dias úteis ele não receber esses documentos ele deve entrar em contato para que o valor seja estornado.*

Chamada do Guardião 1880726.WAV - **Data da Chamada:** 28/02/2014
Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(24)999969528

Hora da Chamada: 15:17:00

Comentário: *Pâmela, passando-se por funcionária do cartório, atende*

ligação de José Carlos, que diz que gostaria de falar com Álvaro. Paloma passa a ligação para Álvaro. José Carlos pergunta se o valor era R\$ 400,00. **André** diz que é R\$ 450,00. José Carlos passa a ligação para seu pai, José, que diz a **André** que correu atrás, mas não conseguiu os R\$ 450,00, que conseguiu somente R\$ 400,00 e se ele não pode pagar esse valor e deixar o restante. **André** pergunta se ele fez o depósito de R\$ 400,00. José diz que acabou de fazer. **André** diz que entrará em contato com a empresa e que qualquer problema ele poderá fazer o restante do pagamento depois.

Chamada do Guardião 2340739.WAV - **Data da Chamada:** 30/04/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991928758 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)992024579

Hora da Chamada: 16:40:00

Comentário: **André** liga para seu tio **Marcos Paulo** e diz que não está conseguindo sacar o dinheiro, que está dando erro na leitura do cartão. **André** pergunta se ele faz saques no banco ou na lotérica. **Marcos Paulo** diz que na lotérica. **André** pede então que seu tio faça o saque para ele, enquanto ele vai ao Bradesco sacar o outro depósito. **Marcos** diz que não está no trabalho, mas que ele pode deixar o cartão no serviço dele, que depois ele faz o saque.

Chamada do Guardião 1871598.WAV - **Data da Chamada:** 27/02/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(77)34712836

Hora da Chamada: 13:06:00

Comentário: **André**, se passando por Álvaro do Cartório, recebe ligação de João, que diz que ligou na empresa e foi informado que os proprietários da empresa estão viajando e somente após o carnaval estarão na empresa. **André** então sugere que João faça o pagamento jurídico bloqueado, que evitaria o protesto e obrigaria a empresa a comprovar a pendência, caso contrário o pagamento é estornado e ainda é aberto um processo contra a empresa por danos morais. **André** pergunta se João deixará o protesto correr ou prefere fazer o pagamento. João se mostra duvidoso. **André** então diz que pode postergar o horário do pagamento e tirar os juros do valor, para que ele pague e diz que dos R\$ 1.150,00 ele consegue diminuir para R\$ 920,20. João concorda em fazer o pagamento. **André** diz que irá gerar o acordo com o SERASA e os dados para depósito são: **Banco Caixa Economia Federal, Agência 0321, Conta Poupança 12746-6, Variação 013, em nome de Marcos Paulo Rodrigues de Oliveira. João** diz que irá fazer o pagamento e já ligará para passar o número de autenticação.

Chamada do Guardião 1871883.WAV - **Data da Chamada:** 27/02/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(77)34712836

Hora da Chamada: 13:47:00

Comentário: "Paloma", passando-se por funcionária do Cartório, atende ligação de João Ramos e passa para André, que se passa por Álvaro. **O interlocutor diz que fez o depósito que ele havia solicitado. André pede que ele passe o número do controle que consta no comprovante de pagamento. João Ramos passa o número 267113934. André diz que será dada baixa no protesto e que notificará a empresa a mandar os documentos referentes à compra e explica que se em 7 dias úteis ele não receber esses documentos ele deve entrar em contato para que o valor seja estornado.**

Chamada do Guardião 1911328.WAV - **Data da Chamada:** 05/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(66)99913077

Hora da Chamada: 16:37:00

Comentário: **André**, passando-se por Álvaro do Cartório de Protestos, atende ligação de Angela Rodrigues. Angela diz que alguém do cartório entrou em contato com ela sobre uma fatura em nome de seu pai, Leandro Rodrigues, e pergunta do que se trata, porque seu pai não faz compra de produtos veterinários. **André** diz que a compra foi entregue na Rua Pato Branco, em Juína, em nome de Leandro Rodrigues, CPF 778.991.058-20. **André** explica que uma empresa de Rio Preto, que a mãe de Angela disse recordar que seu marido efetuou compras dessa empresa antigamente, chamada Agrovét, encaminhou o protesto do título vencido em 25/05/2010. Angela pergunta se a Agrovét é da região em que eles moram. **André** explica que a venda foi feita por telefone, através de telemarketing. Angela diz que seu pai nunca comprou produtos pelo telefone e pergunta quais eram esses produtos. **André** diz que eram produtos veterinários. Angela diz que seu pai não tem gado. **André** diz que a mãe de Angela confirmou que seu marido efetuava esse tipo de compra. Angela pede que **André** passe o telefone da empresa para que ela entre em contato, porque como o protesto pode negatizar o nome de seu pai ela não quer deixar que isso aconteça, visto que seu pai é empresário e não pode ter o nome negatizado. **André** passa o telefone da empresa (17) 996473145 e sugere que ela peça a nota fiscal dessa compra e solicite uma carta de contraprotesto, para que o cartório possa dar baixa na solicitação.

Chamada do Guardião 1975533.WAV - **Data da Chamada:** 12/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(93)35172356

Hora da Chamada: 15:30:00

Comentário: *Pâmela* atende ligação se passando por funcionária do cartório de Protestos. O interlocutor diz procurar por Álvaro, ao que **Pâmela** diz que irá transferir a ligação. **André** atende se passando por Álvaro e o interlocutor se identifica como Francisco. Francisco diz que entrou em contato com a empresa e que o gerente disse que não pode resolver nada, porque os donos da empresa não estão presentes na empresa e orientou que ele entrasse em contato com o cartório para que eles procurassem uma forma de resolver a situação. **André** explica que uma das opções é Francisco deixar o título ser protestado e após 90 dias o fórum entrará em contato para que ele possa se defender. **André** explica também que outra forma é o pagamento jurídico bloqueado, através do qual ele pagará o valor da compra sem os juros e esse dinheiro será depositado em uma conta em nome de um dos proprietários da empresa. Após a comprovação do pagamento a empresa tem 7 dias úteis para encaminhar todos os documentos que comprovem a compra. Caso eles não mandem os documentos ou os documentos não comprovem que Francisco efetuou a compra o dinheiro é estornado. Caso Francisco reconheça a compra o dinheiro é liberado para o proprietário da empresa e que dessa forma o nome não será mandado para o SERASA. Francisco diz que pode deixar o título ser protestado.

Chamada do Guardiã 1976056.WAV - **Data da Chamada:** 12/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(93)35172007

Hora da Chamada: 16:17:00

Comentário: *Pâmela* atende ligação passando-se por funcionária do cartório. O interlocutor se identifica como Henrique e pede para falar com Álvaro. *Pâmela* diz que irá transferir a ligação. **André** atende passando-se por Álvaro e o interlocutor pergunta se ele ligou em sua loja. **André** pergunta se é Henrique Martinilo, ao que o interlocutor diz que sim. **André** diz que realmente entrou em contato e que o contato deu-se para saber se Henrique já havia sido notificado de um protesto de um título em nome de Henrique, por parte da empresa Agrovet. Henrique pergunta do que se trata. **André** explica que a empresa alega que ele teria adquirido alguns produtos veterinários e não havia efetuado o pagamento. **André** diz que fizeram uma pesquisa no CPF 460.561.061-87 e não constam outros protestos, motivo pelo qual entram em contato para tentar evitar que o nome de Henrique vá para o sistema do SPC/SERASA. Henrique pergunta qual dados dessa compra. **André** diz que é R\$ 793,45 e é referente a compra de Ivermectina em 25/02/2013. Henrique diz que não comprou nada e que existem pessoas do estado de São Paulo que estão lançando duplicatas em nome de pessoas que não compraram nada, inclusive de um vizinho dele. **André** explica que terá que cumprir a ordem de protesto. Henrique diz que ele não deve fazer isso porque senão ele

procurará o procon e pede o número da empresa para que ele possa entrar em contato. André passa o telefone (17) 996473145. André diz que ele deve entrar em contato com a empresa e solicitar uma carta de contra protesto e toda documentação referente a compra e diz que caso eles não queiram ajudar ele deve entrar em contato novamente para que ele tente achar uma forma de ajudar ele.

Chamada do Guardião 1988129.WAV - Data da Chamada: 13/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - Telefone do Interlocutor: 55(93)35412660

Hora da Chamada: 17:34:00

Comentário: *André passando-se por Álvaro do Cartório recebe ligação de Valkiria, filha de Getúlio. Álvaro diz o que ficou combinado com a empresa Agrovét. Valkiria diz que seu pai não efetuou essa compra e que se o cartório não tivesse ligado para ele nunca iria ficar sabendo desse protesto. André explica que existem dois caminhos para seguir agora. Uma seria deixar o protesto ser efetivado e o nome de Getúlio ser negativado ou fazer o pagamento jurídico bloqueado, através do qual ele pagará o valor da dívida sem juros e que o valor fica retido até que a empresa prove que o Sr. Getúlio efetuou a compra. Caso eles não provem o valor é estornado para Getúlio. Valkiria diz que irá conversar com seu pai e que decidirão o que fazer. André diz que enquanto isso vai fazendo o acordo com o Serasa para agilizar o protesto.*

Chamada do Guardião 1988392.WAV - Data da Chamada: 13/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - Telefone do Interlocutor: 55(93)35412660

Hora da Chamada: 17:51:00

Comentário: *André recebe ligação de Valkiria, que diz que ele aceitou fazer o pagamento em juízo, porque ele sabe que não comprou e que o dinheiro será devolvido para ele. André diz que gerou os dados da conta da proprietária para o depósito no Banco Bradesco, Agência 0172-4, conta corrente 39697-4, proprietária Mariane Gazeta Bueno e o depósito deve ser no valor exato de R\$ 997,45. André diz que caso ela queira enviar o comprovante de pagamento por e-mail o endereço do cartório é cartóriocart.sp002@yahoo.com.br. Valkiria diz que irá fazer o depósito e entrará em contato com ele novamente.*

Chamada do Guardião 2293984.WAV - Data da Chamada: 24/04/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 55(62)91567404

Hora da Chamada: 16:32:00

Comentário: *André passando-se por Carlos Augusto, diretor financeiro da empresa distribuidora de Difly, recebe ligação de Vanderlei, dizendo que efetuou o depósito que haviam combinado. André diz que ele tem que passar essas informações para o Álvaro do cartório.*

Chamada do Guardião 1040494.WAV - **Data da Chamada:** 10/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 5517991843970

Hora da Chamada: 14:00:00

Transcrição: *André liga para HNI e diz que “trabalha” na casa do tio dele, onde mora somente seu tio e sua filha.*

Chamada do Guardião 1912172.WAV - **Data da Chamada:** 05/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991928758 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991928758

Hora da Chamada: 18:37:00

Comentário: *André liga para Marcos Paulo e pede que ele passe na Má (Mariane Gazeta) para pegar o cartão dela, porque ele conseguiu uma neste momento, de R\$400,00. Ele precisava que ele fosse buscar o cartão e sacasse o dinheiro, porque ela está com o filho dela e não pode sair. Marcos Paulo diz que ele pode ir lá quando ele chegar.*

Chamada do Guardião 1040553.WAV - **Data da Chamada:** 10/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991928758

Hora da Chamada: 14:08:00

Transcrição: *André liga para seu tio e diz que vai precisar do cartão, diz que precisa tirar um pouco. André diz que pode esperar até as 15h30, horário que seu tio disse que sairá do serviço.*

Chamada do Guardião 1041260.WAV - **Data da Chamada:** 10/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991928758

Hora da Chamada: 15:26:00

Transcrição: *Tio do André liga para André e diz que está no centro e se ele quer que ele saque o dinheiro. André diz que tem R\$ 1.195,00 nessa conta e pede para seu tio sacar R\$ 1.000,00 e que o restante será para pagar o aluguel e “o teu já” (sua parte no esquema).*

Chamada do Guardião 1044473.WAV - Data da Chamada: 10/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 17991928758

Hora da Chamada: 21:56:00

Transcrição: *André e seu tio combinam de ir amanhã para o shopping às 19h30. Ao fim o tio de André diz que irá deixar o cartão para ele. André diz que “se cair mais” irá sacar a parte dele e deixará a parte do seu tio.*

Chamada do Guardião 1078988.WAV – Data da Chamada:

16/10/2013

Operação: Operação Telemarketing

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 17991928758

Hora da Chamada: 18:00:00

Transcrição: *André liga para seu tio e diz que está com o telefone bloqueado, porque a conta telefônica já está em uns 700 reais, e que ele está precisando levantar esse dinheiro. Diz que vai pedir dinheiro a juro para um amigo. Seu tio pergunta se ele passou na casa dele hoje. André diz que sim, que passou lá para ligar na Claro, pois tinha que ligar do próprio aparelho.*

Chamada do Guardião 1086766.WAV - Data da Chamada: 17/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 17991928758

Hora da Chamada: 18:50:00

Transcrição: *André fala com seu tio. Diz que o Leo não irá trabalhar com ele amanhã e que um amigo dele (Pastor) que trabalha com a mesma coisa que ele irá trabalhar lá na casa, porque ele tem telefone para eles trabalharem e fazer um dinheiro. O tio diz que não tem problema nenhum, que ele pode levar quem ele quiser lá para eles trabalharem.*

Chamada do Guardião 1089856.WAV - Data da Chamada: 18/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 17991928758

Hora da Chamada: 10:52:00

Transcrição: *André liga para seu tio e pede R\$ 50,00 emprestado porque ele iria trabalhar, mas o companheiro dele, o Pastor, que tinha os telefones para eles trabalharem, não ligou para ele, por isso ele não sabe se irá trabalhar, talvez ele trabalhe depois do almoço.*

Chamada do Guardião 1112663.WAV - Data da Chamada:

22/10/2013

Operação: Operação Telemarketing

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991928758

Hora da Chamada: 10:27:00

Transcrição: *André liga para seu tio e pergunta se ele está na sua casa. Seu tio diz que não e pergunta se ele não estava lá. André diz que não conseguiu aquele negócio lá então teve que ir trabalhar em outro lugar. André diz que hoje não irá trabalhar na sua casa hoje não. André diz que vai deixar o celular carregando porque vai trabalhar focado, porque precisa arrumar os 500 reais. Diz que amanhã ou depois já voltará trabalhar, já. Pede pro seu tio rezar por ele para ele conseguir o dinheiro.*

Chamada do Guardião 1483181.WAV - **Data da Chamada:** 18/12/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991928758

Hora da Chamada: 12:27:00

Comentário: *André liga para Marcos Paulo e pergunta se ele falou com o Fabiano. Marcos Paulo diz que não. André diz que seus nomes estão acabando para ele trabalhar amanhã. Marcos Paulo diz que mais tarde eles podem ir lá.*

Chamada do Guardião 1483258.WAV - **Data da Chamada:** 18/12/2013

Telefone do Alvo: 55(17)991928758 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991429338

Hora da Chamada: 12:53:00

Comentário: *Marcos Paulo liga para Fabiano e pergunta se ele conseguiu imprimir as folhas para ele. Fabiano diz que vai imprimir, mas que por conta do natal está correria. Fabiano diz que ele precisaria aprender. Marcos Paulo diz que por enquanto só quer os papéis, mas que no começo do ano ele se encontram para ele explicar para ele. Fabiano pergunta qual a área que ele quer. Marcos Paulo diz que é indiferente. Marcam de se encontrar mais tarde para que Marcos Paulo pegue as folhas.*

Chamada do Guardião 1491031.WAV - **Data da Chamada:** 19/12/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991928758

Hora da Chamada: 11:36:00

Comentário: *André liga para Marcos Paulo e pergunta se ele pegou os nomes com o Fabiano. Marcos Paulo diz que ele imprimiu umas 8 folhas. André fala pra ele combinar com Fabiano para irem à lan house imprimir todo o resto dos nomes, porque eles pagaram os R\$ 500,00 à vista.*

Chamada do Guardiã 1492544.WAV - **Data da Chamada:** 19/12/2013

Telefone do Alvo: 55(17)21225912 - **Telefone do Interlocutor:** 55(24)999459413

Hora da Chamada: 14:32:00

Comentário: *André retorna ligação para Itamar e pergunta se ele falou com Carlos Augusto. Itamar diz que conversou com ele e disse que nunca deixaria uma conta sem pagar, que se isso ocorreu é porque ele não recebeu os boletos e que Carlos Augusto disse que eles podem ter sido extraviados. André diz que a empresa só tem tempo para ligar para vender as coisas, mas para avisar sobre débitos vencidos eles preferem mandar a protesto. André diz que foi informado por Carlos Augusto que os proprietários da empresa não se encontram e que por isso não teria como barrar o protestos e solicitou que o cartório indique uma forma de como evitar o protesto. André então sugere que Itamar faça o depósito jurídico bloqueado, através do qual o cartório gerará um cartório de Itamar com o SERASA e será gerada uma conta em nome de um dos proprietários da empresa para que ele possa efetuar o pagamento. André explica que ele fará o pagamento e depois informará o número de autenticação, presente no comprovante bancário. Através desse número ele dará baixa na dívida, mas diz que o valor não será passado de imediato para a empresa, ficará bloqueado por 7 dias úteis até que ele receba a nota fiscal comprovando que ele fez essa compra. Caso ele reconheça a compra o cartório libera o valor para a empresa, caso ele não reconheça ou tenha feito o pagamento o valor é estornado para Itamar e o seu nome não irá para o SPC. Itamar diz que não conseguirá fazer o pagamento, porque o banco fecha às 15 horas. André diz então que como o valor a ser pago é somente a dívida real sem os juros ele poderá fazer o depósito em qualquer lotérica. Itamar solicita o número da conta para que ele possa fazer o depósito. André passa o banco **Caixa Economica Federal Agência 0321 Variação 013 Conta Poupança 12746-6, em nome de Marcos Paulo Rodrigues de Oliveira e diz que o depósito deve ser feito no valor de R\$ 990,00. André diz que o pagamento não deve se feito em cheque e que ele deve tirar um xerox do comprovante do depósito, porque com o tempo ele apaga. Itamar diz que está preocupado porque acredita que pode não dar tempo. André diz que pode segurar o protesto até às 16h30. Itamar diz que vai providenciar.***

Chamada do Guardiã 1925712.WAV - **Data da Chamada:** 07/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 5517991728354

Hora da Chamada: 11:52:00

Comentário: *André liga para Paola e pergunta de Pâmela. Paola diz que ela está dormindo. André pede que Paola acorde Pâmela. Paola chama*

Pâmela e passa a ligação para ela. André pede que ela acorde e vá ajudá-lo a fazer dinheiro. Pamela diz que logo estará lá.

Chamada do Guardião 1927758.WAV - Data da Chamada: 07/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 17992054046

Hora da Chamada: 15:43:00

Comentário: *André conversa com sua mãe e em certo momento diz que ele tem que pagar a linha telefônica, porque está no nome do **Victor** e ele quer cancelar, mas para cancelar ele tem que pagar R\$980,00, é possível ouvir que **Pâmela confirma que o valor é de R\$980,00.***

Chamada do Guardião 1968402.WAV - Data da Chamada: 11/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 55(17)991701643

Hora da Chamada: 19:29:00

Comentário: *André conversa com Nati e pergunta se ela quer fazer ligações e explica que antes estava trabalhando em casa, mas agora está trabalhando na casa de **seu tio**. André diz que se ela quiser ir trabalhar lá, porque **só estão trabalhando ele e a prima (Pâmela)**. Nati pergunta se dá para tirar alguma coisa, porque ela está precisando de dinheiro. André pergunta o quanto ela tem em mente. Nati diz que não tem idéia e o quanto ele acha que dá pra tirar. André pede que ela vá quinta e sexta. Na quinta ela vê ele trabalhar e na sexta ela já pega no telefone, porque ela pega rápido. Nati pergunta na conta de quem ele está depositando. André diz que ele arruma tudo isso lá, que ele já tem tudo organizado. Nati pergunta o quanto ele acha que dá pra ela ganhar. André diz que eles tem que combinar o valor que ela receberá por cada um que ela conseguir, mas que se ela for bem mesmo dá pra tirar uns R\$ 1.000,00 por semana. Nati confirma então que irá na quinta e na sexta e já começará trabalhar constantemente a partir da outra semana, já que não está fazendo nada.*

Chamada do Guardião 1971584.WAV - Data da Chamada: 12/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137084 - Telefone do Interlocutor: 55(17)992024579

Hora da Chamada: 08:42:00

Comentário: *André liga para **Pâmela** para acordá-la e pede que ela vá para lá, porque ele quer trabalhar mais cedo para poder parar mais cedo.*

Chamada do Guardião 1919040.WAV - Data da Chamada: 06/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - Telefone do Interlocutor: 55(75)99794397

Hora da Chamada: 16:37:00

Comentário: *Pâmela recebe ligação de João da Cruz do Carmo e se identifica como sendo funcionária do Cartório. O interlocutor diz que quer saber o que Álvaro quer com ele. Pamela diz que irá transferir a ligação. André, se passando por Álvaro atende a ligação. João diz que quer saber o que eles querem com ele. André diz que vai procurar o cadastro de João. A ligação cai.*

Chamada do Guardião 1963278.WAV - **Data da Chamada:** 11/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(93)35022452

Hora da Chamada: 14:02:00

Comentário: *Pâmela passando-se por funcionária do cartório atende ligação de Alcides do Pará. Alcides diz que quer falar com Álvaro. Pâmela diz que irá transferir a ligação. André passando-se por Álvaro atende o telefonema. Alcides diz que cansou de ligar na empresa e que não está conseguindo falar com a empresa. André pede que ele repita o número do telefone que ele está ligando para ele ver se não está errado. Alcides diz que o telefone é (17) 996473145. André diz que está correto e pede que ele ligue novamente e que caso ele não consiga falar na empresa que ele lhe avise que ele entra em contato com a empresa e pedirá que eles liguem para Alcides.*

Chamada do Guardião 2300359.WAV - **Data da Chamada:** 25/04/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137084 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)992024579

Hora da Chamada: 01:07:00

Comentário: *André conversa com Pâmela. Diz que trabalhou o dia todo, mas não conseguiu nada, por isso amanhã irá acordar cedo para começar. Pâmela diz que então irá ajudá-lo.*

Chamada do Guardião 2340699.WAV - **Data da Chamada:** 30/04/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137084 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)992024579

Hora da Chamada: 16:36:00

Comentário: *André liga para Pâmela e diz que tem duas notícias, uma péssima e uma horrorosa: a péssima é que o cartão de seu tio está bloqueado, que está dando erro na leitura do cartão e que o outro cliente não depositou até agora. Pâmela diz que havia avisado que eles deveriam ter trabalhado mais, que poderiam ter feito mais dinheiro.*

Chamada do Guardião 2342463.WAV - **Data da Chamada:** 30/04/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137084 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)992024579

Hora da Chamada: 18:57:00

Comentário: *André liga para Pâmela e diz que já conseguiu sacar o dinheiro, que ele estava muito apressado e por isso que não estava dando certo a leitura do cartão. Pâmela diz que ele ficou devendo para ela valores “de ontem” e de “hoje”.*

Chamada do Guardião 2356657.WAV - **Data da Chamada:** 02/05/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137084 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)992024579

Hora da Chamada: 14:57:00

Comentário: *Pâmela liga para André e pergunta se ele não irá trabalhar hoje. André diz que acordou tarde e que eles pegam firme na segunda-feira.*

Chamada do Guardião 1039474.WAV - **Data da Chamada:** 10/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991910033

Hora da Chamada: 11:36:00

Transcrição: *Mariane liga para André e é possível ouvir que antes de atendê-la André está finalizando outra ligação telefônica. Mariane, assim que é atendida, pergunta se André está trabalhando. André diz que está. Mariane pergunta se ontem foi legal. Ele diz que “bebi cachaça, fumei maconha, vomitei e fui dormir”. Mariane diz que isso acontece com ela também quando ela bebe e fuma. Em certo momento André pergunta “se precisar lá pode jogar?”. Mariane diz que claro. Ao fim da conversa, André diz que conforme o dia render financeiramente eles combinam de sair a noite.*

Chamada do Guardião 1044238.WAV - **Data da Chamada:** 10/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 991910033

Hora da Chamada: 21:01:00

Transcrição: *André liga para Mariane e em certo momento diz: “se for cair alguma coisa amanhã eu passo pra sua mãe e depois na outra a gente desconta”. No fim da conversa diz: “amanha eu faço uma, jogo lá, você usa o dinheiro sábado e depois você me dá”.*

Chamada do Guardião 1068989.WAV - **Data da Chamada:** 15/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991910033

Hora da Chamada: 12:12:00

Transcrição: *André recebe ligação de Mariane e conversam sobre assuntos particulares. Em certo momento André diz: “Se eu precisar hoje eu*

posso jogar lá?!”, **Mariane** diz: “Pode, eu to com o cartão da minha mãe, se precisar vai lá na farmácia”.

Chamada do Guardiã 1090735.WAV - **Data da Chamada:** 18/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991910033

Hora da Chamada: 13:05:00

Transcrição: **MARIANE** liga para **André** e este conta para ela que está sem trabalhar por conta do bloqueio de seu celular e que tinha combinado com **Pastor** de trabalharem junto hoje, mas ele não atende o celular.

Chamada do Guardiã 1988392.WAV - **Data da Chamada:** 13/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137503 - **Telefone do Interlocutor:** 55(93)35412660

Hora da Chamada: 17:51:00

Comentário: **André** recebe ligação de **Valkiria**, que diz que ele aceitou fazer o pagamento em juízo, porque ele sabe que não comprou e que o dinheiro será devolvido para ele. **André** diz que gerou os dados da conta da proprietária para o depósito no **Banco Bradesco, Agência 0172-4, conta corrente 39697-4, proprietária Mariane Gazeta Bueno** e o depósito deve ser no valor exato de R\$ 997,45. **André** diz que caso ela queira enviar o comprovante de pagamento por e-mail o endereço do cartório é cartóriocart.sp002@yahoo.com.br. **Valkiria** diz que irá fazer o depósito e entrará em contato com ele novamente.

Chamada do Guardiã 1912062.WAV - **Data da Chamada:** 05/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991910033

Hora da Chamada: 18:25:00

Comentário: **André** liga para **Mariane** Gazeta e pede que ela espere na linha. É possível ouvir que **André** está aplicando o golpe através da outra linha. Na conversa **André** conversa com **Valter**, que diz que já fez o pagamento. **André** pede que ele encaminhe o número de autenticação. **Valter** passa uma numeração e **André** diz que irá dar baixa no protesto e pede que dentro de 7 dias **Valter** volte a ligar, para que eles liberem ou estornem o valor. Após a ligação ser encerrada, **Mariana** diz “coitado”, ao que **André** diz que ele falou assim: “a gente acha que não existe gente boa no Brasil, mas existe sim, é o sinhô seu Álvaro”. **André** conta para **Mariana** que começou trabalhar meio-dia e que não havia conseguido nada até agora, mas que não iria desistir. **André** diz que ele fez na dela (se referindo a conta corrente de **Mariane**). **André** diz que precisa sacar esse dinheiro, R\$ 490,00 e diz que dará R\$ 50,00 para **Mariane**. Diz que vai esperar seu tio chegar para pegar o

carro e ir na casa de **Mariane** pegar o cartão para sacar o dinheiro. Continuam conversando sobre assuntos particulares.

Chamada do Guardião 1913069.WAV - **Data da Chamada:** 05/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991910033

Hora da Chamada: 20:13:00

Comentário: *André liga para **Mariane Gazeta** e diz que a senha que ela passou está errada. **Mariana** diz que a senha é **151285**. **André** diz que ela realmente tinha passado a senha errada.*

Chamada do Guardião 1913882.WAV - **Data da Chamada:** 05/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991910033

Hora da Chamada: 22:05:00

Comentário: *André liga para **Mariane** e diz que não conseguiu fazer nada no banco em Mirassol, que agora ele está em Rio Preto e que ele irá sacar o dinheiro e depois passará lá para devolver o cartão e deixar os R\$ 50,00 dela.*

Chamada do Guardião 1984767.WAV - **Data da Chamada:** 13/03/2014

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 55(17)991910033

Hora da Chamada: 12:24:00

Comentário: *André liga para **Mariana Gazeta** e diz que está fumando maconha. **André** diz que esta semana está difícil, que a **única coisa que ele ganhou foi o que entrou na conta dela**. **André** diz que ontem ele trabalhou o dia todo e não conseguiu nada.*

Chamada do Guardião 1069581.WAV - **Data da Chamada:** 15/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 991736223

Hora da Chamada: 13:14:00

Transcrição: *André liga para **Victor (Victor Valoro Seres)** e conversam sobre a **Claro ter cortado o telefone fixo deles**, a que eles usam para “trabalhar”.*

Chamada do Guardião 1069788.WAV - **Data da Chamada:** 15/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991736223

Hora da Chamada: 13:34:00

Transcrição: *Victor diz que ligou na Claro e houve 4 reclamações que ligaram dizendo que a linha estava “dando... o negócio lá, você sabe”. A atendente perguntou se eu ligava para Alagoas, se eu ligava para Montes Claros e eu disse que sim. Por esse motivo a ANATEL bloqueou a linha e que só será possível desbloquear quando a conta chegar e você reconhecer todos os números”.*

Chamada do Guardião 1069802.WAV - **Data da Chamada:** 15/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991736223

Hora da Chamada: 13:35:00

Transcrição: *(...) Victor diz “tem que esperar chegar a conta, porque está tudo bloqueado... tem que reconhecer todos os números, pagar a conta, só ai ligar lá. André diz que teria que resolver logo, porque senão vai ficar muito tempo bloqueado e ele vai ficar sem trabalhar.*

Chamada do Guardião 1069890.WAV - **Data da Chamada:** 15/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991736223

Hora da Chamada: 13:39:00

Transcrição: *André pergunta exatamente o que a Claro disse a respeito do bloqueio e Victor responde que **golpe, que o número estaria dando golpe e eles fizeram análise e o número faz diversas ligações para outros DDDs e o titular (Victor) tem um número móvel que só faz ligações para outros telefones móveis claro dentro da área. Que agora eles teriam que esperar o término da análise que ao final eles enviaram um relatório, onde o usuário terá que indicar os telefones que ele ligou. Neste momento, André diz que eles terão que negar que fizeram essas ligações, mas que ele precisa desse número funcionando logo, senão ele ficará sem trabalhar. André diz que o problema foi terem ligado para celular.***

Chamada do Guardião 1071996.WAV - **Data da Chamada:** 15/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - **Telefone do Interlocutor:** 17991736223

Hora da Chamada: 17:40:00

Transcrição: *André liga para Victor para perguntar a respeito da linha bloqueada. Diz que está precisando que libere a linha para que ele possa trabalhar. Além disso, diz que solicitará que o número seja ocultado automaticamente nas binas quando eles ligarem. Victor diz que não oculta automático, que eles tem que digitar o código ***#31** para ocultar o número.*

Chamada do Guardião 1116206.WAV - Data da Chamada: 22/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 991736223

Hora da Chamada: 17:33:00

Transcrição: *André liga para Victor e diz que trabalhou hoje e fez dinheiro, mas que o rapaz depositou agora, depois das 4 horas na lotérica e não tem cartão para sacar, só tem o nome Danilo e diz que o valor foi R\$ 400,00. André pergunta se ele foi na tia ver se chegou a conta do Claro fixo. Victor interrompe e diz que vai ligar lá pelo fixo da padaria. André diz que irá usar só esse mês de novembro, depois ela poderá cancelar. André diz que dentro de 30 dias seu nome já estará limpo de novo no SERASA. Victor diz que ela lhe disse que não chegou nada. André diz que deve chegar amanhã. André diz que vai ligar para sua mãe pedindo uns R\$ 100,00. Diz que tinha acabado de ligar para ela porque tinha pensado em usar sua conta, mas que não possível porque não tinha banco pro cliente depositar lá, só tinha lotérica. André interrompe a conversa e ao fundo é possível ouvir que André está em uma biqueira comprando maconha (verde).*

Chamada do Guardião 1076363.WAV - Data da Chamada: 16/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 10321

Hora da Chamada: 11:41:00

Transcrição: *André liga para a Embratel para resolver o bloqueio de seu telefone Claro fixo e passa para o atendente o nº (17) 2122-5912, titular Victor Varolo Seres, a ligação cai.*

Chamada do Guardião 1076408.WAV - Data da Chamada: 16/10/2013

Telefone do Alvo: 55(17)992024579 - Telefone do Interlocutor: 10321

Hora da Chamada: 11:46:00

Transcrição: *André liga novamente para a Embratel para resolver o bloqueio de seu telefone Claro fixo e novamente passa para o atendente o nº (17) 2122-5912, titular Victor Varolo Seres, CPF 404.258.658-94, Endereço Rua Padre Ernesto CEP: 15130-000, DN: 02/01/1991, Mãe: Silvia Varolo. A atendente disse que foi dado abertura na análise do bloqueio da linha e que em 5 dias eles entrarão em contato. André diz que não pode esperar tanto tempo porque ele trabalha através dessa linha.*

Chamada do Guardião 2286956.WAV - Data da Chamada: 23/04/2014

Telefone do Alvo: 55(17)991137084 - Telefone do Interlocutor: 55(17)992024579

Hora da Chamada: 18:02:00

Comentário: *André liga para Pâmela e diz que o Victor irá passar lá para deixar a conta da Claro para ele pagar e mais R\$ 400,00. André explica*

que havia dado R\$700,00 para **Victor**, mas um cliente dele tem R\$ 3.000,00 na conta do Júnior, que ele fez hoje de manhã, porque o Maurício foi trabalhar com ele hoje e ele vai sacar R\$1.000,00 e usar o cartão de Maurício para fazer o pagamento da conta de telefone. Diz ao final que vai deixar R\$ 300,00 para **Victor** porque ele emprestou o nome.

Ademais, o investigado **ANDRÉ**, ironicamente, comparou-se ao personagem *Jordan Belfort*, protagonista do filme “O Lobo de Wall Street”², ao conversar com **PÂMELA**, inclusive fazendo menção à quantidade de dinheiro que **DANIELA** ganhava com os crimes: segundo **ANDRÉ**, ele próprio seria como a referida personagem, aplicaria vários golpes, ficaria riquíssimo e somente trabalharia drogado (áudio 2400091.wav, de 08/05/2014, à 0h11min).

Diante de todo o exposto, é inequívoca a associação de **ANDRÉ**, **PÂMELA**, **MARCOS PAULO**, **VICTOR** e **MARIANE**, bem como a prática, por eles, de extorsões continuadas.

1.5. DAS EXTORSÕES PRATICADAS POR FERNANDO, vulgo “PASTOR”.

Consta, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, desde o ano de 2013, em data exata não precisada, até 25 de agosto de 2014, na cidade de Bálamo/SP, Comarca de Mirassol/SP, **FERNANDO GOVEA SALGADO**, vulgo “**PASTOR**” (acima qualificado), por dezenas de vezes, constrangeu diversas de pessoas a fazerem depósitos bancários em contas por ele indicadas, mediante graves ameaças consubstanciadas em promessas de envio dos nomes das vítimas para protestos, além das consequentes inscrições no SPC/SERASA, caso tais depósitos não fossem concretizados, com o intuito de obter, para ele, vantagens econômicas indevidas, agindo de forma continuada (artigo 158, § 1º, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal).

FERNANDO (ou “**PASTOR**”) tomou conhecimento da existência do golpe aplicado pelos demais denunciados e resolveu aplicar ele mesmo as

² Cartaz do recente filme “O Lobo de Wall Street”:



extorsões, para tanto se munindo do instrumental e documentos necessários, ou seja, linhas de telefone celular cadastradas em nome de terceiros, contas bancárias de terceiros (nas quais pudesse orientar as vítimas a depositar os numerários produtos dos golpes), e listas com nomes, telefones, endereços e demais dados de interesse de produtores rurais, aos quais poderia ligar para contar a estória do protesto, da dívida inexistente e do “depósito bloqueado”.

Ao longo da interceptação das linhas telefônicas de **PASTOR** (17-991910033, 17-991767500, 17-992116485 e 17-992652129) e **ANDRÉ** foram captadas diversas conversas entre ambos, em que fica claro que praticavam as extorsões, por vezes combinando de “trabalhar” juntos. Não obstante, **PASTOR**, por mais de uma vez, socorreu-se de **ANDRÉ** em busca de informações sobre como obter o dinheiro produto de um dos golpes, que havia sido depositado em uma das contas que **PASTOR** tinha indicado à vítima, mas que acabou bloqueada, e ambos também chegaram a cogitar adquirir juntos, de terceiros, os nomes e dados de vítimas de que tanto necessitavam para executar os crimes.

Nesse sentido, confirmam-se as seguintes conversas: [1086766.WAV](#) (17/10/2013), [1042995.WAV](#), [1043526.WAV](#) (10/10/2013), [1064380.WAV](#) (14/10/2013), [1070946.WAV](#), [1072596.WAV](#) (15/10/2010), [1078049.WAV](#) (16/10/2013), [1082732.WAV](#) (17/10/2013) e [1108547.WAV](#) (21/10/2013).

Ouvido pelo Ministério Público, **PASTOR**, em princípio, negou que aplicasse os golpes, preferindo mentir e dizer que apenas venderia produtos agropecuários. Porém, a certa altura de seu depoimento, que foi filmado, **PASTOR** passou a admitir que realmente realizava os golpes, usando a expressão “par de vezes” para se referir ao número de vezes em que conseguiu constranger as vítimas. **PASTOR** também deixou claro que praticou o golpe muitas vezes ao relatar que se valeu de diversas contas bancárias para receber o produto das extorsões, sendo essas as contas apresentadas para as próprias vítimas fazerem o depósito da falsa dívida.

Uma das contas bancárias de que **PASTOR** se valeu para receber depósito de ao menos duas extorsões bem sucedidas pertencia a *Esdra Rodrigues Gomes Nunes*, mais conhecida como “Dona Nenê”, pessoa esta que a investigação, ao final, não demonstrou ter conhecimento que **PASTOR** usava suas contas para fins ilícitos.

Sobre o uso da conta bancária de “Dona Nenê” por **PASTOR**, confirmam-se as seguintes conversas telefônicas: [2377365.WAV](#) (05/05/2014), [2377390.WAV](#) (05/05/2013) e [2388091.WAV](#) (06/05/2013).

A “mulher não identificada” (MNI) viria a ser identificada exatamente como sendo a senhora Esdra que, ouvida durante a investigação, confirmou que emprestou sua conta bancária para **PASTOR**, além de revelar que o número de seu telefone celular era (17) 99171-4970, que era a linha telefônica acima indicada como pertencente à MNI. *Esdra*, porém, negou tivesse

conhecimento do uso ilícito de sua conta por **PASTOR**, o que este confirmou ser verdade.

Durante as buscas na residência de **PASTOR** foram apreendidos vários objetos reveladores da prática das extorsões, notadamente um *pen drive* contendo dois arquivos de planilhas de Excel com as listas de dados de vítimas potenciais (nome, telefone, cidade, CNPJ/CPF, endereço), três telefones celulares, um cartão magnético Ourocard Internacional, Banco do Brasil, em nome de Edvaldo V Casarim, vinculado à conta 11.083-3, agência 6861-6; um cartão de visitas da Casa de Carnes Ricardo, com a seguinte anotação no anverso “agência 6861-6, conta 197.812-8, 24/10/64 0104”; cartão de visita da Talento Empresarial, com a seguinte anotação no anverso “PG Bradesco 29-11-36” “Itau 56-24-30” “conta Banespa 56-24-GEH” “Brasil 35-06-48 XE Ni B”; uma tira de papel com as seguintes anotações, de um lado “6861-6 Agência 6005-4 Poupança”, e, de outro, “senha DuDa 514273”; dois impressos de saldo/extrato de caixa eletrônico do Banco do Brasil, agência 6861-6, conta 8.306-2, em nome de Robson Freira Barca Filho; dois impressos de saldo/extrato de caixa eletrônico do Banco do Brasil, agência 3588-2, conta 17.545-5, em nome de Genival Pereira Silva Filho; 10 impressos de saldo/extrato de caixa eletrônico do Banco do Brasil, agência 6861-6, conta 11.083-3, em nome de Edvaldo Vieira Casarin; 1 folha de bloco de anotação do Lab Imagem Mirassol contendo as seguintes anotações “Edvaldo Vieira Casarin, RG 46.170.248-4, CPF 404.192.738-24, data de nascimento 18-06-1990, pai Clemente Alves Casarin, mãe Maria Ap de Paula Vieira Casarin, Idade 24, senha número 642320, ju-nu-p1; 50 folhas de papel em tamanho variado, algumas de cadernos, outras de agendas, contendo anotações à mão sobre nome, cidade, endereço, telefones e CPF de grande número de pessoas; 157 cópias de fichas de supostos clientes da empresa AGRO-BOVIN M.C. So-brinho ME; 106 folhas avulsas impressas com nomes, telefones, endereços, cidade e telefone de pessoas; 70 fichas de pedidos com dados de supostos clientes anotados à mão (nome, CPF, data de nascimento, inscrição estadual, endereço, telefone); uma nota fiscal da AGRODAVI Daniela Figueiredo Agropecuária, emitida em 29/11/10, contra Fernando Govea Salgado, no valor de R\$ 3.400,00; 1 fichário de cor prateada, contendo supostas “fichas de clientes” da KVS Saúde Animal; 193 “fichas de clientes avulsas”; 12 folhas de papel com pauta contendo anotações à mão de supostos clientes (nome, telefone, CPF, endereço e cidade).

De se registrar, ainda, que uma das fontes de que **PASTOR** se valeu para ter acesso a nomes de potenciais vítimas foi **CAIO VINICIUS SILVA ZANÃO**, sobre o qual se discorrerá em tópico mais abaixo.

Assim, a profusão de documentos apreendidos na residência de **PASTOR**, especialmente as fichas com os dados cadastrais de vítimas, a diversidade de anotações sobre dados de contas bancárias e respectivas senhas revelam, de forma cristalina, que foram por ele praticadas, desde pelo menos

o início de 2013 até 25 de agosto de 2014, dezenas de extorsões, todas a partir do mesmo local, valendo-se do mesmo *modus operandi*, a revelar a continuidade delitiva entre os delitos.

1.6. DA PARTICIPAÇÃO EM EXTORSÕES CONTINUADAS POR CAIO.

Consta nos presentes autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 34/13 e nas medidas cautelares dele decorrentes, que, pelo menos entre o início de 2013 e 25 de agosto de 2014, nesta cidade e Comarca de São José do Rio Preto, além de em outras localidades, como Mirassol/SP, **CAIO VINÍCIUS SILVA ZANÃO** (acima qualificado), concorreu e colaborou, de maneira essencial, prestando auxílio material consubstanciado no fornecimento de cadastros de vítimas, por dezenas de vezes, para que **FERNANDO GOVEA SALGADO (PASTOR)**, **ANDRÉ LUIS RODRIGUES FERNANDES** e integrantes do grupo criminoso liderado por **DANIELA FIGUEIREDO**, constrangessem diversas pessoas a fazerem depósitos bancários em contas por eles indicadas, mediante graves ameaças consubstanciadas em promessas de envios dos nomes das vítimas para protestos, além das consequentes inscrições no SPC/SERASA, caso tais depósitos não fossem concretizados, com o intuito de obterem, para eles, vantagens econômicas indevidas, agindo de forma continuada (artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal).

É dos autos que **FERNANDO GOVEA** e **ANDRÉ LUIS**, de maneira autônoma, realizavam ligações para diversas vítimas, com a finalidade de constrangê-las a fazer depósitos ilícitos mediante grave ameaça de envio de dívidas falsas a protesto e consequentes negativas de seus nomes (conforme condutas acima descritas). Para conferir ares de veracidade ao golpe, sendo elemento essencial e imprescindível à conduta ilícita, **FERNANDO** e **ANDRÉ** adquiriam fichas de cadastros e históricos de compras de clientes de produtos agropecuários para realizar as condutas delituosas. O mesmo expediente utilizava o grupo criminoso liderado por **DANIELA FIGUEIREDO**.

No período compreendido nos autos, **CAIO**, pessoa conhecida como vendedor de “cadastros”, era um dos indivíduos que fornecia aos demais denunciados os documentos para a aplicação dos golpes, alguns deles apreendidos na residência de **FERNANDO**, vulgo “**PASTOR**”.

Diferente de outras pessoas que também comercializam referidos cadastros³, **CAIO** nunca se interessou em saber as razões e as finalidades da aquisição deles por quem os comprava.

³ Em declarações colhidas nos presentes autos, **ANDRÉ** afirmou que **CAIO** costumeiramente vendia cadastros à **DANIELA** e, inclusive, ele próprio (**André**), por diversas vezes, já havia adquirido cadastros de **CAIO** para a prática das extorsões.

Em diálogo travado entre **CAIO** e **FERNANDO (“PASTOR”)**, por meio de interceptação telefônica judicialmente autorizada, aquele mencionou que o telefone utilizado para aplicar os golpes parou de funcionar e precisava de dinheiro para pagar as meninas que trabalhariam com a realização do delito.

Em outro trecho, **CAIO** afirmou que, por ter passado na Ordem dos Advogados do Brasil, só iria “trabalhar” aos finais de semana e que se **FERNANDO (“PASTOR”)** precisasse de alguns nomes poderia arrumar para ele, desde que não constasse das listas que costumeiramente comercializava, diálogo que evidenciou, quando menos, que **CAIO** tinha ciência plena e absoluta de que os cadastros que vendia eram utilizados como instrumentos para a prática de crimes.

E, por meio do áudio 1866512.WAV, de 26/02/2014, às 18hs35min, ficou comprovado que **CAIO** vendeu cadastros para **ANDRÉ** e que sabia da destinação ilícita que seria feita deles, tanto que **ANDRÉ** pediu que **CAIO** arrumasse mais uns 15 nomes de “gente simplesinha mesmo” e disse que precisava fazer dinheiro para poder comprar uma quantidade maior de nomes. **ANDRÉ**, inclusive, disse que pagaria a **CAIO** um valor fixo e mais uma comissão para cada nome que caísse no golpe.

Ademais, nas vezes que foi ouvido em declarações, **ANDRÉ** assegurou que **CAIO** vendeu nomes para o grupo criminoso liderado por **DANIELA FIGUEREDO**.

Portanto, ficou claro que **CAIO**, por diversas vezes e de forma continuada, concorreu para as extorsões praticadas por **FERNANDO**, **ANDRÉ** e pelo grupo criminoso liderado por **DANIELA**.

1.7. DA COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO PRATICADA POR DANIELA, ANDRÉ, FÁBIO E AILTON, DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PRATICADO DANIELA, ANDRÉ, FÁBIO, AILTON E FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO E DO USO DO DOCUMENTO FALSO POR FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO

Consta dos inclusos autos de Procedimento Investigatório Criminal que, entre os dias 21 e 22 de agosto de 2013, na Chácara “Silmara Cristina”, Município de Jaci/SP, Comarca de Mirassol/SP, **DANIELA FIGUEIREDO**, **ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES**, **FÁBIO JOSÉ BUSO** e **AILTON** (todos acima qualificados), agindo em coautoria funcional com divisão de tarefas e unidade de desígnios, um aderindo à vontade do outro, usaram de grave ameaça contra **Jéssica Nogueira de Oliveira**, pessoa chamada a intervir em expediente criminal do Ministério Público, com o fim de favorecer interesses próprios.

Consta, outrossim, do incluso Procedimento Investigatório Criminal que, no dia 22 de agosto de 2013, no período da manhã, nas proximidades

do estabelecimento industrial (TNB) em que a vítima trabalhava, na cidade de Mirassol, **DANIELA FIGUEIREDO, ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES, FÁBIO JOSÉ BUSO e AILTON**, agindo em coautoria funcional com divisão de tarefas e unidade de desígnios, um aderindo à vontade do outro, constrangeram **Jéssica Nogueira de Oliveira**, mediante promessa de causar-lhe mal injusto e grave, a assinar uma procuração para que o advogado **FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO** (acima qualificado) a representasse perante os órgãos públicos, obrigando-a a fazer o que a lei a não manda. Consta, ainda, que **FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO**, concorreu de maneira essencial para a realização de tais fatos, confeccionando a procuração utilizada para que **Jéssica Nogueira de Oliveira** fizesse o que a lei não manda.

Consta, por fim, que no dia 28 de agosto de 2013, nas dependências do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO, Núcleo São José do Rio Preto, então situado na Rua Benjamin Constant, 3821, neste Município e Comarca de São José do Rio Preto, **FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO** fez uso da procuração acima indicada, que sabia ser falsa.

É dos autos que, nas circunstâncias de tempo e local descritas, **DANIELA, ANDRÉ, FÁBIO e AILTON e Jéssica** associaram-se para a prática de crimes de estelionato nessa região, valendo-se de fraudes perpetradas por meio de telefone para ludibriar as vítimas, convencendo-as a depositar valores em contas correntes de terceiras pessoas (“laranjas”), conforme exaustivamente acima explanado.

Ocorre que, em certo momento, após decidir não mais compactuar com as práticas criminosas desempenhadas pelo grupo criminoso liderado por **DANIELA, Jéssica** compareceu no GAECO de São José do Rio Preto, acompanhada pelo Policial Militar Ismael, e, ouvida separadamente, delatou todo o esquema criminoso.

Quando os antigos parceiros tiveram conhecimento de que **Jéssica** teria se ausentado da cidade para denuncia-los, **DANIELA, ANDRÉ, FÁBIO e AILTON** passaram a ameaçar a vítima afirmando que era para ela retirar as “denúncias” contra a organização ou que era para ela assumir toda a responsabilidade pelos crimes realizados pelo ajuntamento criminoso, sendo certo que as ameaças perpetradas visavam a beneficiar o grupo criminoso na investigação criminal que fora deflagrada naquela Promotoria de Justiça Especializada.

As ameaças foram realizadas em benefício da formação criminosa por **DANIELA e FÁBIO**, com a ciência e aprovação dos comparsas, por meio de inúmeras ligações, mensagens e pessoalmente fazendo afirmações veladas como: “*lembra de seus filhos*”.

Ademais, na frente dos presentes e do marido de **Jéssica**, **DANIELA** ligou para **FERNANDO**, advogado de sua confiança, para que informasse o procedimento a ser adotado e resolvesse a questão. Como já era tarde, **FERNANDO** afirmou que conversaria com todos, em especial com **Jéssica**, no dia seguinte.

No dia seguinte, quando **Jéssica** estava em seu local de trabalho, compareceram ali **DANIELA**, **ANDRÉ**, **FÁBIO** e **AILTON**, num veículo GM/Ágile preto, munidos de um documento com espaços em branco para que **Jéssica** preenchesse seus dados pessoais e o assinasse.

Posteriormente, **Jéssica** veio a saber que o documento em questão era uma procuração que constituía **FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO** como seu procurador, dando-lhe amplo acesso a eventuais depoimentos prestados por ela perante algum órgão público.

Como estava em seu horário de almoço, **Jéssica** foi conduzida até o veículo onde estavam **DANIELA** e seus comparsas e foi constrangida a assinar o documento pelos presentes. Assustada pela forma de abordagem e pela superioridade numérica dos presentes, **Jéssica** tomou o documento e o assinou sem conhecer a integralidade do seu teor, compondo documento particular falso em que as declarações nele contidas não correspondiam com a veracidade, sendo certo que **Jéssica** não conhecia, não procurou, não autorizou e nem constituiu **FERNANDO GABRIEL NAME FILHO** como seu advogado para representá-la perante qualquer órgão público.

No mesmo dia em que a procuração foi “assinada”, o advogado **FERNANDO GABRIEL NAME FILHO** compareceu no prédio do GAECO e, mesmo sabendo que o documento que lhe conferia autorização para ter acesso aos autos era falso, pois nunca mantivera contato com **Jéssica**, fez uso dele, protocolando-o nesse núcleo especializado (fl. 33).

Curioso observar que o nome de **Jéssica** foi escrito erroneamente no instrumento, dele constando **Jéssica Fernanda Nogueira**, quando seu nome, na verdade, é **Jéssica Nogueira de Oliveira**.

FERNANDO GABRIEL NAME FILHO tinha completo conhecimento da falsidade da procuração que lhe teria sido outorgada por **Jéssica**, pois esta, efetivamente, jamais o contratou para serviço algum, o que ele bem sabia, e, não obstante o conhecimento da falsidade, usou o documento para se apresentar no GAECO como suposto advogado de **Jéssica**, com o exclusivo fim de, tendo acesso às declarações dela, poder informar o seu conteúdo à chefe da organização criminosa (**DANIELA**), e, assim prejudicar a eficiência da investigação que havia acabado de se iniciar, somente não tendo o sucesso esperado no que toca à revelação da existência da investigação porque foi empregado pelos Promotores de Justiça do GAECO um recurso de desinformação em desfavor do advogado, a quem não foi dado acesso ao depoimento de **Jéssica**.

2. PEDIDO

Diante de todo o exposto, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio dos Promotores de Justiça integrantes do GAECO núcleo São José do Rio Preto, denuncia, a Vossa Excelência:

1) **DANIELA FIGUEIREDO** como incurso no artigo 2º, *caput*, e § 3º, da lei 12.850/13, no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, no artigo 146 e § 1º, do Código Penal e no artigo 344, também do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

2) **FÁBIO JOSÉ BUSO** como incurso no artigo 2º, *caput*, da lei 12.850/13, no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, no artigo 146 e § 1º, do Código Penal, e no artigo 344, também do Código Penal, estes combinados com o artigo 29, do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

3) **AILTON PASSOS SANTOS** como incurso no artigo 2º, *caput*, da lei 12.850/13, no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, no artigo 146 e § 1º, do Código Penal, e no artigo 344, também do Código Penal, estes combinados com o artigo 29, do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

4) **THAIS VILLELA BORGES** como incurso no artigo 2º, *caput*, da lei 12.850/13, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

5) **ANA CAROLINA NOGUEIRA** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

6) **JÉSSICA NOGUEIRA DE OLVEIRA** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

7) **ALVIR BARBOSA BATISTA** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

8) **ANDRÉ LUIZ RODRIGUES FERNANDES**, como incurso, por três vezes, no artigo 288, *caput*, do Código Penal, no artigo 158, § 1º, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, no artigo 146 e § 1º, do Código Penal, e artigo 344, também do Código Penal, estes combinados

com o artigo 29, do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

9) **JESSICA FERNANDA COSTA DELATIM MUNHOZ OLIVEIRA** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

10) **MARCOS ANTÔNIO MEIRA MARTIN** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

11) **WILLIAM DIAS PEREIRA** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

12) **FERNANDO GOVEA SALGADO (PASTOR)** como incurso no artigo 158, § 1º, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal;

13) **CAIO VINÍCIUS SILVA ZANÃO** como incurso no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal;

14) **PÂMELA CAMILA GOMES MOREIRA** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

15) **MARCOS PAULO RODRIGUES DE OLIVEIRA** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

16) **VICTOR VAROLO FERES** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

17) **MARIANE GAZETA BUENO** como incurso no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal;

18) **CREUZA FERREIRA DE SOUZA CRIPPA** como incurso no artigo 158, § 1º, combinado com o artigo 29, § 2º, e com o artigo 171, *caput*, por reiteradas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal;

19) **FERNANDO GABRIEL NAMI FILHO** como incurso no artigo 304, combinado com o artigo 298, e no artigo 146 e § 1º, combinado este com o artigo 29, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

Requeremos, ainda, que, registrada e autuada esta, sejam eles notificados para se defenderem previamente por escrito e, após o recebimento da denúncia, citados, interrogados e processados, ouvindo-se as pessoas abaixo arroladas, observando-se o rito ordinário, e, ao final, condenados, lançando-lhes os nomes no rol dos culpados e decretando-se a perda dos bens e valores apreendidos/arrestados.

Rol das 6 (seis) Testemunhas:

1. *PoliciaI Militar Ismael Soares da Silva*, fl. 14;
2. *Rafael Gonçalves Prates*, servidor do Ministério Público lotado no GAECO núcleo São José do Rio Preto/SP;
3. *Esdra Rodrigues Gomes Nunes*, fl. 700;
4. *Otávio Nunes*, fl. 705;
5. *Fabiano Cereto de Carvalho*, fl. 747.
6. *Rubens Gomes, advogado*, fl. 39.

São José do Rio Preto, 12 de setembro de 2014.

JOÃO SANTA TERRA JÚNIOR

Promotor de Justiça Designado ao GAECO – Núcleo S. J. do Rio Preto

EVANDRO ORNELAS LEAL

Promotor de Justiça Designado ao GAECO – Núcleo S. J. do Rio Preto

PAULO CESAR NEUBER DELIGI

Promotor de Justiça Designado ao GAECO – Núcleo S. J. do Rio Preto

MARCO AURÉLIO BERNARDE DE ALMEIDA

Promotor de Justiça Substituto Designado GAECO – Núcleo S. J. do Rio Preto



Difusos e Coletivos

Combate a irregularidades em comunidades terapêuticas, através da Ação Civil Pública

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA VARA DISTRITAL DE VARGEM GRANDE PAULISTA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por sua representante, a Promotora de Justiça de Vargem Grande Paulista com atribuições atinentes à defesa dos Direitos Humanos e dos Direitos Individuais e Sociais Indisponíveis, vêm mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal; artigos 1.º e 5.º da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública); artigo 91 e seguintes da Constituição do Estado de São Paulo; artigo 103, inciso VIII, da Lei Complementar n.º 734/93 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo); disposições da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); nas disposições da Lei n.º 8.078/90 (Código do Consumidor), bem como com supedâneo nas peças de informações inseridas no Inquérito Civil n.º 30/09, vem propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** com pedido de antecipação dos efeitos da tutela contra “**CLÍNICA ALVORADA**” (**COMUNIDADE TERAPÊUTICA ALVORADA**) CNPJ 054.808.881/0001-09, situada na Rua Gonçalves Dias, nº 19, bairro do Carmo, Vargem Grande Paulista, representanda por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

I. INTRÓITO

Inicialmente impende anotar que, em que pese a primeira requerida ser denominada “clínica”, na verdade se trata de Comunidade Terapêutica, regulamentada pela RDC nº 29/2011, da ANVISA, conforme documentação que instrui esta inicial.

Referida resolução estabelece o Regulamento Técnico e disciplina as exigências mínimas para o funcionamento de serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas, segundo modelo psicossocial. Tais instituições são também conhecidos como **Comunidades Terapêuticas**.

É clara a finalidade social e assistencial de tais institutos.

Serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas (SPA), em regime de residência ou outros vínculos de um ou dois turnos, segundo modelo psicossocial, são unidades que têm por função a oferta de um ambiente protegido, técnica e eticamente orientados, que forneça suporte e tratamento aos usuários abusivos e/ou

dependentes de substâncias psicoativas, durante período estabelecido de acordo com programa terapêutico adaptado às necessidades de cada caso.

As comunidades terapêuticas são lugares cujo principal instrumento terapêutico é a convivência entre os pares. Oferece uma rede de ajuda no processo de recuperação das pessoas, resgatando a cidadania, buscando encontrar novas possibilidades de reabilitação física e psicológica, e de reinserção social.

Os estabelecimentos assistenciais de saúde, **que possuem procedimentos de desintoxicação e tratamento de residentes com transtornos decorrentes do uso ou abuso de SPA**, que fazem uso de medicamentos a base de substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicos e outras sujeitas ao controle especial, as chamadas Clínicas de Recuperação, estão submetidos à Portaria SVS/MS n.º 344/98 - Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial e suas atualizações ou outro instrumento legal que vier substituí-la.

Nas comunidades terapêuticas, a responsabilidade técnica pelo serviço junto ao órgão de Vigilância Sanitária dos Estados, Municípios e do Distrito Federal deve ser de técnico com formação superior na área da saúde e serviço social. Em tais estabelecimentos, em que não há a prescrição de medicamentos, podem ser admitidas pessoas usuárias de remédios controlados, porém os pacientes deverão trazer as prescrições de seus médicos particulares e a entidade assumirá a responsabilidade pela administração e guarda do medicamento, nos termos do receitado.

Para os Serviços que atendem dentro do modelo psicossocial, **respeitado o critério de voluntariedade** e não discriminação por nenhum tipo de doença associada, não haverá restrições quanto ao grau de comprometimento para adesão e manutenção do tratamento. A admissão será feita mediante prévia avaliação diagnóstica, clínica e psiquiátrica, cujos dados deverão constar na Ficha de Admissão.

As pessoas em avaliação que apresentarem grau de comprometimento grave no âmbito orgânico e/ou psicológico não são elegíveis para tratamento nestes serviços, devendo ser encaminhados a outras modalidades de atenção, no caso, para clínicas especializadas. Recomenda-se a Comunidade Terapêutica para paciente com comprometimento leve ou moderado.

II. DOS FATOS

A requerida Clínica Alvorada era objeto de investigação do Inquérito Civil nº 30/2009.

No mês de outubro de 2009 aportou nesta Promotoria de Justiça denúncia anônima informando que a Clínica Alvorada estaria recebendo tratamento involuntário e voluntário, encarcerando os pacientes e ministrando

medicação altamente controlada, o que fazia com que os internos permanecessem sedados a maior parte do tempo.

Em novembro do mesmo ano a então Promotora de Justiça esteve no local (fls. 08) e constatou que não havia indícios suficientes de que denúncia anônima que ensejou a instauração deste IC procedia – fls. 10.

Não obstante, e atendendo a requisição ministerial, a Vigilância Sanitária esteve no local e também concluiu pela inexistência de elementos indicativos da existência do quanto relatada ao Ministério Público na delação inqualificada (fls. 27).

Tal fato foi corroborado pelo interrogatório prestado em juízo por Pedro Ernesto Stumm Gonçalves Roriz Mendes Domenici (fls. 35/36), ex interno da referida clínica.

O CRM manifestou-se a fls. 41/44.

Foi assim que em maio de 2010 o Ministério Público elaborou uma **RECOMENDAÇÃO** para a Clínica Alvorada para que os profissionais da saúde não prescrevessem prazo determinado para as internações, tendo em vista que o período necessário não pode ser diagnosticado *a priori*; Outrossim, recomendou-se que eventuais internações involuntárias fossem comunicadas ao Ministério Público, por meio de relatório circunstanciados, nos termos da legislação vigente, assim como se informasse o quadro clínico de cada paciente internado, a cada 60 dias.

Foi assim que a fls. 109/674 foram juntados relatórios clínicos dos internos.

Após estes fatos, o Conselho Regional de Psicologia foi até o local realizar visita, mas os requeridos negaram acesso aos prontuários dos pacientes.

Quando esta subscritora assumiu esta Promotoria de Justiça, iniciou-se um processo de fiscalização mais intenso (fls. 698-701).

Vários documentos foram enviados pela referida clínica, e juntados ao Inquerito Civil, sendo certo que os projetos terapêuticos dos pacientes eram enviados com frequência.

Não obstante, e tendo em vista as peculiaridades do caso em questão, em julho de 2012 oficiou-se ao Conselho Regional de Enfermagem e ao Conselho Regional de Psicologia solicitando vistoria no local (fls. 1051). Foi então que o Conselho Regional de Psicologia relatou diversos atos ilegais que estariam sendo praticados no interior da clínica (fls. 1072). A Clínica Alvorada foi notificada das irregularidades apontadas pelo Conselho Regional de Psicologia e notificada para saná-las.

Alguns meses depois, em 2013, aportou nesta Promotoria de Justiça denúncia concreta de eventuais abusos cometidos no interior da clínica (fls. 1098/1103) tendo esta subscritora requisitado a imediata apresentação da eventual vítima, *João Pedro Vilaboin Souza*, a esta Promotoria e posterior entrega aos responsáveis. Foi visível o estado de sedação em que a vítima

se apresentava, sendo certo que foi conduzida até a Promotoria pelo proprietário do local.

Até então, o que se verificava era a regularidade do estabelecimento.

Depois deste fatos, todos os documentos referentes a *João Pedro Vi-laboin Souza* foram enviados pela clínica e juntados aos autos. *João* foi internado na referida clínica por ordem judicial (fls. 1278).

Desde então a Vigilância Sanitária e esta subscritora intensificaram as fiscalizações no local. Em razão disso, em agosto de 2013, referido Órgão informou aos requeridos que eles não possuíam autorização legal para receber internações **involuntárias**, haja vista sua natureza de Comunidade Terapêutica. (fls. 1331).

Este Órgão então solicitou que os requeridos remetessem toda a documentação existente na Clínica acerca de internações involuntárias, a fim de instruir o Inquérito Civil.

Ocorre que, depois que a Vigilância informou que o local não poderia receber internações involuntárias, a Clínica **deixou** de comunicar ao Ministério Público referidas internações, posto que havia “**transformado**” as **internações involuntárias em voluntária**, fazendo com que os internos assinassem um documento aceitando o tratamento.

Ouvido a fls. 1337, o requerido Luiz Dalmon, acompanhado de seu advogado confirmou que sempre foi Comunidade Terapêutica e que, de fato, não admite internações involuntárias. **Fazia as comunicações ao Ministério Público por “excesso de zelo” em relação às internações voluntárias.**

Foi anexado a relação dos internos com respectivo termo de voluntariedade assinado por cada paciente.

Devidamente oficiada, a Vigilância Sanitária informou que os pacientes que estavam na Clínica de maneira involuntária, assinaram um termo de conversão da internação involuntária em voluntária (fls. 1457).

O COMAD (Conselho Municipal Anti-Drogas) realizou vistoria no local (fls. 1475).

Neste meio tempo, e com o escopo de regularizar a atividade realizada pelas Clínicas que recebem dependentes químicos para tratamento, atividade de relevante interesse social, foi realizada uma reunião entre Ministério Público, Defensoria Pública e FEBRADEQ (Federação Brasileira das Organizações de Atendimento a Dependência Química), representada pelos advogados José Carlos B. Cury e Silvio José M. Neto, com a participação da Vigilância Sanitária (ata a fls. 1479).

O objetivo da citada reunião era traçar diretrizes a serem seguidas quanto às Comunidades Terapêuticas da cidade. Deliberou-se a realização de uma primeira diligência conjunta a ser realizada na Clínica Restauração, diligência que foi concretizada e que culminou com o ajuizamento de Ação Civil Pública para seu fechamento, tendo em vista as inúmeras irregularidades ali constatadas.

Antes que fosse feita visita de inspeção por parte de referido grupo nas outras clínicas da região, como a ora ré, em 31/03/2014, este Órgão recebeu ligação da Vigilância Sanitária informando que estava realizando visita de fiscalização no local, quando os internos se rebelaram e começaram a relatar violências sofridas no interior da clínica e exigiam a presença desta subscritora.

Chegando ao local, foram constatadas diversas irregularidades.

Em conversa com internos, alguns deles informaram que haviam ido para o local a força, por meio de “resgate”, que consistia em ser “sequestrado” por terceiros, por ordem da clínica, onde quer que estivessem, serem sedados, jogados no interior de um veículo, e levados para o interior do estabelecimento, onde eram submetidos ao “tratamento”.

Narraram tais pacientes que eram humilhados diariamente, ofendidos, sofriam violência física, eram medicados ao bel prazer dos requeridos. Afirmaram ainda que ficavam trancados em quartos, que tinham seus tratamentos estendidos como forma de “punição” e tinham pouco ou nenhum contato com a médico psiquiatra.

Além das violências e agressões sofridas, o local estava demasiadamente sujo e havia um número insuportável de insetos, inclusive no refeitório.

Em razão de todas essas irregularidades, a Vigilância Sanitária **INTERDITOU totalmente** o local até se fosse ele regularizado. Em razão disso, deferiu-se o prazo administrativo de 24 horas para a realocação dos internos, posto que a clínica não tinha mais aptidão de prestar o serviço que oferecia.

No momento da interdição estavam presentes os requeridos XXX e XXXXX, responsável técnica e responsável legal pela Clínica Alvorada. Assim, tendo em vista a interdição e a responsabilidade deles pelos pacientes, a eles incumbia realoca-los, seja para os respectivos núcleos familiares, os que pudessem receber alta, ou para outras clínicas as suas expensas, os que não pudessem interromper o “tratamento”.

O que levou à interdição administrativa do local é ultrajante, como se verifica do relatório juntado pela Vigilância Sanitária, entretanto, não é só.

Passa-se, pois, a pormenorizar as **violações da dignidade e dos direitos humanos encontradas e praticadas no local.**

1. AUSÊNCIA DE LAUDO MÉDICO PRÉVIO E IDÔNEO RECOMENDANDO A INTERNAÇÃO

Preceitua a Lei nº 10.216/01, em seu artigo 6º, que, para que haja a internação, é indispensável a existência de **laudo médico prévio, circunstanciado**, que indique os motivos da internação.

Tal documento médico é exigido, uma vez que a política atual de tratamento de pessoas que apresentam diagnóstico relacionado a saúde mental

diferenciada **é inclusiva, diferente da outrora adotada de segregação e internação asilar.**

Toda e qualquer pessoa que apresente um diagnóstico que indique cuidados especiais deve ser tratada dentro do corpo social e familiar. De há muito já se afastou a ideia de segregação do “diferente”. A sociedade deve conviver com as diferenças e não afastá-las para ignorá-las.

Não é por outro motivo que o artigo 4º, do mesmo diploma legal, determina que a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Aliás, é neste sentido também a Portaria n.º 2391/GM, de 2002, em seu artigo 2º, impõe que **a internação psiquiátrica somente deverá ocorrer após todas as tentativas de utilização das demais possibilidades terapêuticas e esgotados todos os recursos extra-hospitalares disponíveis na rede assistencial, com a menor duração temporal possível.**

De se consignar que **a internação é ato médico e não mera deliberação do paciente, de seus familiares ou de eventuais responsáveis por clínicas ou comunidades terapêuticas.**

Ora, ainda que haja voluntariedade, é indispensável, como se verifica pelas normas que regem a matéria, que haja um laudo médico que recomende a internação, afinal, **trata-se de medida extrema e segregacionista. Não pode uma pessoa, ainda que no livre e desembaraçado exercício de suas faculdades mentais, resolver, sem qualquer ordem médica, entrar em um socômio e solicitar na recepção que seja internado.**

A internação, seja em qual modalidade for, mas principalmente as internações psiquiátricas e para tratamento de síndromes derivadas do uso e abuso de substâncias psicoativas, depende não só do esgotamento das vias extra-hospitalares, mas também da ordem de um médico que, tendo acompanhado as tentativas de solução da dependência e sendo tecnicamente capacitado para avaliar a necessidade ou não de intensificação do tratamento, decida se é o caso de recomendar, **por meio de laudo médico circunstanciado, a internação.**

Recomendada a internação, como determina o caput, do artigo 6º, da Lei nº 10.216/01, aí sim deverá se indagar qual a modalidade de internação poderá ser feita, tomando-se por base a aderência do paciente ao tratamento.

Não é por outro motivo, frise-se, que o legislador explicitou as modalidades de internação em incisos do artigo 6º, que exige o laudo para TODAS as internações.

Some-se a isso que **não basta mera análise, a posteriori, por psiquiatra da clínica/comunidade terapêutica,** vez que o laudo que recomenda a internação deve tomar por base todo o tratamento que o paciente já vinha ou deveria vir se submetendo.

No caso da comunidade terapêutica ora ré, verifica-se que SOMENTE quando da chegada do paciente à clínica é que havia uma avaliação psiquiátrica, feita pela requerida MI AH QIM, médica da própria clínica, indicando que “efetivamente” era caso de segregação.

De fato, o que existia, era mera “legitimação” pelos requeridos da vontade dos familiares de internarem seus parentes.

Aliás, deve ser anotado que as recomendações drásticas de internação feitas pela própria requerida XXXXXXXX foram pessoalmente descaracterizadas pelo requerido XXXXXXXX, assistido por seu advogado Fábio, dentro desta Promotoria de Justiça, quando disse que na verdade o que constava das “recomendações” era apenas “excesso de zelo”, posto que os pacientes é que queriam se internar.

2. ACEITAÇÃO DE PACIENTES PARA INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA

As comunidades terapêuticas, conforme definidas, não tem autorização legal para receber internações involuntárias. Ainda que o paciente, com laudo médico, se apresente espontaneamente para tratamento, se, após determinado período, não mais demonstrar interesse em lá permanecer, deve ser desligado do tratamento, já que a continuidade deste implicaria em imposição (involuntariedade).

Com a reorganização da atenção psicossocial no âmbito do Sistema Único de Saúde, disciplinada pela **Portaria GM/MS n. 3.088, de 23 de dezembro de 2011**, as comunidades terapêuticas foram reconhecidas como componentes da rede de atenção, na qualidade de “serviços de saúde de atenção residencial”, cuja importância não se questiona à vista dos relevantes serviços que prestam em saúde mental, especialmente para portadores de dependência química em decorrência de uso de substâncias psicoativas.

Não obstante, não podem oferecer leitos de internação e seus serviços não devem substituir a assistência hospitalar, quando esta for necessária¹.

Esta problemática, aliás, já fora antevista pela **Resolução da Diretoria Colegiada/ANVISA nº 29/2011**, preconizando que a permanência de qualquer usuário (ou residente) somente pode ser feita com o seu consentimento expresso:

Art. 15. Todas as portas dos ambientes de uso dos residentes devem ser instaladas com travamento simples, sem o uso de tranças ou chaves.

(...)

¹ Of. Circular nº 17/12-CAO/Saúde-i. Ministério Público do Estado do Paraná - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção à Saúde Pública.

Art. 19. No processo de admissão do residente, as instituições devem garantir:

(...)

III - a permanência VOLUNTÁRIA;

IV- a possibilidade de interromper o tratamento a qualquer momento, resguardadas as exceções de risco imediato de vida para si e ou para terceiros ou de intoxicação por substâncias psicoativas, avaliadas e documentadas por profissional médico;”

Na obra “**Direito Sanitário**”, os autores Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos bem **sintetizam a essência dos trabalhos das comunidades terapêuticas:**

Há que se observar, no entanto, que se a **comunidade terapêutica tem como política reitora a voluntariedade do tratamento**, que pode ser interrompido a qualquer momento pelo residente, não pode ela manter o residente, involuntariamente. A própria resolução determina que **as portas do edifício que abriga a comunidade sejam equipadas com travamento simples, o que torna incompatível com o albergamento de residentes involuntariamente**. A internação involuntária, assim como a compulsória deve ser direcionada a estabelecimentos especiais dotados de equipes técnicas especializadas para o tratamento de pacientes, que apresentam tal comprometimento, ou seja, risco imediato a intoxicação por drogas psicoativas, bem como à vida do paciente ou de terceiros.

Os requeridos, no entanto, oferecem “tratamento involuntário” e, para tanto, inclusive, oferecem serviço de “resgate”, que nada mais é do que “sequestrar” o paciente e obrigá-lo, sob as mais diversas formas espoliativas, a se submeter ao “tratamento”.

Os requeridos já sabiam que não poderiam receber internações psiquiátricas, vez que o CNES que possuem aponta que são uma **comunidade terapêutica de atendimento ambulatorial de demanda espontânea**. Entretanto, continuavam a ludibriar os pacientes, seus familiares e até mesmo este Órgão, que começou sua investigação em razão de denúncias de maus tratos e não da irregularidade das internações.

Depois de serem notificados formalmente pela Vigilância Sanitária, que justamente visava a cientificar os requeridos de que, caso mantivessem pacientes em internação involuntária seriam interditados, **os réus “converteram”, as internações involuntárias em “pseudo internações voluntá-**

rias”. É dizer, obrigaram os pacientes a assinar um documento no qual declaravam a voluntariedade do tratamento, embora, de fato, continuassem a ser involuntários.

Entretanto, os requeridos voltaram a realizar internações involuntárias, ignorando os mandamentos legais e infralegais, e comunicaram algumas destas internações a este Órgão, que munuiu-se desta documentação para o ajuizamento desta ação civil pública.

3. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO

Os requeridos seguem odioso *modus operandi* para obrigar pacientes a se submeterem ao tratamento.

Conforme se pode verificar dos depoimentos juntados, escritos pelos próprios pacientes, muitos são “resgatados” e trazidos para o interior da clínica, onde são amarrados, agredidos e medicados, a fim de que se submetam, à força, à “terapêutica”.

Os depoimentos demonstram que os requeridos, ao arrepio das normas legais que regulamentam as internações, e em total descaso com os direitos da pessoa humana, praticavam mercenariamente o sequestro de pessoas para submetê-las às formas mais espoliativas de humilhação, agressão e tortura.

Não bastasse tais hediondas irregularidades e ilicitudes, havia ainda a proibição dos internos de deixarem o local quando assim desejassem e, para tanto, eles eram trancados no interior de um quarto “do pânico”, que era cercado por grades e que sequer tinha um vaso sanitário em condições mínimas de usos.



Figura 1: “Banheiro” do “Quarto do Pânico”

Não se trata de conjecturar acerca de violações de direitos humanos e fundamentais. **As irregularidades e ilicitudes são flagrantes.**



Figura 2: “Quarto do Pânico” e atadura com sujidades semelhantes à machas hemáticas

Quando encarcerados os pacientes ainda eram amarrados e espancados.



Figura 3: Interno demonstrando como eram amarrados no “quarto do pânico”

Aliás, todas as noites os pacientes também eram trancados em seus quartos e proibidos de sair até que fossem liberados pela manhã. Como não podiam ter acesso a isqueiros para fumar durante o longo período em que permaneciam presos, os pacientes, em todos os quartos, **acendiam os ci-**

garros provocando faíscas na lâmpada do quarto. Anote-se que todos os quartos tem forro de madeira.

As janelas dos quartos são trancadas com travas de ferro e os pacientes, segundo relatos, ficam sem ventilação.



Figura 4: Pregos utilizados para trancar as janelas dos quartos dos internos

Para mais, ainda aqueles que chegavam voluntariamente ao local não poderia deixar o “tratamento” se quisessem.



Figura 5: Porta e grade que fechavam o “quarto do pânico”

A liberdade é um direito fundamental assegurado expressamente pela Constituição da República, assim como a possibilidade de cada ser humano se autodeterminar: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (art. 5º, inciso II, da CRFB). É justamente em razão da liberdade constituir-se em núcleo fundamental do exercício de direitos que ela, inclusive, é tutelada, em sede infraconstitucional, pelo diploma repressor.

Grande parte dos pacientes que ali se encontravam, como os que já se citou, não só foram obrigados a sair de suas casas e do seio de sua família, de forma violenta, como também não podiam sequer circular pelo interior da clínica, quando assim determinado pelos requeridos, ou deixá-la quando quisessem.

Neste momento, oportuno citar o relato do autor **David Rousset**, ex-prisioneiro de Buchenwald, que descreveu no livro *Les Jours de notre morte – 1947*: “*O triunfo da SS exige que a vítima torturada permita ser levada à ratoeira sem protestar, que ela renuncie e se abandone a ponto de deixar de afirmar sua identidade. (...) eles sabem que o sistema que consegue destruir suas vítimas antes que elas subam ao cadafalso, é incomparavelmente melhor para manter todo um povo em escravidão. Em submissão*”.

Mutatis mutandis, e com as devidas proporções, o que se verificou existir dentro da instituição ré é deplorável. Os próprios internos, diante de tão degradante tratamento diário e perene, acabavam por sucumbir e submeter-se, sem possibilidade de salvação, à tamanha desumanidade.

4. AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS

Durante todo o período em que os pacientes eram submetidos ao “tratamento” ofertado pelos requeridos, eram eles submetidos à agressões físicas e verbais, bem como toda a espécie de tortura psicológica, **a fim de que se anulassem ao ponto de nada mais fazerem, apenas cumprir.**

Seguem trechos de alguns dos relatos:

*“Há tratamento de contenção e métodos abusivos, prática de submissão à ordens, sujeito a castigos tipo – prisão em cela com grades, medicamentos que deixam o interno incapaz de defesa, **agressão física pelos seguranças e humilhação constante**, telefonemas assistidos por conselheiros, no viva voz, sendo imediatamente desligado face à alguma reclamação, concluindo em perda de visita ou telefonema”*

*“Eu vim de um hospital psiquiátrico devido ao meu alcoolismo, **me transferiram de resgate para cá**, aqui eu não tive visitas e nem telefonemas, eles falam que por mal comportamento. Eu estou involuntário”.*

“Eu estou aqui involuntariamente, deveria sair de alta médica, fiquei sabendo disso depois de 1 mês e 25 dias, vi pessoas sendo dopadas, e também fui dopado durante um mês. (...) Fui resgatado”.

“Não sou voluntário. Estou na clínica há 04 meses e mal posso falar com os meus familiares. Vi muitas atrocidades acontecerem aqui, como bater em colegas pacientes, prender na contenção. Além de pegarem nossos alimentos que os familiares trazem”.

“Aqui o que vejo é que por poucas coisas eles dopam as pessoas. Isso não faz sentido na recuperação. A recuperação sobre pressão não existe. Eu vim de vontade própria e notei que aqui não existe nada que eles prometem para nós. Eu quero ir embora daqui antes que eu saia revoltado, porque vai ser pior. (trecho ininteligível) muitas coisas erradas dentro dessa clínica, só que a gente não tem direito de falar nada, porque a gente é um adicto.”

“Fui medicado (dopado), amarrado e sofri agressão física em locais do corpo que não fica marca e as psicólogas manipulam a família falando que o paciente não está pronto para ir embora, pois a mensalidade é R\$ 7.000,00 e tentam segurar o paciente o maior tempo possível. Na hora de dormir trancam os quartos e as janelas e os pacientes ficam sem ventilação. Não tem médico de plantão e falam para a família que sim, em fim a partir do momento que o paciente entra na Clínica Alvorada começa a tortura e mesmo o paciente pronto para ir embora manipulam falando mentiras como “seu filho tá com abstinência, se sair vai usar droga”, pura manipulação”.

“Cheguei de resgate, fui acusado de um roubo de celular sem provas, fui para contenção, me agrediram e quero ir para casa e resolver com minha família para ir para casa”.

“Segue denúncia de maus tratos, tortura de pacientes e cárcere privado dentro da clínica Alvorada por várias vezes vi pacientes sendo agredidos física e psicologicamente por funcionários e um dele é identificado por Luiz Cuma no qual bate e amarra pacientes na contenção. Ficamos também trancados no quarto por mais de 13 horas com risco de sofrer um mal súbito. Psiquiatra e psicólogos manipulam nossas famílias e o contrato de tratamento é de seis meses e tem pessoas que já estão aqui a mais de um ano”.

“Fui agredido pelo resgate em minha casa. Estou aqui contra a minha vontade. Assinei papel sob efeito de remédios e ameaças na enfermaria. Não tenho direito a ligações para minha família. Quero ir embora, mas não me deixam ir embora”.

“Arbitrariedades: somos trancados nos quartos as 21h30 e somos liberados somente as 07h30. (...)”

“(...) Amigos que ficam contidos sofrem agressões físicas dentro de um quarto de portas trancadas e amarrados na cama para que não re-

ajam. Portas e janelas dos quartos trancados a chaves e parafusos onde não temos a liberdade de fumar um cigarro ou mesmo ter contato com as estrelas do céu. Me encontro em um cárcere e não em recuperação.”

“Venho através deste comunicar que estou involuntário e fui obrigado a tomar medicamentos que desconheço e agredido nesta clínica Alvorada (...).”

“Usuário de crack, descobri que minha namorada estava grávida, pedi ajuda a minha mãe e vim removido pela READ, remoções até a clínica Alvorada. No primeiro mês fui excessivamente medicamentado e tive impregnação de remédios, onde meus músculos ficaram atrofiados. Já possui 6 meses de internação e presenciei várias atrocidades dentro da clínica. No meu quarto mês, desmaiei e fiz um corte no rosto por excesso de remédios. Desde esse episódio comecei a ter várias convulsões, um deles eu tive cinco convulsões em uma semana. Outro episódio tive cólicas renais agudas e só depois de uma semana de dor constate, fui removido para o hospital.”

“(...) Somos coagidos de todas as formas, desde nos tirarem cigarro do dia até as mais violentas torturas em cela preparada para isso. Vivemos sobre tensão e medo e dessa forma não existe tratamento que tenha funcionalidade. Cheguei aqui há três meses e meio involuntariamente e com 15 dias consegui fugir. Capturaram-me em pouco tempo e me levaram para a cela que se localiza no quarto 7. Torturaram-me depois de amarrado com socos e tentando quebrar meus dedos. Isso me causou um grande trauma”.

“fui “persuadido” na força para assinar um papel que eu concordava com a internação (torção de braço e tapa na cara). Fui ameaçado pela psicóloga Daniela; no telefone ela disse que se eu falasse, me passaria para a psiquiatra Mi para me dopar. Vim de resgate”.

“fiquei na contenção (solitária) 4 dias. Presenciei, vi muita gente apanhar porque tentou fugir. Pessoas mijam, urinam na cama por efeito de remédio. Pessoas são altamente dopadas. Quero ir embora, sair do cárcere privado (...).”

“Sou involuntário. Quando cheguei me levaram para a contenção a força, me chamaram de filho da puta e me trancaram lá dentro”.

“Fui internado voluntariamente, sofri maus tratos, fui dopado, fiquei na sala de contenção 15 dias, já vi agressões, pessoas amarradas com faixas, quartos trancados, negligência médica, não quero mais ficar aqui, não consigo falar com minha família. Fui resgatado em minha cidade (...).”

Pelo que se verifica, dentro da clínica, entre a “terapêutica” oferecida, se incluem constantes agressões físicas, verbais e atos de tortura.

Este cenário, em conjunto com os demais documentos colhidos, demonstra que os internos recebiam tratamento humilhante e desumano, em total afronta aos seus direitos e garantias individuais e a sua dignidade.

As agressões, ou ameaças delas, eram constantes e tinham por desiderato tolher qualquer esboço de reação às evidentes ilicitudes praticadas.

5. CASTIGOS E PUNIÇÕES

A par das torturas e humilhações já narradas, das agressões e ofensas sofridas, os internos ainda eram obrigados a se submeter a castigos como ficar horas trancados na “contenção”, por quantos dias os requeridos achassem necessários, sem a menor proporcionalidade objetiva entre o fato praticado e a punição recebida.



Figura 6: “Quarto do Pânico/Contenção”

Cabe ressaltar que o próprio texto Magno garante a todos que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. Trata-se de garantia constitucional explícita que, à evidência, está sendo explicitamente violada.

6. APLICAÇÃO DE MEDICAÇÃO

O que se constatou de todas as provas que foram colhidas no bojo do Inquérito Civil que instrui essa inicial, é que, a depender do comportamento do paciente, ele é obrigado a tomar medicação, sequer sabe se há prescrição

médica e se o medicamento ministrado é efetivamente o que lhe está sendo forçadamente aplicado. Para tanto, são agredidos violentamente, ofendidos e até mesmo **amarrados**.

Conforme relatos que intruem essa inicial, **os funcionários da clínica** seguem “regras”, como agredir e amarrar pacientes para “discipliná-los” e para aplicar medicação.

Anote-se que quando da aplicação da medicação, as vezes no momento do próprio resgate, sequer se sabia se a medicação poderia ser aplicada, haja vista que não se sabia, ao menos, se o paciente ainda contava com alguma substâncias psicoativa na corrente sanguínea e se teria alguma reação alérgica.

Os internos eram amarrados com “ataduras” que inclusive apresentam marcas que os internos disseram tratar-se de marcas de sangue seco.



Figura 7: “Atadura” utilizada para amarrar os internos para agressões e aplicação de medicação

Alguns dos pacientes que estavam no local no dia 31 de março de 2014 mostraram as faixas (figura acima) que eram utilizadas para amarrar aqueles que se recusavam a tomar medicação ou que estavam sendo punidos.

A medicação era distribuída em copinhos, dentro dos quais era adicionada água e os comprimidos eram triturados e distribuídos desta forma.

Ao que consta, a médica responsável pelo local examinava esporadicamente os pacientes e com base nas informações prestadas pelos requeridos receitava medicação.

Todos os pacientes relatavam que as consultas não duravam mais do que dez minutos e se reduziam a perguntas inócuas para o tratamento. Os pacientes ficavam tão dopados que **as vezes se colocavam fraldas neles, porque sequer conseguiam conter seus impulsos fisiológicos.**



Figura 8: Fralda encontrada no local

Anote-se que alguns pacientes se referiam à médica, ora ré, XXXXXX pelo apelido de “Mi Dopa”.

Tamanha indignidade não pode ser tolerada.

7. VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICAS, DA CORRESPONDÊNCIA E PROIBIÇÃO DE CONTATO COM O MUNDO EXTERNO

A fim de evitar que os internos relatassem a terceiros os maus tratos e a exploração de que eram vítimas, nas escassas oportunidade que podiam manter contato com o mundo extra-comunidade, eram eles impedidos pelos requeridos de manter conversas telefônicas privadas e/ou de enviar e receber correspondências de forma sigilosa.

TODOS, absolutamente todos os internos ouvidos relataram que as conversações telefônicas eram feitas por tempo limitado e no viva-voz, acompanhados pelos requeridos ou por terceiros a seu mando, e interrompida quando algo “proibido” fosse dito.

Antes das ligações eram os pacientes orientados sobre o que poderiam falar e o que não poderiam. Qualquer “violação” sujeitava o “infrator” as mais diversas e desumanas punições, dentre as quais as já suficientemente descritas acima.

O mesmo era feito com as correspondências que, ou eram lidas antes de serem enviadas, ou já vinham abertas para serem entregues aos internos.

8. CONTATO ESPORÁDICO COM MÉDICO PSQUIATRA E POR TEMPO INSUFICIENTE

Os internos não recebiam o devido cuidado da médica responsável. Alguns, conforme se pode verificar dos depoimentos colhidos, somente se consultavam com o médico psiquiatra dias após a internação e mesmo assim eram medicados neste ínterim.

Mesmo após a consulta, que muitos relatam não durar mais de 10 minutos, quando muito, recebiam medicação sem qualquer orientação e sem tomar conhecimento do desiderato daquela droga que lhe era entregue.

Permaneciam, por vezes, sedados por dias, em total afronta aos seus direitos de pessoa humana.

9. PUBLICIDADE ENGANOSA

Conforme se constata da documentação que instrui essa inicial, os requeridos anunciavam no site da clínica a realização de internação involuntária e até mesmo os denominados “resgates”.



Figura 9: Publicidade do serviço de “resgate”

Mesmo sem autorização legal, regulamentar e sem estrutura física e adaptada, referido serviço (internação involuntária) era “prestado”.

Saliente-se, novamente, que este serviço não só não pode ser prestado pela referida “clínica” (Comunidade Terapêutica), como não tem ela os equipamentos e a estrutura necessária para receber esse tipo de internação.

A equipe de tratamento é composta por diferentes profissionais da área de saúde e todos possuem larga experiência na recuperação de dependentes químicos.

Tratamento

Em nossa clínica de recuperação para dependentes químicos adotamos o programa de 12 passos de irmandades amorosas, integrado à abordagem psicoterapêutica da linha cognitiva comportamental a nossa meta é tratar e não curar.

O paciente é motivado a viver com sua dependência química, que é uma condição crônica, e não a procurar as causas e buscar por uma cura. O foco do tratamento é uma contínua mudança do estilo de vida, portanto não é possível definir um prazo para o tratamento, cabendo a equipe multiprofissional e os pacientes colaborarem na definição do caminho da recuperação.

O tratamento em nossa clínica de reabilitação ocorre em regime de internação, voluntária para aqueles que aceitam a internação e involuntária ou compulsória para aqueles que precisam do tratamento por terem perdido o controle sobre sua própria vida, colocando em risco a si ou a terceiros. Para estes casos aceitamos os pacientes que são encaminhados por equipes de resgate.

Figura 10: Publicidade de tratamento involuntário

Assim, os requeridos ofereciam um serviço que não poderiam prestar e que, de fato, ante todo o narrado, não prestavam, enganando, induzindo a erro e assim mantendo não só os pacientes, como também os familiares que custiam o tratamento.

Outrossim, o site de referida clínica anuncia a existência de serviços que ela não possui, como enfermeiros de plantão 24 horas por dia.

Equipe

A equipe de nossos centros de recuperação é composta por diferentes profissionais da área de saúde e todos possuem larga experiência na recuperação de dependentes químicos.

Médicos

- **Corpo de Enfermagem** (contamos com enfermeiras e técnicos de enfermagem 24horas);
- **Psiquiatra:** Dra. Mi Ah Kim CRM 68774;
- **Clínico Infectologista:** Dr. Celso Carmo Mazza CRM 19.333;
- **Psiquiatra:** Dr. Sergio Saute Glock
- **Psicólogos:**
Fabiane Cristina Da Cruz CRP 06/70405
Daniela De Castro Nanni CRP 580339/9
Leonora N. Albertoni CRP 06/103699
Lijanete Gomes Carvalho Scarpim CRP 06/41925
- **Terapeutas;**
Joaquim
Marcelo De Almeida
- **Professor de Esporte;**
- **Administração;**

Figura 11: Publicidade sobre a existência de enfermeiros 24 horas por dia

Os pacientes reiteradamente relataram que ficavam trancados nos quartos e à noite, se muito, havia um auxiliar de enfermagem que nem ficava perto dos quartos. Assim, permaneciam horas trancados e ficavam desassistidos pelos requeridos.

10. VIOLAÇÃO DE NORMAS SANITÁRIAS

Outrossim, no local, a situação da cozinha era precária.

Havia uma quantidade absurda de insetos no local. **Na cozinha mal se conseguia falar em razão da quantidade enorme de moscas e mosquitos.**

Ainda, conforme se verifica dos relatórios da Vigilância Sanitária que instruem esta ação, havia um número excessivo de leitos por quarto.

Os ambientes estavam demasiadamente sujos e as roupas eram jogadas no quintal para serem lavadas.



Figura 12: Banheiro de um dos quartos da clínica

No quarto da “contenção” havia sujeira em grande quantidade e o internos não tinham acesso sequer a uma pia para lavar as mãos e escovar os dentes.



Figura 13: Jarra com água disponibilizada para os pacientes que ficavam no “quarto do pânico” usarem para escovar os dentes e lavar as mãos



Figura 14: Roupas dos internos jogadas no chão

EM SUMA, as violações, os maus tratos, as torturas físicas e psicológicas, as ilicitudes e as irregularidades encontradas e praticadas pelos requeridos apenas denotam que não possuem eles condições de continuar a prestar serviço de atenção a pessoas dependentes de substâncias psicotivas ou que precisem de tratamento para saúde mental.

São desnecessárias palavras, até mesmo porque difícil encontrá-las, para descrever tamanha falta de respeito e de humanidade.

Atitudes como as acima descritas atentam contra os próprios princípios constitucionais que servem de base para o Estado Democrático de Direito, nos quais se fundamentam a nossa República, dentre eles, o maior de todos: a **Dignidade da Pessoa Humana**, núcleo essencial da Constituição da República e norteador do qualquer comportamento humano.

A mera interdição administrativa não é suficiente. Os requeridos não se mostraram aptos a cuidar de pacientes e violaram gravemente os direitos da pessoa humana, de modo que devem ser totalmente proibidos judicialmente de prestar estes serviços.

III. DO DIREITO

Ao refundar a República do Brasil em 1988 os Constituintes elencaram a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da democracia a ser instalada (CR, art. 1º). Arrolaram como objetivos fundamentais da nova República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CR, art. 3º).

O artigo 5º, *caput*, da Constituição da República estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se ao brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos do seus 78 incisos.

Trata-se de um rol meramente exemplificativo, na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais.

Os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante², seja para o Legislativo ao elaborar a lei, seja para a Administração Pública ao “governar”, seja para o Judiciário ao resolver eventuais conflitos.

² Daniel Sarmento.

De há muito já se sedimentou que **os direitos fundamentais podem e devem ser aplicados de forma horizontal**, é dizer, no âmbito das relações privadas, **especialmente diante de atividades privadas que tenham um certo “caráter público”**³.

Conforme leciona a mais abalada doutrina⁴, além dos direitos fundamentais, é necessário se observar os **denominados deveres fundamentais**. Isto porque, muita vez, **o direito** de um certo indivíduo **depende do dever de outro** de não violar ou de não impedir a concretização do referido direito.

O dever de efetivação dos direitos fundamentais se relaciona, sobretudo, com os *direitos sociais e garantias das instituições públicas e privadas*. Estamos diante da necessidade de atuação positiva do Estado, passando-se a falar em um estado que tem o **dever** de realizar os direitos, aquela ideia de Estado prestacionista.

Nos termos do art. 5º, inciso III, da CRFB, ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo que a lei considerará crime inafinável a prática de tortura (Lei nº 9.455/97).

A **dignidade humana**⁵ proclama o valor distinto da pessoa humana e tem, como consequência lógica, a afirmação de direitos específicos de cada ser humano, sem distinções de gênero, raça, cor, credo, sexo e outras. Objetivo e fundamento dos direitos humanos que dá unidade ao sistema constitucional brasileiro.

Inicialmente, sua justificação constitucional foi atribuída ao jusnaturalismo. Com a evolução dos textos constitucionais como paradigmas da organização dos Estados Democráticos de Direito, sua positivação foi considerada necessária para permitir uma interpretação do texto constitucional consentânea com os respectivos momentos históricos, buscandose, ao mesmo tempo, preservar as conquistas dos direitos fundamentais e promover sua plena realização.

As concepções em voga destacam **suas dimensões individual, coletiva e personalista**. A individual pressupõe que cada ser humano, cuidando dos seus interesses, protege e realiza os interesses da coletividade; perspectiva característica do liberalismo burguês presente na Revolução Francesa e que impõe limites à ação do Estado sobre a esfera do indivíduo. Esta concepção coloca o ordenamento jurídico sob uma **interpretação que privilegia o indivíduo** em detrimento do coletivo.

A dimensão coletiva prioriza o bem coletivo e global, apesar de salvaguardar os interesses individuais; os interesses da coletividade devem pre-

³ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 2012.

⁴ D. Dimoulis, L. Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*.

⁵ D. Dimoulis. Dicionário de Direito Constitucional. 2012.

valecer sobre os individuais quando houver conflito entre eles; os direitos da pessoa humana não são absolutos, mas sempre passíveis de interpretação no âmbito das finalidades do coletivo.

Por fim, a corrente personalista caracteriza-se por buscar a harmonia, por meio da interpretação das normas jurídicas, entre os valores individuais e os coletivos.

A CRFB prevê, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como **fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro**. Trata-se de norma constitucional que deve balizar toda e qualquer ação do ente estatal e de seus agentes, determinando seus parâmetros em face dos objetivos traçados para os poderes constituídos da República. A CRFB consagra, também, a inviolabilidade da intimidade, do domicílio dos indivíduos, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas no art. 5º, X, XI e XII. As disposições constitucionais citadas revelam que, no caso brasileiro, o legislador constituinte buscou dispensar tratamento unitário a essa categoria de direitos fundamentais, inclusive para poder dispor sobre seus limites no meio coletivo e **de modo a torná-los factíveis de realização** pelos poderes constituídos da República, a saber, Judiciário, Legislativo e Executivo.

Apesar de a dignidade da pessoa humana ser conceito sujeito a múltiplas interpretações, há certo consenso, na doutrina, acerca de tratar-se de princípio de direito fundamental, o qual determina interpretação sobre os direitos da pessoa, revelando um *minimum jurídico invulnerável* que todo estatuto político deve assegurar. O texto constitucional busca assegurar a possibilidade de o indivíduo encontrar meios para promover o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Para tanto, o indivíduo deve ter assegurada, para si, a possibilidade de autodeterminar seu destino, o que tem levado a doutrina a afirmar acerca da autodisponibilidade de exercício e fruição da dignidade da pessoa humana.

Perez Luño destaca que **a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões constitutivas**: uma negativa e outra positiva. Aquela significa que **a pessoa não venha a ser objeto de ofensas ou humilhações**. Daí o nosso texto constitucional dispor, coerentemente, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III). Com efeito, “a dignidade – ensina Jorge Miranda – pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

O **princípio da dignidade humana**⁶ é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos e se expressa nestes direitos, **funciona também**

⁶ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida*. 2012.

como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas as outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais, ampliando o seu sentido, reduzindo-os ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a **chave de interpretação material das demais normas jurídicas**.

Com o estudo da antropologia filosófica e da filosofia do direito, pode-se estabelecer, com maior precisão, os contornos do princípio da dignidade da pessoa humana, que é uma unidade formada de corpo e alma. O Tribunal Constitucional alemão adotou essa posição em decisão tomada no ano de 1981. Antonio Junqueira Azevedo estabelece que a **dignidade traduz-se em respeito absoluto à vida humana**.

Desde os horrores da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional traçou, em 1945, a meta de “preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra”, que deveria ser alcançada por meio de um sistema de segurança coletiva, através da ONU. Concluiu-se que todos os Estados-Membros deveriam cooperar estreitamente em todas as áreas da vida internacional. Por meio da cooperação, **graves violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas** e boas experiências, trocadas. Essa abordagem está consubstanciada no art. 55 da **Carta das Nações Unidas**.

A **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, já no seu preâmbulo reconhece a dignidade inerente e os direitos inalienáveis de todos os membros da sociedade como condição para liberdade, justiça e paz no mundo. Em seus trinta artigos, são listados direitos políticos e liberdades civis (arts. 1–22), bem como direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 23–27).

À primeira categoria pertencem, entre outros, o direito à vida e à integridade física, a proibição da tortura, da escravatura e de discriminação (racial), o direito de propriedade, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão e à liberdade de reunião.

Preleciona o abalitado doutrinador constitucionalista André de Carvalho Ramos⁷ que a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o **dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos** para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os *“Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito”*.

⁷ Ramos, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2012.

Assim, ficou consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do direito internacional dos direitos humanos pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

No plano infraconstitucional, conforme dispõe a Lei Federal nº 10.216/01, as internações psiquiátricas de qualquer natureza (inclusive as involuntárias ou compulsórias) **somente poderão ser realizadas mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos e em estabelecimentos de saúde que ofereçam leitos e serviços médicos ininterruptos.**

O mesmo diploma estabelece que a pessoa portadora desses transtornos tem direito a ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade (art. 2º, II); **sendo protegida contra qualquer forma de abuso e exploração** (art. 2º, III); devendo o tratamento ser estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicólogos, ocupacionais, de lazer, e outros.

Ainda que fosse possível às comunidades receber pacientes involuntários, lhes é exigida a comunicação individual de cada qual, no prazo de 72 horas, ao Ministério Público estadual, conforme o disposto no art. 7º, parágrafo 1º, da referida Lei.

No entanto, a referida comunidade terapêutica está promovendo internações involuntárias, à revelia das normas acima mencionadas e dos regulamentos do Ministério da Saúde.

Com a reorganização da atenção psicossocial no âmbito do Sistema Único de Saúde, disciplinada pela **Portaria GM/MS n. 3.088, de 23 de dezembro de 2011**, as comunidades terapêuticas foram reconhecidas como componentes da rede de atenção, na qualidade de “serviços de saúde de atenção residencial”, cuja importância não se questiona à vista dos relevantes serviços que prestam em saúde mental, especialmente para portadores de dependência química em decorrência de uso de substâncias psicoativas.

Não obstante, não podem oferecer leitos de internação e seus serviços não devem substituir a assistência hospitalar, quando esta for necessária⁸.

Esta problemática, aliás, já fora antevista pela **Resolução da Diretoria Colegiada/ANVISA nº 29/2011**, preconizando que a permanência de qualquer usuário (ou residente) somente pode ser feita com o seu consentimento expreso:

⁸ Of. Circular nº 17/12-CAO/Saúde-i. Ministério Público do Estado do Paraná - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção à Saúde Pública.

Art. 15. Todas as portas dos ambientes de uso dos residentes devem ser instaladas com travamento simples, sem o uso de trancas ou chaves.

(...)

Art. 19. No processo de admissão do residente, as instituições devem garantir:

(...)

III - a permanência VOLUNTÁRIA;

IV - a possibilidade de interromper o tratamento a qualquer momento, resguardadas as exceções de risco imediato de vida para si e ou para terceiros ou de intoxicação por substâncias psicoativas, avaliadas e documentadas por profissional médico;”

Tais serviços têm por função a oferta de um ambiente protegido, técnica e eticamente orientados, que forneça suporte e tratamento aos usuários abusivos e/ou dependentes de substâncias psicoativas, durante período estabelecido de acordo com programa terapêutico adaptado às necessidades de cada caso. É um lugar cujo principal instrumento terapêutico é a convivência entre os pares. Oferece uma rede de ajuda no processo de recuperação das pessoas, resgatando a cidadania, buscando encontrar novas possibilidades de reabilitação física e psicológica, e de reinserção social.

A regra vale mesmo para aquelas comunidades terapêuticas que não sejam contratadas/conveniadas com o SUS, pois ao exercerem reconhecidamente ações de atenção à saúde mental precisam observar as normas sanitárias específicas de funcionamento, nos termos do art. 22, da Lei n. 8080/90.

Ora, no caso presente, pelas provas documentais e testemunhais produzidas, a entidade em questão está muito distante de ser considerada COMUNIDADE TERAPÊUTICA, já que o tratamento dispensado aos seus residentes não leva em consideração o respeito à cidadania e à dignidade de cada uma dessas **pessoas que se encontram numa situação extremamente delicada e frágil, amarradas que estão ao vício do álcool e das drogas.**

Com efeito, no momento em que esses dependentes mais precisam de um tratamento que lhes possibilite uma recuperação, a fim de resgatar-lhes auto estima, proporcionando-lhes uma reabilitação física e psicológica, LUIZ, SIDINEIA e MI oferecem-lhes castigos físicos, psíquicos e morais, desrespeitando a dignidade e a integridade de cada um. Sua entidade não oferece sequer programa terapêutico efetivamente individualizado para os seus residentes, privando-os da liberdade mais elementar.

Outras considerações devem ser feitas e aqui residem os principais abusos. **Existe uma grande diferença entre COMUNIDADE TERAPÊUTI-**

CA e CLÍNICA DE INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO DE DEPENDENTES QUÍMICOS. Como visto a entidade não pode ser considerada uma comunidade terapêutica por violação a todas as exigências elencadas acima, **quanto mais praticar atos de clínica de internação**, que é o que estamos vendo na prática, principalmente após os últimos acontecimentos envolvendo o estabelecimento e seus representantes legais e fáticos.

A diferença marcante entre tais entidades é a **voluntariedade da submissão ao tratamento**, aliás, o sucesso de qualquer tratamento fica totalmente comprometido quando não há aceitação por parte do internado.

Como COMUNIDADE TERAPÊUTICA, na qual vigora o princípio da voluntariedade na submissão ou aderência ao tratamento, a CLÍNICA ALVORADA **jamais poderia conduzir qualquer pessoa às suas dependências, sem consentimento, mesmo que houvesse termo assinado por parente ou responsável, pois tal atividade é privativa de CLÍNICAS DE RECUPERAÇÃO.** Aqui está o grande abuso praticado pela requerida que tem gerado repercussão, inclusive criminal, para seus responsáveis.

A matéria, como já pontado, vem disciplinada pela **Portaria RDC n.º 29/11, da ANVISA** (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que estabelece Regulamento Técnico disciplinando as exigências mínimas para o funcionamento de serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas, segundo modelo psicossocial, também **conhecidos como Comunidades Terapêuticas.**

As pessoas em avaliação que apresentarem grau de comprometimento grave no âmbito orgânico e/ou psicológico não são elegíveis para tratamento nestes serviços, devendo ser encaminhados a outras modalidades de atenção, no caso, para clínicas especializadas. Recomenda-se a Comunidade Terapêutica para paciente com comprometimento leve ou moderado.

Em síntese, o que se defende é que não se está diante de problema pontual, relativos à falta de um ou outro profissional, à condição de um ou outro aposento, etc. **Tem-se, na verdade, um problema até mesmo de método/essência, já que se trabalha mediante a restrição de liberdade, fora das hipóteses legais, e já que se trabalha mediante técnicas que aniquilam a dignidade e o senso de valor do dependente químico,** quais sejam: a sedação por períodos longos, a restrição às visitas familiares, a aplicação de castigos corporais e de contenção física, e a ministração indiscriminada de remédios por pessoas sem habilitação para tanto. E não é preciso falar que tais técnicas, além de ilegais, tem índice de sucesso muito baixo.

Relevante, também, a transcrição do artigo 33, inciso III da Lei Complementar Estadual 791/95, que estabeleceu o **Código de Saúde no Estado de São Paulo:**

“Artigo 33 - No tocante à saúde mental, o SUS, estadual e municipal, empreenderá a substituição gradativa do procedimento de internação

hospitalar pela adoção e o **desenvolvimento de ações predominantemente extra-hospitalares**, na forma de programas de apoio à desospitalização que darão ênfase à organização e manutenção de redes de serviços e cuidados assistenciais destinada a acolher os pacientes em seu retorno ao convívio social, observados, ainda, os seguintes princípios:

[...]

III - Toda pessoa acometida de transtorno mental terá direito a tratamento em ambiente o menos restritivo possível, o qual só será administrado depois de o paciente estar informado sobre o diagnóstico e os procedimentos terapêuticos, e expressar seu consentimento;

IV - **A internação psiquiátrica será utilizada como último recurso terapêutico**, e objetivará a mais breve recuperação do paciente;

V - **Quando necessária a internação de pessoa acometida de transtorno mental, esta se dará, preferentemente, em hospitais gerais;** e

VI - **A vigilância dos direitos indisponíveis dos indivíduos assistidos será realizada de forma articulada pela autoridade sanitária local e pelo Ministério Público, especialmente na vigência de internação psiquiátrica involuntária”.**

Além disso, constituindo-se a requerida CLÍNICA ALVORADA como pessoa jurídica de direito privado, há que se observar também a ótica do **Código de Defesa do Consumidor** (Lei Federal nº 8.078/90), sendo considerado fornecedor, nos moldes do seu art. 3º, pois desenvolve atividade de prestação de serviços, e seus clientes, na qualidade de consumidores, utilizam os serviços como destinatários finais (art. 2º). No que tange à proteção da saúde do consumidor, necessário transcrever do mesmo diploma legal:

“Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, **o respeito à dignidade, saúde e segurança**, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (...).”

“Art. 8º. Os produtos e **serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança** dos consumidores (...).”

“Art.10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou que deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”.

Oportuno citar, a título meramente ilustrativo, **o teor de duas resoluções (Resolução CFM nº 1.408/94 e Resolução CFM nº 1.598/2000)**, que

especificam, de forma taxativa, os procedimentos a serem desenvolvidos, visando, precipuamente, evitar atuações irregulares, de forma a causar violações aos direitos fundamentais. A primeira, em síntese, regulamenta sobre as necessidades de “consentimento esclarecido do paciente” (art. 4º e parágrafo único); a “**proibição de “procedimentos lesivos à personalidade e à saúde física e psíquica dos pacientes”** (art. 5º, parágrafo II), além de outras. A segunda determina que “um paciente em tratamento psiquiátrico somente deve ser submetido à contenção física por prescrição médica, devendo ser diretamente acompanhado, por um auxiliar do corpo de enfermagem durante todo o tempo que estiver contido” (art. 11);

Como se vê, basta uma simples análise da legislação para se constatar as graves irregularidades da comunidade terapêutica.

Não é por outra razão que **a comunidade terapêutica se reveste das seguintes características de abordagem:**

*Deve ser aceita **voluntariamente**. Não se destina a todo tipo de dependente. Isso ressalta a importância fundamental da triagem, como início do processo terapêutico. Muitas vezes, algumas CTs, por meio de suas equipes, se sentem onipotentes e ‘adoecem’ acreditando que, se o residente não quer ficar, é porque não quer recuperação. Não consideram que o residente tem o direito de escolher como e onde quer se tratar. Deve reproduzir, o melhor possível, a realidade exterior para facilitar a reinserção. **Deve fornecer um modelo de tratamento residencial altamente estruturado**. Atua por um sistema de pressões provocadas de modo artificial. Estimula a explicação da patologia do residente, diante das partes. **Os pares servem de espelho da consequência social de atos do residente**. Há um clima de tensão afetiva. O residente é o principal ator do próprio tratamento. A equipe oferece apenas apoio e ajuda. (DIEH, Alessandra; CORDEIRO, Daniel Cruz; Laranjeira, Ronaldo (Orgs.). *Comunidade Terapêuticas. In: Dependência química, prevenção, tratamento e políticas públicas*. Porto Alegre: Artmed, 2011, Cd Rom, p.63).*

Nesse sentido, **lamentavelmente observa-se que TODOS estes preceitos fundamentais foram desrespeitados pela Comunidade-ré e por seus representantes e prepostos que, de forma inescrupulosa, submeteram os internos a condições desumanas e inacreditáveis, justificando a propositura desta ação como busca de tutelas urgentes e severas.**

Diante destas irregularidades, torna-se imprescindível a intervenção judicial para que tal entidade de direito privado, prestadora de serviços de

saúde e, portanto, de relevância pública, e os seus representantes e prepostos deixem de colocar em risco a saúde e a vida das pessoas que recorrem aos seus préstimos.

A suspensão das atividades pela comunidade-ré, NÃO SÓ ATÉ A “REGULARIZAÇÃO ADMINISTRATIVA”, mas até final decisão judicial é imperativa, sendo ABOLUTAMENTE EVIDENTE que não pode continuar a funcionar, ainda que parcialmente, devendo, pois, ser INTEGRALMENTE INTERDITADA, em razão de seu COMPLETO desrespeito a todos os preceitos legais cristalizados em todo nosso ordenamento jurídico.

IV. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, instituição essencial à Justiça, detêm, dentre suas atribuições, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dispondo de legitimidade para a tutela preventiva e repressiva dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e individuais indisponíveis, tal como preceituam os artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, o art. 103, inciso VIII, da Lei Complementar Estadual nº. 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), os arts. 1º e 4º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

A missão constitucional do Ministério Público, como visto, é agir em defesa dos interesses difusos e coletivos e individuais indisponíveis (art. 129, III da Constituição Federal).

Mas não é só.

A Lei nº 10.216/2001 dispõe sobre a legitimidade do Ministério Público, no momento em que preconiza que os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra, bem como são direitos da pessoa portadora de transtorno mental ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade, de ser protegida contra qualquer forma de abuso e de exploração e de ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis.

Ainda nesse contexto, cumpre também ao Ministério Público, em seu papel constitucional, promover a ação competente para a tutela jurídica das pessoas idosas, questão de interesse social e coletivo. Na lição de **Hugo Nigro Mazzilli**, a atuação do Ministério Público na proteção das pessoas idosas visa assegurar e preservar seus direitos sociais; criar melhores condições

para o desenvolvimento de sua autonomia, integração e efetiva participação na sociedade; defender-lhes o direito à vida, à saúde, ao amparo, à cidadania, à liberdade, à dignidade, à segurança, ao lazer e ao bem-estar e, ainda, buscar erradicar qualquer forma de desigualdade, discriminação, marginalização e preconceito decorrentes de sua condição.

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, no artigo 74, norma que integra o microsistema processual coletivo, dispõe que incumbe ao Ministério Público, dentre outras, instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; atuar como substituto processual do idoso em **situação de risco; promover inspeções e diligências investigatórias; requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas; zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais** assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis; inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades verificadas.

De outro lado, o Ministério Público também possui legitimidade para atuar em benefício de pessoas portadoras de deficiência, quer se trate de limitação física ou mental, em sede de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim sendo, no âmbito da ação civil pública, podem ser ajuizadas medidas judiciais relativas com saúde, área ocupacional, dentre outras.

No caso em questão a legitimidade relaciona-se ao objeto da ação, pois durante o transcurso das investigações promovidas pela Promotoria de Justiça local, nos autos de inquérito civil nº 14.0632.0000132/2011, foi constatado que os requeridos **violaram direitos inerentes a pessoas dependentes químicos, pessoas idosas, entre outros que não se teve notícia** e possivelmente não se conseguirá determinar durante estadia na COMUNIDADE TERAPÊUTICA denominada Clínica ALVORADA, sem que houvesse instalações físicas adequadas, tanto de habitabilidade como de atendimento por profissionais qualificados, alimentação adequada, segurança, acompanhamento médico adequado, medicação de uso controlado sem a devida prescrição médica e manutenção de seus pacientes em cárcere privado e isolamento familiar.

Não bastasse a **tutela dos direitos individuais indisponíveis** da pessoa cometida de doença mental, no caso em tela, pessoas que apresentam dependência química ou psíquica de substância entorpecente, verifica-se, igualmente, que o artigo 3º, da Lei nº 10.216/2001 determina que é responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde

mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde a essas pessoas.

A citada lei obriga as entidades de longa permanência a firmar contrato de prestação de serviço com pessoa cometida de saúde mental abrigada, caracterizando “a natureza contratual dos serviços de atendimento aos doentes mentais em clínica de recuperação, o que faz incidir o Código de Defesa do Consumidor, de modo a salvaguardar a qualidade da prestação.

Desse modo, aplica-se a Lei nº 8.078/90 aos contratos de prestação de serviço por entidade de longa permanência ou casa-lar, diante da vulnerabilidade incontestada em que se encontra o doente mental, havendo desequilíbrio em relação à comunidade prestadora de serviços, que dita as regras, sendo, pois, uma relação entre desiguais. Uma vez compreendida essa relação como de consumo, aplica-se aos contratos de prestação de serviços em tela todos os princípios do Código de Defesa do Consumidor a esse respeito.

Outrossim, incide o princípio geral da vulnerabilidade, afinal, o doente mental se mostra a parte mais frágil da relação, de modo que merece especial proteção, devendo haver em seu favor: a facilitação de seu acesso à Justiça; o estabelecimento da responsabilidade objetiva, aliada à inversão do ônus da prova; a interpretação das cláusulas e normas jurídicas sempre de forma mais favorável ao idoso consumidor – art. 4º, II, CDC -, dentre outros princípios também aplicáveis ao respectivo contrato.

Assim, também com fundamento no art. 1º, inc. II, da Lei Federal nº 7.347/85, que prevê a tutela dos interesses do consumidor por ação civil pública, está legitimado o Ministério Público à propositura da presente ação civil pública.

O **interesse de agir** segue no mesmo caminho, pois o exame dos fatos e dos fundamentos, por si só, enseja o reconhecimento de que há necessidade do ajuizamento da ação civil pública para a **proteção dos direitos das pessoas acometidas de doença mental que se encontravam abrigadas e de tantas outras que podem ser afetadas pela continuidade dos serviços prestados pelos requeridos aqui nesta cidade ou em qualquer outro lugar.**

Interessa, pois, à sociedade, que sejam adotadas medidas eficazes, a fim de fazer cessar o dano e que sejam reparados os prejuízos sofridos pelas pessoas lesadas e pela coletividade indeterminada que é afetada quando há tamanha e flagrante violação de direitos humanos, especificamente quanto aos dependentes químicos e psíquicos de substância entorpecente e pessoas justifica-se, pois, plenamente, a atuação ministerial no caso.

Salienta-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu ao Ministério Público, dentre outras coisas, o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais

indisponíveis (art. 127), ao mesmo tempo em que lhe confiou o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, promovendo as necessárias medidas à sua garantia (art. 129, inc. II). No mesmo sentido dispõem a Constituição Estadual, e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

A Carta Política não deixa qualquer dúvida a respeito da natureza jurídica do bem saúde. É um direito social (art. 6º), enquadrado expressamente, ainda, como o único serviço dito de relevância pública (art. 197), cujo traço distintivo em face de qualquer outro, em tal qualificação, repousa basicamente na primariedade e essencialidade do seu objeto em relação à sobrevivência humana.

A par disso, confirma-se a necessidade de fortalecimento de todas as instâncias de controle das práticas sanitárias, ressaltando, neste ponto, o papel constitucionalmente atribuído ao parquet, que tem o dever, entre outras coisas, de zelar pelos serviços de relevância pública.

Além de coletivamente legitimado, em relação ao direitos individuais homogêneos também afetados pela conduta dos requeridos, evidenciada está a legitimação ministerial, haja vista que os lesados estão dispersos por todo o país (Acre, Mato Grosso, Brasília, Goiás, Rio de Janeiro, Minas Gerais, etc.) e as atividades da clínica, nos moldes irregulares constatados, se protraem por anos, de modo que há demasiado número de lesados e dispersão relevante das lesões individuais.

Portanto, diante do contexto constitucional, extrai-se que o Ministério Público, de modo genérico, promove todas as medidas necessárias para a restauração do respeito aos direitos constitucionalmente assegurados. Consequentemente, clara está a legitimidade postulatória naqueles casos de violação de normas que acarretem prejuízos a serviços de relevância pública, devendo sua defesa ser feita através de ação civil pública, na medida em que há ameaça de lesão à saúde de toda a coletividade, com destaque para um grupo de pessoas.

V. DO DANO MORAL COLETIVO

A reparação por danos morais é direito fundamental do indivíduo, previsto expressamente no artigo 5º, incisos V e X da Constituição da República Federativa do Brasil.

No caso em apreço não é possível individualizar, de forma inequívoca, quais e quantas pessoas foram afetadas direta ou indiretamente pelas condutas transgressivas dos réus praticadas ao longo dos anos.

Outrossim, **todo o corpo coletivo é afetado quando há violação de direitos fundamentais**, ainda mais quando há violação tão grave!

O ser humano, com fim em si mesmo, não pode tolerar que mesmo após os degradantes exemplos das grandes guerras e de países não democráticos, se continue a DESUMANIZAR tanto as pessoas, **reduzindo-as a objetos para consecução de fins ilícitos.**

Nossas Cortes Superiores já reconheceram a possibilidade de reconhecimento de dano moral coletivo até mesmo no cause de fraudes a procedimentos licitatórios.

Como abaixo se verá, houve reconhecimento pelo Tribunal de Justiça Bandeirante da existência de dano moral coletivo indenizável na venda de bebidas alcoólicas à menores de idade.

Assim, mesmo que não houvesse esses exemplos pretorianos, **é evidente a ocorrência de dano a todo o corpo social quando a dignidade humana é brutalmente violada.**

Outrossim, não se pode mensurar quantas pessoas foram atraídas pela publicidade enganosa que os requeridos faziam em seu site e em contato com as pessoas que os procuravam em busca de uma ilusória ajuda.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira⁹, o dano moral

“decorre de injusta violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, tutelada pela ordem civil - constitucional através da cláusula geral de tutela da pessoa humana (através da sua personalidade) que, por sua vez, se fundamenta no princípio maior de dignidade da pessoa humana”.

Com a evolução da tutela judicial dos direitos coletivos (em sentido lato), a partir do advento da Lei nº 7.347/85 e fortalecida por uma série de dispositivos legais subseqüentes, além do viés constitucional trazido pela Carta Magna de 1988, firmou-se no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento de que também merecem proteção jurídica aqueles direitos que extrapolam a esfera estritamente individual, passando-se a tutelar os direitos de grupos, classes ou categorias de pessoas, ainda que a reparação seja indivisível entre seus titulares.

Sobre a proteção aos direitos transindividuais no ordenamento jurídico, vale citar as palavras de Hugo Nigro Mazzilli¹⁰:

“Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também cha-

⁹ “Instituições de Direito Civil”, volume II, 21ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 382

¹⁰ Mazzilli, Hugo Nigro, “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, 24ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011.

mados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (...). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público. (...) Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado”.

Diante disto, é inegável que, ao reconhecer a proteção jurídica na esfera transindividual, o ordenamento também estendeu a noção de dano moral para a tutela jurídica dos direitos difusos e coletivos.

Foi com este manifesto propósito que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), por meio de seu artigo 6º, inciso VI, reconheceu, como direito básico do consumidor, a prevenção, proteção e a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Ressalte-se que as disposições processuais daquele diploma cabem a quaisquer direitos transindividuais, e não só aos consumidores, por conta da interação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, os quais constituem, em parte, um microsistema processual de tutela destes interesses e direitos.

De qualquer forma, o artigo 1º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 8.884/94, **passou a prever expressamente o cabimento das ações de responsabilização por danos morais causados a quaisquer interesses difusos ou coletivos,** a serem regidas por aquela mesma Lei.

Inequívoca, portanto, a vontade do legislador em atribuir a possibilidade de reparação de danos morais coletivos.

Isto se justifica porque os interesses de uma coletividade, sendo ela sujeito de direitos, **não se resumem a questões patrimoniais, havendo também um elo de valores que a constitui, cujo caráter é extrapatrimonial.**

Na medida em que há ofensa antijurídica a algum dos elementos que caracterizam aquela reunião de pessoas que formam uma coletividade, **afronta-se mais do que a moral individual de cada um dos membros que a compõem, mas a do grupo como um todo, independentemente do fato de eventualmente não ser possível identificar seus componentes,** nem tampouco ser impossível atribuir sentimentos individuais a esta coletividade.

A conclusão lógica é que, se por um lado nem todos os interesses transindividuais possuem caráter diretamente patrimonial, por outro lado, deve haver instrumento hábil à reparação judicial dos interesses extrapatrimoniais, o que se traduz pela valoração do dano para fins indenizatórios, sob pena de se denegar o acesso à justiça.

André de Carvalho Ramos¹¹, ao reconhecer a hipótese de dano moral coletivo, considera

“... com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física, pode não ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa imagem de nossas leis ou mesmo o desconforto da moral pública, que existe no meio social”.

Não obstante, é certo que resistência já houve quanto à admissibilidade do dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, sob o errôneo argumento de que o dano moral estaria vinculado à noção de dor ou sofrimento psíquico do indivíduo, o que seria imensurável no âmbito dos direitos transindividuais.

Sobre o tema, explica mais uma vez Hugo Mazzilli¹² que “não se justifica o argumento de que não pode existir dano moral coletivo uma vez que o dano moral estaria vinculado à noção de dor ou sofrimento psíquico individual. De um lado, os direitos transindividuais nada mais são do que um feixe de lesões individuais; de outro, mesmo que se recusasse o caráter de soma de lesões individuais para o dano moral coletivo, seria necessário lembrar que hoje também se admite uma função punitiva na responsabilidade civil, o que confere caráter extrapatrimonial ao dano moral coletivo”.

É inevitável, portanto, que a consagração da coletivização dos direitos enseje que institutos jurídicos clássicos como o dano moral acompanhem tais mudanças e abandonem aquele ultrapassado prisma exclusivamente individualista, a fim de que seja garantida a efetiva tutela dos direitos transindividuais.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. Revista de Direito do Consumidor nº 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83.

¹² Obra já citada.

Destarte, ao se admitir no ordenamento jurídico brasileiro o dano moral na esfera das pessoas jurídicas, o que fora pacificado pela Súmula 227 do STJ, expurgou-se cabalmente a ideia de dano moral limitado à dor ou sofrimento psíquico individual. Por tais motivos, a reparabilidade dos **danos morais causados à coletividade tem recebido amplo acolhimento na jurisprudência brasileira**, tornando-se, inclusive, posição unânime na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO-TRANSPORTE - PASSE LIVRE – IDOSOS-DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010).

Ou ainda, em outro aresto:

RECURSO ESPECIAL-DANO MORAL COLETIVO-CABIMENTO-ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR-REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO-EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE-INDENIZAÇÃO-FIXAÇÃO PROPORCIONAL -DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO-RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é lara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa tra nsitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea “c” quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

Até mesmo a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, inicialmente refratária à ideia de dano moral coletivo, já sinaliza mudança de entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA

PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL OBJETIVANDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS EM DECORRÊNCIA DE FRAUDES EM LICITAÇÕES PARA A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS. EMISSÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS DE EXCLUSIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS. ART. 535 DO CPC NÃO VIOLADO. UNIÃO FEDERAL ADMITIDA COMO ASSISTENTE. SÚMULA 150 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO RECHAÇADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. Constatado que a Corte regional empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. À luz dos artigos 127 e 129, III, da CF/88, o Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública objetivando indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade de distribuição de medicamentos usadas para burlar procedimentos licitatórios de compra de medicamentos pelo Estado da Paraíba mediante a utilização de recursos federais.

3. A presença da União Federal como assistente simples (art. 50 do CPC), por si só, impõe a competência Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. Incidência da Súmula 150 do STJ: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença da União, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas”.

4. Se as instâncias ordinárias decidiram por bem manter a ora agravante na lide diante do acervo fático-probatório já produzido, não é dado a esta Corte rever os elementos que levaram à tal convicção.

5. É defeso ao Superior Tribunal de Justiça apreciar a alegação de ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, rechaçada pelas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 10/05/2011).

Da mesma forma, o **Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo** já vem adotando posicionamento favorável no tema:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Venda de bebida alcoólica a menor - Violação aos artigos 73 e 81, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Dano moral coletivo caracterizado - Obrigação de indenização do dano que se impõe – Montante fixado que se revela razoável, e adequado à hipótese vertente – Recurso não provido”. (TJ/SP, Apelação nº 0531935-55.2010.8.26.0000, Rel. Encinas Manfré, Câmara Especial, j. 02/05/2011).

Por outro lado, a possibilidade de configuração do dano moral coletivo comporta sua aplicação em duplo aspecto: coletivo e individual homogêneo.

Com efeito, sob o ponto de vista jurídico da tutela dos direitos transindividuais, as condutas dos requeridos podem ser visualizadas por dois diferentes aspectos.

O primeiro deles diz respeito aos constrangimentos e agressões sofridos por cada uma das vítimas das ocorrências relatadas e comprovadas nestes autos, ainda que não tenham sido elas identificadas e qualificadas. Sob este prisma, o dano moral, cuja configuração é inquestionável, possui caráter subjetivo, ou seja, atinge diretamente a esfera da intimidade psíquica do indivíduo.

Nesta hipótese, embora os danos sofridos pelos cidadãos possuam origem comum (no caso, a atuação dos réus), podem eles ser quantificados separadamente para fins de reparação. São, portanto, direitos individuais homogêneos, aqueles cujos titulares são determinados ou determináveis e o objeto da demanda é divisível entre cada um dos lesados, mas a ofensa jurídica possui a mesma origem. É o que se extrai do conceito previsto no artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

Como se não bastasse, deve-se destacar que a presente demanda assume especial relevância na medida em que **as vítimas são pessoas em situação de vulnerabilidade social** e que, em boa parte, seja por questões psíquicas, físicas ou descrença dos próprios familiares, praticamente não reúnem condições de buscarem por si mesmas, pela via da legitimação ordinária, a tutela jurisdicional estatal.

É sabido que, embora a Constituição da República consagre a assistência judiciária gratuita (a ser exercida pela Defensoria Pública, sendo esta já atuante, com destaque, no Estado de São Paulo), expressiva parcela dos

internos se encontram em um triste estado de exclusão social e marginalização, considerados a “última camada da sociedade”, o que, se não impossibilita, ao menos dificulta seu acesso ao Judiciário.

Reforça-se, assim, a importância da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro: garantir o acesso à Justiça e a **defesa de direitos de grupos que, estando seus membros individualmente considerados, dificilmente buscariam a devida prestação jurisdicional.**

Daí a maiúscula responsabilidade do Poder Judiciário na questão. Discorrendo sobre a atuação do profissional do Direito em face das injustiças sociais, lembra o lúcido filósofo do Direito paulista Alysson Mascaro¹³ que

“a preocupação sobre o justo e o injusto deve ser a mais alta preocupação do jurista. Aquele que disser que não quer trabalhar com os problemas da justiça porque essa é uma questão ideológica, automaticamente já escolheu um lado e tomou partido, ideologicamente, da questão: quem nada faz pela justiça do mundo não é um técnico neutro; pelo contrário, é um omissor que legitima a injustiça pelas suas mãos lavadas. Quem se nega a fazer juízo de valor sobre a sociedade existente, querendo ser apenas um técnico jurídico, já fez o juízo de valor de apoiar e legitimar esse atual estado de coisas. Portanto, não é nem neutro nem técnico. É deliberadamente conservador, e lhe agrada o podre cheiro das injustiças sociais presentes”

Sob um segundo aspecto, deve-se considerar que **as proporções dos danos causados pelos requeridos vão muito além de um punhado de ocorrências isoladas, a serem responsabilizadas de forma individual e autônoma**, como se não tivessem nenhuma ligação entre si. Há dois pontos convergentes em todos esses episódios exemplares, os quais compõem uma relação jurídica- base: 1) a conduta abusiva dos réus, em grave descumprimento às políticas de saúde e assistência social; 2) **a atuação timbrada pela violência e pela truculência**, em flagrante violação aos direitos humanos, contra dependentes químicos em situação de vulnerabilidade.

Cumpra reconhecer, assim, que **os abusos perpetrados pelos réus transcendem a honra e a integridade de cada uma das vítimas individualmente consideradas.**

¹³ Alysson Leandro Mascaro, “Introdução ao Estudo do Direito”, 1ª edição, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2007, pág. 236.

Mais do que uma soma de casos individuais de abusos e violência, as ações representam, sob a perspectiva da esfera dos direitos transindividuais, afronta à dignidade da população de dependentes químicos desta cidade, **sendo o elo comum atingido deste grupo o direito ao tratamento digno destinado aos usuários de droga, consubstanciado em uma série de dispositivos constitucionais e legais**. Eis aí a essência do direito coletivo aqui tutelado.

Ora, restou incontroverso que as ações dos réus se desvirtuaram das finalidades anunciadas e propagadas por eles aos familiares e aos próprios pacientes, pelos mais diversos meios, que supostamente seriam de enfrentamento ao consumo de drogas, assumindo o nítido propósito de amedrontar, humilhar e explorar os internos.

Dúvida não há, portanto, acerca da existência de dano especialmente dirigido a esta classe de pessoas.

Quanto a este aspecto, a tutela é coletiva em sentido estrito, nos moldes do disposto no artigo 81, parágrafo único, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os integrantes do grupo lesado são, ainda que de maneira hipotética, determináveis (população de dependentes químicos) e unidos por uma relação jurídica-base; o objeto da demanda, por outro lado, é indivisível entre seus membros, já que não é possível mensurar a dor sofrida por cada um dos lesados para fins de reparação, mas tão somente se forem considerados todos eles como uma única coletividade lesada.

Em outras palavras: trata-se de dano moral coletivo em prejuízo dos dependentes químicos que tenham, por qualquer meio, chegado à cidade de Vargem Grande Paulista na esperança de um tratamento e encontram apenas mais sofrimento e dor, além de prejuízo financeiro.

De se destacar que no interior da clínica havia pessoas de diversos Estados do país. Que se tenha notícia, nenhum era morador da cidade de Vargem Grande Paulista.

A reparação do dano moral sofrido por estas pessoas é medida que se mostra de plena justiça.

Por outro lado, o dano é também difuso no que concerne à população deste município e até mesmo, por que não, de toda a população mundial, porque, ao mesmo tempo, perpetrou grave violação dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, ao sinalizar que segmentos “excluídos” podem ser humilhados, agredidos e violentados.

Axiologicamente, o sentido de justiça e de dignidade de cada cidadão foi ofendido pela atuação ilícita dos requeridos, ensejando evidente dano moral coletivo ou difuso.

VI. VALOR DO DANO MORAL

Mensurar dano moral é sempre tarefa ingrata.

Valores como dignidade humana, integridade física e psíquica, expectativa de atenção socioassistencial e sanitária eficiente, dentre outros, todos vergastados pela hedionda atitude dos réus, não são facilmente aferíveis em cifras monetárias.

Todavia, como o modo de buscar aquela compensação pelo dano produzido deve ser convertido em pecúnia, algum parâmetro, que precisa ser escolhido, **ressalvando, de qualquer modo, que não há dinheiro que pague a honra violada com um tapa na cara** ou a menor cidadania que se reconhece a quem se vê agredido pela pessoa a quem sua saúde e bem estar foram confiados.

01. Quanto aos interesses individuais homogêneos dos dependentes químicos: partindo-se do menor cálculo de quantidade de pessoas que estavam internadas na comunidade ré, que eram 61 pessoas em 31/03/2014, há de se chegar ao valor final mínimo da almejada indenização multiplicando-se um dado valor individual por 61.

O valor individual deve ser buscado no balizamento oferecido pelos Tribunais, a partir de alguns exemplos. A seguir, algumas situações reais enfrentadas pelas Cortes e os respectivos valores indenizatórios fixados:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

- *Expulsão de casa noturna (segurança que torceu o braço e puxou o cabelo da autora) - R\$ 3.500,00 - Apelação nº 9124908-35.2007.8.26.0000.*
- *Disparo indevido de alarme antifurto em loja - R\$ 5.450,00 - Apelação nº 9069884- 22.2007.8.26.0000.*
- *Inscrição indevida do nome em banco de dados de inadimplentes – R\$ 8.000,00 – Apelação nº 9154034-04.2005.8.26.0000.*
- *Abordagem vexatória por segurança da empresa – R\$ 10.000,00 - Apelação nº 0101519-91.2009.8.26.0005.*
- *Lesão corporal de natureza grave – fratura de ossos – R\$ 10.000,00 - Apelação nº 0100048-26.2007.8.26.0000.*
- *Prisão ilegal – R\$ 30.000,00 - Apelação nº 0360378-34.2009.8.26.0000.*
- *Prisão ilegal (pessoa homônima) – R\$ 60.000,00 (100 SM) – Apelação nº 0110018-51.2008.8.26.0053.*
- *Ofensa de advogado à honra de Magistrada–R\$ 109.000,00 <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI145310,51045>.*

- *Homem espancado por engano em Delegacia de Polícia por Desembargador e por Delegado de Polícia – R\$ 150.000,00. Danos morais + R\$ 88.356,00 danos materiais. Apelação nº 9067893-79.2005.8.26.0000.*

Decisões do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:**

- *Disparo indevido de alarme antifurto – R\$ 7.000,00 – Resp 1042208 RJ 2008/0063204 - 5.*
- *Prisão arbitrária por sete horas, sem violência – R\$ 10.000,00 - REsp 1209341 / SP.*
- *Prisão ilegal e lesão corporal por policial civil – R\$ 12.000,00 - REsp 631650 / RO 2004/0021504-5.*
- *Disparo indevido de alarme antifurto – R\$ 15.000,00 – Resp 327679 SP 2001/0055425-8.*
- *Lesão corporal de preso em cadeia pública – R\$ 20.000,00 - REsp 982811 / RR 2007/0204697-8*
- *Protesto indevido – R\$ 20.000,00 – REsp 792051 AL 2005/0177883-0.*
- *Publicação de notícia inverídica – R\$ 22.500,00 – Resp 401358 PB.*
- *Foto no jornal de mulher com o noivo errado – R\$ 30.000,00 - REsp 1053534 RN 2008/0093197-0.*
- *Prisão abusiva, sem violência – R\$ 30.000,00 – Resp 1001056 / PB.*
- *Prisão penal injustificada – R\$ 180.000,00 (300 SM) – Resp 697458 / SP.*

Diante destes exemplos, pode-se arbitrar o dano moral sofrido pelo número de dependentes químicos que se achavam em “tratamento” com os requeridos quando da atuação do Ministério Público em **R\$ 50.000,00**, o que enseja, multiplicando-se pelo número de pessoas que ali estavam em 31/03/2014 (61), um valor total da pretendida indenização em, **no mínimo, R\$ 3.050.000,00** (três milhões e cinquenta mil reais).

02. Interesses difusos da população da cidade: tendo em conta a natureza do dano moral suportado, bastante diverso daquele diretamente sofrido pelos dependentes químicos que se achavam na comunidade terapêutica, fazendo-se uma estimativa per capita, de 5% do valor acima apontado, por exemplo, para cada membro do município de Vargem Grande Paulista, resultaria em R\$ 2.500,00 (5% de R\$ 50.000,00) que multiplicado pelo número de

pessoas que moram no município segundo a última apuração atualizada, do site do IBGE¹⁴, 42.997, chegar-se-ia ao valor de **R\$ 107.492.500,00** (cento e sete milhões quatrocentos e noventa e dois mil e quinhentos reais).

Todavia, considerando-se que o propósito desta demanda não é econômico, pode-se estimar que os danos difusos representem apenas o dobro dos danos individuais homogêneos (3.050 milhões x 2 = 6,1 milhões). Afinal, **o que se pretende nesta ação civil pública é uma indenização que contribua para a afirmação e construção dos direitos humanos, mais que um mero valor pecuniário.**

Ambas as modalidades, portanto, implicam num **pleito final indenizatório de R\$ 9,150 milhões** (3.050 milhões + 6,1 milhões = 9,150 milhões).

VII. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Nos termos do art. 28, do CDC, O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Já a legislação Civil preceitua, em seu art. 50, do Código Civil, que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No caso em apreço, tendo em vista a legislação protetiva, seja por um ou outro diploma legal, indispensável se faz desconsiderar a personalidade jurídica da Clínica Alvorada a fim de que se possa atingir os sócios, já que eles excederam, e muito, os poderes de mera administração e abusaram da personalidade jurídica, tornando, inclusive, ilícito o objeto dela.

Não pode a personalidade jurídica servir de obstáculo ao integral ressarcimento dos danos causados.

Diante de todo o narrado, evidenciado está o abuso, o excesso de poder, a infração de lei e o desvio de finalidade, fundamentos suficientes para determinar a indispensável desconsideração.

¹⁴ <http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=355645>, pesquisa realizada em 02/04/14

VIII. DA DISSOLUÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA

Não se ignora que, para os efeitos jurídicos, a sociedade empresarial se distingue dos membros que a compõem.

A força de regra, entretanto, não é absoluta. Por ter uma função social, o Direito não pode prestigiar a utilização abusiva de seus institutos nem é curial que estes se prestem como anteparo de fraude ou infração à lei. Bem por isso, quando a pessoa jurídica for empregada de modo impróprio ou com fins ilícitos, é passível de SER DISSOLVIDA, no caso concreto, para impedir o advento de um resultado socialmente indesejável.

Considerando os flagrantes abusos praticados por meio desta comunidade terapêutica, verifica-se que os requeridos se utilizam da personalidade autônoma da pessoa jurídica para ludibriar e lesar terceiros.

A Clínica ré, em que pese constar em seu contrato social que possui objeto lícito, somente é utilizada para a violação flagrante da Constituição, das leis e das normas regulamentadoras.

Nesta ordem de ideias, indispensável a sua dissolução, a fim de que não mais pratique tão graves ilicitudes.

IX. IMPOSIÇÃO DE RETIRADA DO SITE DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Como já narrado, necessário se faz a interdição total da clínica ré, a fim de que outros danos não venham ser causados a terceiros “desavisados” que tenham contato com as informações enganosas que constam do site (www.clinicaalvorada.com.br).

Assim, sendo determinada a interdição da clínica, necessário se fará, igualmente, que seja determinada a retirada do referido site do ar.

Ao final, com a justa condenação, deverá ser ele definitivamente removido da rede mundial de computadores.

X. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Nos exatos termos do artigo 12 da Lei 7.347/85 e artigo 461, caput e § 3.º, do Código de Processo Civil, vislumbra-se no presente caso concreto a hipótese de concessão da antecipação parcial dos efeitos da tutela pretendida para o fim de se determinar interdição da CLÍNICA ALVORADA conforme acima aduzido.

Em que pese haver interdição pela Vigilância Sanitária, a qualquer momento a clínica poderá voltar a funcionar, caso demonstre que “fez as adequações necessárias”.

Ora, o presente feito não tem por desiderato apenas impelir os requeridos a fazer adequações físicas na clínica, mas responsabilizá-los pelos hediondos ilícitos que praticaram e impedir que outras pessoas venham a ser afetadas pela atitudes ilegais dos réus.

A relevância dos fundamentos da demanda se faz notória diante da presença de provas contundentes da burla das disposições constitucionais e legais que disciplinam a matéria.

Com efeito, a requerida não preenche nenhum dos requisitos necessários para funcionar como uma COMUNIDADE TERAPÊUTICA.

Também é facilmente dedutível o receio de ineficácia do provimento final se não houver a pronta determinação de finalização das atividades. A ilegalidade do funcionamento da dita “comunidade terapêutica” é flagrante e qualquer outro ser humano que seja ali abrigado se encontrará, na verdade, submetido a essa ilegalidade, na medida em que não há ali o mínimo necessário para o tratamento de sua dependência química.

Não se deve confundir “Comunidade Terapêutica”, legalizada e idônea, com verdadeiros “depósitos de dependentes químicos”, geridos por entidades de duvidosa idoneidade, formadas por pessoas que figuram como indiciadas em inquéritos policiais e comprovadamente infratoras de normas constitucionais e legais.

Tal ilegalidade (funcionamento ilegal da “comunidade terapêutica”) e os riscos dela inerentes são gravíssimos e outras pessoas podem ser vítimas dessa situação.

Como podemos inferir do instrutório, é bem provável que as pessoas que estão sendo levadas a tratamento no local, o fazem por erro, acreditando que se trata de uma COMUNIDADE TERAPÊUTICA totalmente legalizada.

Comprovou-se, ainda, que os internos são tratados com elevado grau de violência, quando se encontram ainda mais fragilizados e acreditando que encontraram uma instituição idônea que os ajudará a ajustar seus passos.

Aliás, pelo que se verificou, o tratamento disponibilizado não é minimamente aceitável, haja vista que se realizam serviços que agridem a dignidade da pessoa humana.

Assim, **permitir que tal situação somente venha a ser regularizada ao final da demanda, implica em prejuízo à saúde, ou mesmo à vida das pessoas** que ainda serão “atendidas” pelo serviço em questão.

Sem dúvida, o fato de não atender à obrigação de proporcionar amparo e melhoria das condições do atendimento aos internos da instituição, já delinea um quadro de inúmeras irregularidades que colocam em risco a saúde, vida e bem-estar dos usuários, sendo que **a delonga na prestação da tutela pleiteada certamente colocará ou manterá em risco os bens de vida (saúde, dignidade, bem-estar), constitucionalmente assegurados** e que aqui pretende-se proteger, evitando-se, repita-se, danos irreparáveis.

Trata-se, de fato, de **verdadeira tutela inibitória.**

XI. DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS

Nos termos do art. 798, do CPC, além dos procedimentos cautelares específicos, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

De clareza solar a presença dos requisitos necessários à concessão cautelar no presente caderno processual, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora* sendo que o primeiro se traduz na plausibilidade do direito ora afirmado, ou seja, o eventual crédito a ser constituído na condenação do espólio nos autos das ações civis públicas em comento.

Já quanto ao segundo requisito, verifica-se cristalina a dificuldade na reparação deste direito, caso os bens não sejam reservados cautelarmente, uma vez que, se partilhados, a chance de se perderem aumenta-se indescritivelmente já que serão transmitidos à administradores diversos o que torna qualquer fiscalização de seus fins mais complexa.

Sobre os elementos processuais indispensáveis à presente demanda, ensinam os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em sua obra Código de Processo Civil Comentado, Décima edição, editora Revista dos Tribunais, página 1116:

Requisitos para cautelar. Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia da execução. (grifos acrescidos)

Ante a presença dos requisitos cautelares legais requer o Ministério Público e a Defensoria Pública a indisponibilidade dos bens dos requeridos até o limite de R\$ 9.150.000,00 milhões (nove milhões e cento e cinquenta mil reais), visando à eficácia de futuras execuções judiciais.

XII. DO PEDIDO

Diante do exposto, requer-se:

a) A concessão de **medida liminar inaudita altera parte** para:

1. A **interdição TOTAL** da entidade CLÍNICA ALVORADA, proibindo-a de receber novos pacientes, sob pena do pagamento de multa no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada adesão;

2. Caso haja pacientes no interior da clínica, sejam eles removidos para outras clínicas que possam recebe-los ou devolvidos aos respectivos núcleos familiares, no prazo de 24 horas, sob pena do pagamento de multa no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

3. Seja retirado da rede mundial de computadores o site www.clinica-alvorada.com.br e proibidos os requeridos de substituí-lo/utilizar-se qualquer outro meio de publicidade para captação de pacientes; não sendo esse o entendimento do juízo, requer-se a imposição de contrapropaganda no site, informando que se trata de comunicade terapêutica e, portanto, não pode receber internações involuntárias, **oficiando-se ao Registro.br e ao GOOGLE para que retirem o domínio do ar;**

4. Sejam indisponibilizados os bens dos réus a fim de garantir futura execução;

b) A citação dos requeridos para, querendo, contestar a presente ação, que deverá seguir o rito ordinário, no prazo legal e sob pena de revelia;

c) A concessão de prazo para juntada das mídias com os vídeos feitos no interior da clínica, posto que ainda não puderam ser degravados;

d) Ao final, requer:

i. a condenação da entidade CLÍNICA ALVORADA, de XXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX na **OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER** consistente na proibição dos requeridos, bem como seus representantes legais ou convencionais, por si ou por meio de seus sucessores ou prepostos, ainda que através da utilização de outra pessoa jurídica ou de nome fantasia diverso, realizar quaisquer atividades relacionadas ao atendimento a pessoas portadoras de dependência química ou qualquer outra síndrome psiquiátrica, vez que não demonstraram condições mínimas de preparo para tão importante e útil *munus* público, promovendo-se a interdição total das atividades exercidas no estabelecimento mencionado, proibindo-se tanto seu funcionamento quanto a eventual admissão de novos internos, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 por dia de descumprimento, uma vez que se tratará de decisão definitiva;

ii. seja determinada a desconsideração da personalidade jurídica da ré Clínica Alvorada, a fim de que o patrimônio pessoal dos sócios Luiz e Sidneia possa ser atingido para pagamento das indenizações.

iii. seja decretada a dissolução da pessoa jurídica Clínica Alvorada;

iv. a condenação da entidade Clínica Alvorada, de XXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX no pagamento de danos morais aos lesados individuais no importe de **R\$ 3.050.000,00;**

v. a condenação da entidade Clínica Alvorada, de XXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ao pagamento de danos morais coletivos no importe de **R\$ 9.150.000,00;**

vi. seja oficiada à ANVISA e a JUCESP comunicando o impedimento dos requeridos para exercer essa atividade, ficando vedada a concessão de licenças e abertura de pessoa jurídica nesse ramo;

vii. seja oficiado ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo para comunicar o aforamento desta ação, a fim de que sejam adotadas as providências que se entender cabíveis;

Protesta-se por provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em Direito, sem exceção de qualquer, especialmente pela oitiva de testemunhas, juntada de documentos novos, perícias, constatações, requisições, depoimento pessoal dos representantes legais das requeridas e outras diligências que se forem necessárias à completa elucidação dos fatos articulados.

Dá-se à causa o valor de **R\$ 9.150.000,00** (nove milhões cento e cinquenta mil reais).

Vargem Grande Paulista, 02 de abril de 2014

MARIA JÚLIA KAIAL CURY
Promotora de Justiça

Rafaela D'Assumpção Cardoso Glioche
Analista de Promotoria

ACP - Alterações Ilegais do Zoneamento Municipal

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JUNDIAÍ,

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu representante, com fundamento nos artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição da República; nos arts. 91 e 111 da Constituição do Estado de São Paulo; no art. 25, IV, “a”, da Lei Federal nº 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); no art. 103, inciso VIII, da Lei Complementar Estadual nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo); Lei Federal nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), bem como nas demais normas correlatas, vem propor a presente

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA, PARA DEFESA DO ORDENAMENTO URBANO E DO MEIO AMBIENTE,

pelo procedimento ordinário, **COM PEDIDO DE LIMINAR**, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos, em face do

MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, pessoa jurídica de direito público interno, que deverá ser citada na pessoa do atual Prefeito Municipal, no Paço Municipal;

A presente inicial está instruída com o Inquérito Civil sob nº 4845/14, da **Promotoria de Justiça de Urbanismo e Meio Ambiente de Jundiaí**. Todas as referências de fls. estão relacionadas às peças que instruíram o aludido procedimento investigatório.

O Município promoveu alterações do zoneamento, de Rural e de Conservação Ambiental Urbana (com características rurais) para Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, com acréscimo significativo da densidade e área mínima dos lotes, **em imóveis determinados, com interesses predominantemente privados (embora a pretexto de conferir moradias à população de baixa renda)**, sem estudos técnicos e adequado planejamento, desrespeitando normas da Constituição Federal, do Estatuto da Cidade, da própria Lei Orgânica Municipal e do seu Plano Diretor, com prejuízo à legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa, resultando em danos ao padrão urbanístico e ao meio ambiente.

Ainda, o Município de Jundiaí está prestes a doar áreas limítrofes a uma das áreas em que promoveu alteração do zoneamento, pretendendo aprovar empreendimentos imobiliários nas áreas das matrículas 83.801 e 83.802, de propriedade da FUMAS, adquiridas mediante desapropriação, **em áreas classificadas como Zona de Conservação Ambiental Urbana**, onde

a atividade não é permitida pela legislação urbanística em vigor, sem que tivesse havido alteração das áreas para Zonas Especiais de Interesse Social, o que de qualquer forma não seria possível.

I. DOS FATOS

I.1. ALTERAÇÃO DO ZONEAMENTO EM DUAS ÁREAS DISTINTAS.

1. O Município de Jundiáí, por iniciativa da FUMAS – Fundação Municipal de Ação Social, encampada pelo Executivo Municipal, encaminhou projeto de lei, que restou aprovado pelo Legislativo, resultando na sanção e edição da Lei Municipal 8219, de 22.05.14 (fls. 04/14), transformando duas áreas, a saber:

a) **Área A**, com 139.390,61 m², no **Bairro Castanho**, inserida no Plano Diretor como **MACROZONA RURAL e ZONA DE CONSERVAÇÃO DA SERRA DOS CRISTAIS E DO CASTANHO**, para ZONA ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL – ZEIS (MACROZONA URBANA);

b) **Área B**, com 232.127,92 m², no Bairro do Poste, inserida no Plano Diretor como ZONA DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL URBANA (com características RURAIS, próxima do Bairro do Traviu, este integrante da Macrozona Rural e Zona de Conservação do Vale do Rio Jundiáí), para ZONA ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL – ZEIS (MACROZONA URBANA).

2. Essas alterações foram realizadas sem os adequados estudos técnicos, de forma isolada e envolvendo imóveis específicos, sem contemplar o município como um todo, nem mesmo as regiões onde inseridos. Em resposta da Prefeitura de Jundiáí aos questionamentos do Ministério Público (fls. 20/22), ficou evidenciada a falta de estudos técnicos, podendo-se destacar:

a) que a área A (Castanho), é de propriedade de VINCI AGRO PASTORIL ASSESSORIA E PARTICIPAÇÃO LTDA. (fls. 33), empresa que já no ano de 2008 postulou diretrizes para construção de “edificações verticais de apartamentos residenciais”, recebendo certidão negativa, por ser Rural e Zona de Conservação da Serra dos Cristais (fls. 90);

b) que a área B (Poste), compõe apenas a matrícula 83.803 (fls. 156/159), de propriedade ARANTES ALIMENTOS LTDA., que alienou fiduciariamente para o Banco BBM S.A. para garantia da dívida constituída por HABITAR BRASIL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.; anteriormente essa área era de propriedade de IRMÃOS CARBONARI S.A. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, mesma proprietária das matrículas 83.801 e 83.802 (fls. 260/268), áreas essas desapropriadas pela FUMAS no ano de 2005; a FUMAS reconheceu que a área da matrícula 83.803, ressetorizada

para ZEIS, foi avaliada para fins de desapropriação, “com interesse de incorporar nas duas áreas acima mencionadas, não tendo havido prosseguimento por questões orçamentárias” (fls. 115);

c) que antes das alterações promovidas por aludida lei municipal, a área A (Castanho - Rural, Zona de Conservação da Serra dos Cristais e do Castanho) tinha como **parcelamento mínimo 20.000 m2, com percentual de 10% de ocupação**, passando, com as alterações promovidas, para fracionamento até 150 m2 e 60% de ocupação (fls. 84/86 e 120/121);

d) a área B (Poste – Zona de Conservação Ambiental Urbana) tinha como **parcelamento mínimo 1.000 m2, com percentual de ocupação da gleba de 20% e do lote após parcelamento de 50%**, passando, com as alterações, para fracionamento até 150 m2 e 60% de ocupação (fls. 84/86 e 120/121);

e) para fundamentar o projeto de lei, houve o reconhecimento de que **“há inúmeros vazios urbanos disponíveis no município, no entanto, a inexistência de Instrumentos do Estatuto da Cidade regulamentados no município**, com exceção da Zona Especial de Interesse Social – ZEIS, prejudica a implantação da Política Municipal de Habitação” (fls. 34);

f) igualmente que há um Plano Diretor Participativo em andamento para fins de revisão da legislação urbanística em vigor (fls. 34);

g) houve parecer da Procuradoria e Consultoria Jurídica do Município recomendando **evitar-se alteração pontual do Plano Diretor, sob pena de invalidade, pois não atenderia os princípios da impessoalidade e isonomia, bem como que as normas dessa natureza possuem efeitos concretos, que há necessidade de estudos técnicos pertinentes, aprovação do INCRA em relação à transformação de área rural para urbana, bem como apreciação do Conselho Municipal do Plano Diretor e do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente** (fls. 38/44); tal parecer foi acolhido pela Diretora Técnica-Jurídica e Secretário Municipal de Negócios Jurídicos, com ênfase aos efeitos concretos da legislação pretendida, necessidade de estudos técnicos, aprovação do INCRA e dos Conselhos Municipais referidos (fls. 107/108); apesar disso, foi ignorado, sem adoção das medidas propostas para conferir legalidade à alteração legislativa pretendida;

h) as alterações não foram submetidas para avaliação e aprovação do COMDEMA – Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente (embora conste aprovação pelo Conselho Municipal do Plano Diretor, que impôs condicionantes que não foram observadas, e pelo Conselho Municipal de Habitação – fls. 77/78 e 127/134), nem do INCRA, **muito menos houve estudos técnicos adequados e suficientes, conforme asseverado pelo setor técnico competente** (fls. 84/87);

i) reconhecendo haver instrumentos adequados no Estatuto da Cidade, ao invés de regulamentar os instrumentos no plano municipal (para viabi-

lizar a Política Habitacional), ou mesmo incluir as alterações pretendidas na proposta de alteração global do Plano Diretor em estudo, desconsiderando pareceres jurídicos, preferiu-se as ressetorizações em expediente iniciado em abr/14 e concluído com a sanção da Lei Municipal 8219, em 22.05.14, confirmando ausência de estudos técnicos suficientes e adequados;

j) inicialmente somente a área A (Castanho) fazia parte da proposta de ressetorização, sendo inserido no curso do expediente também a área B (Poste), a pedido da Secretaria Municipal da Casa Civil - SMCC, após os pareceres jurídicos indicando várias providências e atenção a diversos aspectos (fls. 51);

k) o Município reconheceu expressamente que **não possui um planejamento habitacional** (fls. 117, 124 e 125), que **está contratando estudos para um Plano Local de Habitação de Interesse Social**, com revisão da legislação para implantação da Política Municipal de Habitação, incluindo **demarcação dos vazios urbanos** (fls. , 101, 122), além da **revisão do Plano Diretor** (fls. 103 e 112); que há uma **expansão urbana acelerada e descontrolada há muitos anos no município** (fls. 107 e 125); mesmo com todas essas considerações, optou por fazer as ressetorizações sem estudos técnicos, tentando argumentar ser medida emergencial;

l) que há um déficit habitacional para renda até 3 salários mínimos de 4.347 unidades (fls. 167), com 20.000 famílias cadastradas na FUMAS (FLS. 107), sendo que para a área A (Castanho) estão previstas 600 unidades, com PROJETO EM ANDAMENTO na FUMAS (fls. 123); as medidas adotadas irão permitir um número insuficiente para a demanda existente, não havendo certeza se a população de fato será atendida, dependendo de aspectos de renda e valor dos imóveis.

4. A Lei 8219/14 permite um aproveitamento urbano muito maior do que a classificação dada para aludidas áreas pelo Plano Diretor em vigor, valorizando significativamente as áreas envolvidas. Não houve um estudo de toda a região, com envolvimento de diferentes proprietários. Ao contrário, houve análises pontuais, **alterando-se o zoneamento somente em relação a duas propriedades, com nítidos interesses econômicos e empresariais.**

5. A Prefeitura de Jundiáí não realizou estudos técnicos suficientes e embasados, sequer respondendo a aspectos levantados pelo Ministério Público como DISPONIBILIDADE HÍDRICA, EQUIPAMENTOS PÚBLICOS E SERVIÇOS PÚBLICOS, ALÉM DE LEVANTAMENTO DOS VAZIOS URBANOS (fls. 21).

5.1. Em relação aos RECURSOS HÍDRICOS é notória a sua escassez na realidade, o que não é diferente em relação ao Município de Jundiáí, COM

CRESCIMENTO POPULACIONAL ACIMA DA MÉDIA. O Município capta em parte água de outra bacia hidrográfica, ou seja, não possui uma bacia hidrográfica que garanta o abastecimento da população, crescente a cada ano.

5.2. A falta de estudos relacionados aos RECURSOS HÍDRICOS, expansão sobre áreas rurais e de conservação ambiental, sem resolver as questões sobre seus vazios urbanos (reconhecido pelo próprio Município), aumentam ainda mais o crescimento acelerado e desordenado (como também reconhecido pelo Município), geram prejuízos ambientais e urbanísticos para toda a população, inclusive aqueles que em tese poderiam almejar moradias para baixa renda.

6. Em que pese o respeito pelos profissionais que firmaram parecer e elaboraram diretrizes para futuro aproveitamento da área B (Poste), pela Secretaria Municipal de Planejamento e Meio Ambiente (fls. 139/140), a verdade é que são ocupantes de cargos em comissão, não submetendo a situação aos órgãos técnicos competentes, nem mesmo ao COMDEMA. Tais elementos revelam a necessidade de estudos técnicos, que devem ser prévios, invertendo-se o que ocorre rotineiramente de aprovar-se empreendimentos e depois verificar-se a falta de equipamentos públicos, serviços, água, saneamento, etc. Em que pese argumentos de que os empreendimentos pretendidos para as áreas reclassificadas deverão contar com licenciamento e exigências urbanísticas, a verdade é que o licenciamento não impedirá a ocorrência de danos ambientais e urbanísticos, nem afasta a necessidade de cumprir as regras pertinentes ao Planejamento Municipal, sem o que haverá reflexos negativos para toda a comunidade.

7. Apesar de toda essa situação e crescimento acelerado e desordenado, ao invés de uma reforma do Plano Diretor, que seja adequada, eficiente, preferiu-se ampliar as áreas para ocupações urbanas, com densidade acentuada, em detrimento de áreas rurais e de proteção ambiental.

8. Assim, atendendo aos interesses predominantemente privados dos proprietários dos **dois imóveis** (cada um em extremos do Município), que tiveram suas áreas valorizadas, com aproveitamento antes não permitido, os agentes políticos que ocupam cargos na administração Municipal de Jundiá, sem nenhum critério previamente definido, sem atender sequer orientações jurídicas, permitiram as alterações legislativas, contendo inúmeros vícios de legalidade, impessoalidade, isonomia, eficiência.

9. Os proprietários das áreas em questão, são ou estão ligados a EMPREENDEDORES IMOBILIÁRIOS. As alterações de zoneamento, permi-

tindo índices muito maiores de aproveitamento, permitirão a implantação de LOTEAMENTOS, valorizando acentuadamente os imóveis. Entretanto, o direcionamento e a ausência de adequado planejamento e estudos técnicos, traz prejuízos urbanísticos e ambientais, com vantagens econômicas para somente DOIS proprietários, sendo uma das áreas anteriormente classificada como RURAL e de CONSERVAÇÃO DA SERRA DOS CRISTAIS E CASTANHO (fls. 88), bem como a outra de CONSERVAÇÃO AMBIENTAL URBANA (fls. 89), de características ainda rurais e **próxima de outra região protegida, que envolve a Macrozona Rural, incluindo o Bairro do Traviu e também Zona de Conservação do Vale do Rio Jundiáí.**

10. Não pretende o Ministério Público posicionar-se contra empreendimentos habitacionais populares. Ao contrário. Há normas a serem respeitadas, sem o que o prejuízo será para a população de baixa renda e para todos os demais munícipes, afetados por atividades sem o devido respeito ao Planejamento Municipal. O Município reconheceu que há instrumentos para permitir a Política Habitacional, faltando regulamentação municipal. Deixou de promover essa regulamentação, de levantar e resolver o problema dos vazios urbanos, promovendo o desrespeito a outras normas e princípios, favorecendo dois proprietários, em detrimento de toda a população. O argumento de atendimento da população de baixa renda é o mesmo para a necessidade de geração de empregos, de renda, de fomentar o comércio, impostos, etc., ou seja, utiliza-se esse tipo de argumento, não se resolve o problema, que continua: crescimento desordenado, sem planejamento, danos aos padrões urbanísticos e ambientais. Se há leis urbanísticas e ambientais, também devem ser observadas mesmo que para habitações populares e todas as demais outras atividades que fomentam crescimento e desenvolvimento, em harmonia à sustentabilidade pretendida, com respeito à Constituição Federal, aos seus princípios, incluindo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ligado também que está à dignidade da pessoa humana.

I.2. PRETENSÃO DE CONSTRUÇÃO COM ALTO ÍNDICE DE OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL URBANA.

11. Apurou-se, também, que o Município de Jundiáí doará e pretende aprovar empreendimentos imobiliários nas áreas das matrículas 83.801 e 83.802, de propriedade da FUMAS, adquiridas mediante desapropriação, **em áreas classificadas como Zona de Conservação Ambiental Urbana**, onde a atividade não é permitida pela legislação urbanística em vigor, valendo destacar:

a) as matrículas 83.801 e 83.802 foram objeto de desapropriação pela FUMAS (fls. 260/268), em 2005, para fins de “implantação de empreendimento habitacional de interesse social”;

b) como mencionado anteriormente, também pretendeu-se a desapropriação da matrícula 83.803 (que fora anteriormente do mesmo proprietário das matrículas 83.801 e 83.802), que chegou a ser avaliada, “com interesse de incorporar nas duas áreas acima mencionadas, não tendo havido prosseguimento por questões orçamentárias” (fls. 115);

c) a Lei Municipal 8.218/14 (fls. 285/289) autorizou a doação das áreas das matrículas 83.801 e 83.802 ao fundo de Arrendamento Residencial – FAR, representado pela Caixa Econômica Federal, para fins de construção de moradias destinadas à alienação para famílias de baixa renda; essa lei ou mesmo a desapropriação realizada anteriormente, não podem alterar o zoneamento previsto no atual Plano Diretor, ou seja, Zona de Conservação Ambiental Urbana;

d) não obstante, pelo zoneamento municipal, as áreas que compõe as matrículas 83.801 e 83.802 **continuam inseridas na Zona de Conservação Ambiental Urbana, onde o parcelamento mínimo é de 1.000 m²**, com percentual de ocupação da gleba de 20% e do lote após parcelamento de 50% (fls. 84/86 e 120/121);

e) não houve igualmente, nem estudos técnicos suficientes e adequados, nem alteração legislativa, que deveria contar também com aprovações do COMDEMA e Comissão do Plano Diretor, entre os demais requisitos já mencionados e conforme fundamentos jurídicos a seguir, estando na iminência de aprovações de empreendimentos sem amparo pela legislação municipal.

12. As situações narradas, tanto no Bairro Castanho (antes classificada como rural e de Conservação da Serra dos Cristais e Castanho), como no Bairro do Poste (matrícula 83103 – antes classificada como Zona de Conservação Ambiental), transformadas para ZEIS, bem como as áreas das matrículas 83101 e 83102 (também no Bairro do Poste), ainda classificadas como Zona de Conservação Ambiental, onde se pretende aprovar empreendimentos imobiliários com alta densidade demográfica, **INTERFEREM nas regiões com características RURAIS**, sem infraestrutura e serviços públicos suficientes, com prejuízos urbanísticos, ambientais e aos recursos hídricos. A população vizinha às áreas do Bairro do Poste confirmam tais informações e preocupações, por Associações Representativas e extenso abaixo-assinado, revelando que a população envolvida não foi ouvida quando da audiência pública realizada apenas para cumprir o formalismo (fls. 293/301 e 384/401).

13. Os fatos narrados evidenciam a necessidade de respeito ao planejamento municipal, **considerando todo o Município de Jundiá, após os adequados estudos técnicos e cumpridas as demais formalidades legais, impedindo-se a continuidade de condutas dessa natureza que prejudiquem toda a população.**

II. DO DIREITO

II.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

1. Um dos postulados básicos estabelecidos pela Constituição Cidadã de 1988 é que a propriedade não se concebe sem atender a sua **função social** e sem respeito ao **meio ambiente** (art. 170, III e VI, da CF).

2. Regulando a Política Urbana, o artigo 182, “caput”, da Constituição da República, estabelece que:

“A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.”

3. O citado dispositivo da Carta Magna é de clareza mediana e serve de verdadeiro referencial para o caso concreto. Em primeiro lugar fica realçada a competência concorrente em matéria urbanística. Em segundo lugar, o Município também deve zelar pelo crescimento ordenado, pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e pelo bem estar de seus habitantes.

4. Se tais objetivos não forem perseguidos pelo Município, fatalmente haverá o afastamento do interesse público secundário (interesse dos governantes) e do interesse público primário (interesse da comunidade), gerando o interesse de agir do Ministério Público na defesa de interesses difusos e coletivos.

5. É preceito Constitucional dos mais importantes que o Município deve atentar para a “**cooperação das associações representativas no planejamento municipal**” (art. 29, XII, CF), constituindo verdadeiro planejamento urbanístico democrático. Não se ouviu o COMDEMA no caso concreto, nem se registrou detalhes em relação a posição contrária da população na audiência pública realizada apenas para cumprir-se o formalismo (fls. 15/18, 23, 293/301 e 384/401). Não se permitiu à população um envolvimento concreto, nem acesso aos estudos técnicos que justificassem as alterações, até porque não foram realizados pelo Município.

6. E o Plano Diretor é OBRIGATÓRIO, constituindo-se instrumento BÁSICO da POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO e de EXPANSÃO URBANA

(art. 182, § 1º, CF), sendo enfática a disposição constitucional no sentido de que “**a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor**” (art. 182, § 2º).

7. A Constituição Estadual também exige o PLANO DIRETOR para todos os seus municípios (fls. 181, § 1o). E não poderia ser diferente, tendo em vista as peculiaridades do Estado de maior desenvolvimento, necessitando de um crescimento organizado, evitando-se aumentar os problemas sociais existentes (crescimento de favelas, conflitos entre atividades industriais e residenciais, danos ambientais, falta de água e de saneamento básico, etc.).

8. Assim, deve-se respeito ao PLANO DIRETOR, que não pode sofrer alterações PONTUAIS (envolvendo duas propriedades), ferindo-se a IMPESSOALIDADE e ISONOMIA. As alterações pontuais de área rural e conservação ambiental para ZEIS, desrespeitam princípios constitucionais, necessitando para tanto que houvesse efetivo planejamento urbano e tratado o Município como um todo, com o envolvimento da comunidade (art. 29, X, da Constituição Federal).

9. Ainda o art. 180, “caput”, da Constituição do Estado de São Paulo, dispõe que:

“No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I – o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a **garantia do bem-estar de seus habitantes;**

II – **a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;**

III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;

IV – **a criação e manutenção de áreas de especial interesse** histórico, **urbanístico, ambiental**, turístico e de utilização pública;

V – a **observância de normas urbanísticas**, de **segurança**, higiene e **qualidade de vida;**...”

10. Nossa Constituição Bandeirante em seu art. 154, § 2º, assegura a participação da população no processo de planejamento e tomada de decisões, que tem por objetivo a melhoria da qualidade de vida, bem como

a utilização racional do território, dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, mediante o **CONTROLE DA IMPLANTAÇÃO DOS EMPREENDIMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS NA REGIÃO** (art. 152, I e III).

11. Ainda do mesmo diploma extraímos a regra de respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para execução de obras, atividades, processos produtivos, empreendimentos e exploração de recursos naturais de qualquer espécie, pelos setores público e privado (art. 192).

12. Também o art. 193 da Constituição Paulista prevê a implantação de sistema de administração da qualidade ambiental, para proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente, visando organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, **ASSEgurada a PARTICIPAÇÃO DA COLETIVIDADE**, com o fim de:

“XXI – realizar o **planejamento** e o **zoneamento ambientais**, considerando as características **regionais e locais**, e articular os respectivos planos, programas e ações”.

13. Por sua vez, o art. 181 da Carta Paulista **exige legislação municipal** de conformidade com as diretrizes do plano diretor para regulamentar o zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes, complementando que os **PLANOS DIRETORES**, obrigatórios, **DEVERÃO CONSIDERAR A TOTALIDADE DE SEU TERRITÓRIO MUNICIPAL** (§ 1°).

II.2. O ESTATUTO DA CIDADE

1. A Lei no 10.257/01, denominada **ESTATUTO DA CIDADE**, regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, de cumprimento obrigatório por parte de todos os Municípios.

2. As regras do Estatuto da Cidade deixam evidentes as irregularidades praticadas pelo Município de Jundiaí, culminando em prejuízos urbanísticos e ambientais, portanto, atingindo toda a sociedade.

3. O artigo 2° desse diploma merece transcrição integral, para demonstrar várias das ilegalidades praticadas, onde cada palavra merece atenção e destaque para correto entendimento do tema:

“Art. 2º - A política urbana tem por objetivo **ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana**, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – **garantia do direito a cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao **saneamento ambiental**, à **infra-estrutura urbana**, ao **transporte e aos serviços públicos**, ao **trabalho** e ao **lazer, para as presentes e futuras gerações**;

II – **gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas** dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, **em atendimento ao interesse social**;

IV – **planejamento do desenvolvimento das cidades**, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, **de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente**;

V – **oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais**;

VI – **ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar**:

a) **a utilização inadequada dos imóveis urbanos**;

b) **a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes**;

c) **o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana**;

d) **a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente**;

e) **a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização**;

f) **a deterioração das áreas urbanizadas**;

g) **a poluição e a degradação ambiental**;

h) a exposição da população a riscos de desastres.

VII – **integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais**, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais.”

4. Entre outras disposições das mais importantes no ESTATUTO DA CIDADE, e para cumprimento das diretrizes gerais do art. 2º, temos:

a) o art. 4º prevê instrumentos, entre eles **planos regionais e estaduais de ordenação do território**, bem como o **planejamento municipal**, em especial com uso do **Plano Diretor, zoneamento ambiental, estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança**;

b) os arts. 39 e 40 dispõem que o **Plano Diretor** deve atender as diretrizes do art. 2º, constituindo **instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, devendo englobar o território do Município como um todo**, mediante **audiências públicas, debates com a população e associações representativas**, além da necessária **publicidade e acesso a qualquer interessado aos documentos e informações produzidos**.

5. O art. 42-B do Estatuto da Cidade, com a redação dada pela lei 12.608/12, dispõe que **para AMPLIAR O PERÍMETRO URBANO o Município deve cumprir diversos requisitos**, o que não foi cumprido em relação à Lei Municipal 8219/14, não tendo, portanto, eficácia. Estão entre as exigências a:

“III - **definição de diretrizes específicas e de áreas que serão utilizadas para infraestrutura, sistema viário, equipamentos e instalações públicas, urbanas e sociais**;

IV - **definição de parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e contribuir para a geração de emprego e renda**;

V - a previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, **quando o uso habitacional for permitido**;

VI - **definição de diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental** e do patrimônio histórico e cultural; e

VII - **definição de mecanismos para garantir a justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização do território de expansão urbana e a recuperação para a coletividade da valorização imobiliária resultante da ação do poder público**.”

6. Tais requisitos e exigências são prévias à expansão urbana sobre a zona rural.

7. **Não se cumpriu sequer o art. 53 da Lei 6766/79, que exige prévia manifestação do INCRA para transformação de área RURAL em UR-**

BANA, conforme aliás ventilado no parecer jurídico da própria Prefeitura, totalmente ignorado.

8. E o CONSELHO DAS CIDADES, editou a Resolução n° 34, de 1° de julho de 2005, onde se destaca a importância do Plano Diretor e que ele contemple “as ações e medidas para assegurar o cumprimento das funções sociais da cidade, considerando o território rural e urbano” (art. 1°, I). E para tanto, o art. 2° exige sejam contemplados:

“I – espaços coletivos de **suporte à vida na cidade**, definindo áreas para atender as necessidades da população de equipamentos urbanos e comunitários, mobilidade, **transporte e serviços públicos**, bem como **áreas de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural** e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

II - ... **sistema viário básico**;

III – a universalização do **acesso à água potável, aos serviços de esgotamento sanitário, a coleta e disposição de resíduos sólidos e ao manejo sustentável das águas pluviais, de forma integrada às políticas ambientais, de recursos hídricos e de saúde**;

...”

8.1. O texto destacado, assim como o restante do conteúdo da aludida Resolução, em consonância com o *Estatuto da Cidade*, demonstram que não houve cumprimento de tais requisitos em relação aos fatos expostos, prevalecendo interesses predominantemente particulares, patrimoniais, em detrimento do interesse público e social, exigindo no futuro inúmeros ônus ao Poder Público e, portanto, à coletividade, com o crescimento desordenado, além dos outros aspectos já enfocados.

9. Em artigo denominado “Aspectos Jurídicos do Plano Diretor” (*in* Temas de Direito Urbanístico, 4° volume, publicação do Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial, pág. 79/108), o Mestre e Doutor DIOGENES GASPARINI, advogado e um dos mais respeitados urbanistas brasileiros, resume alguns dos pontos mais importantes e aplicáveis na espécie.

9.1. Assim, discorrendo sobre a **unicidade do Plano Diretor**, leciona:

“O Plano Diretor, afirma HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit. p. 394), em lição ainda válida na vigência do *Estatuto da Cidade*, deve ser uno e único.

Vale afirmar: o Plano Diretor não pode estar consubstanciado em várias leis. Por dita razão, é uno, indivisível, e eventuais leis que venham alterar sua estrutura, acolhendo ou proscrevendo institutos urbanísticos, não podem ser havidas como Planos Diretores. De outro lado, não pode existir mais de um Plano Diretor. Para cada Município somente deve vigorar um Plano Diretor, pois prescreve o § 2º do art. 40 desse diploma legal, que o Plano Diretor deverá englobar o território do Município como um todo... Em suma: o Plano Diretor é a lei municipal geral de planejamento e instrumento fundamental da política de desenvolvimento e expansão urbana do Município.”

9.2. Prossegue o autor lembrando da possibilidade de **Planos setoriais**, os quais, entretanto, “devem observar o mesmo processo de elaboração e instituição do Plano Diretor”.

9.3. E na elaboração do Plano Diretor e suas revisões, “não pode se afastar das diretrizes instituídas pelo *Estatuto da Cidade* nem de normas gerais de conteúdo urbanístico, como é a Lei Federal do Parcelamento do Solo Urbano”.

9.4. Ainda faz considerações sobre a necessidade de “prévia discussão com a população e associações representativas dos vários segmentos da comunidade”, lembrando que “de outro modo estaria fraudada a determinação do art. 40, § 4º, I, do *Estatuto da Cidade*”. Quanto ao quorum entende o autor que para “aprovação da lei do Plano Diretor e de suas alterações é de dois terços dos membros da Câmara de Vereadores, a exemplo do que prescreve o art. 87 da Lei Orgânica de Belo Horizonte”, segundo ele “**dito quorum dificulta a alteração do Plano Diretor, defendendo-o contra investidas inescrupulosas de certos especuladores imobiliários**”.

10. É certo, portanto, se o Plano Diretor é exigência constitucional e legal, não se pode transformar áreas até então rurais e de conservação ambiental para urbanas ou com maior aproveitamento, sem a existência daquele e o que é pior, contrariando os requisitos próprios de sua eficácia. O desenvolvimento urbano, assim, está vinculado a prévia elaboração, estudos, discussões e aprovação do Plano Diretor, ou seja, depende de PLANEJAMENTO MUNICIPAL.

11. Não cumpriu o Município de Jundiaí sua obrigação constitucional e legal de adequado planejamento; promoveu alterações pontuais do território rural para urbano, de conservação ambiental para aproveitamento muito superior ao anteriormente permitido, visando implantação de empreendimentos imobiliários, no interesse particular dos proprietários das áreas, afastando-se

do interesse público e social; as exigências do *Estatuto da Cidade* não foram cumpridas, sendo que tanto para o Plano Diretor, como para suas alterações, devem ser cumpridas as exigências daquela lei federal; por iguais razões, não deveria ter sido aprovada a Lei Municipal 8.219/14, posto que não cumpriu aqueles requisitos; o Plano Diretor poderia ter sido revisado, cumpridos todos os requisitos legais, entre eles, a consideração do território do Município como um todo, respeitado o interesse público e social, bem como a defesa do meio ambiente e a adequada interação e respeito ao meio rural e das áreas de preservação e conservação ambiental.

II.3. A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

1. A própria legislação municipal prevê a necessidade de adequado planejamento, impedindo as condutas narradas.

2. O art. 135 da Lei Orgânica de Jundiaí dispõe que “O Município deverá organizar a sua administração, exercer atividades e promover sua política de desenvolvimento urbano e rural dentro de um processo de planejamento permanente, **atendendo aos objetivos e diretrizes estabelecidos no Plano Diretor.**”, bem como que este último “**é o instrumento orientador e básico dos processos de transformação do espaço urbano e rural e de sua estrutura territorial, servindo de referência para todos os agentes públicos e privados que atuam no Município.**” (parágrafo único). Ainda, o art. 136 do mesmo diploma, dispõe que “O Plano Diretor será revisto a cada 5 (cinco) anos, em suas metas ou diretrizes.”

3. O Município contrariou com a Lei 8219/14 (ressetorizações), bem como com a Lei 8218/14 (autoriza doação das matrículas 83.801 e 83.802 – situadas em Zona de Conservação Ambiental), norma de caráter geral e que compõe o **Plano Diretor do Município**. Assim, vale verificar o que dispõe a Lei Municipal 7858/12, que “Reformula o zoneamento urbano e os critérios de uso e ocupação do solo”, não alterada especificamente pelas Leis Municipais 8219/14 e 8218/14:

”Art. 137. **Em qualquer imóvel da macrozona urbana, com exceção daqueles situados nas Zonas de Conservação Ambiental Urbana (ZCAU)**, será permitido o loteamento ou conjunto de edificações com área mínima de 150,00m² (cento e cinquenta metros quadrados) e frente mínima de 7,50m (sete metros e cinquenta centímetros), desde que sejam atendidas as seguintes condições:
...”

4. Assim, a partir do art. 134 da Lei Municipal 7858/12 (integrante do Plano Diretor), **dispõe a legislação municipal sobre o Interesse Social, permitindo ampliar os usos de imóveis para atender empreendimentos voltados à população de baixa renda.** Entretanto, deixou claro no texto analisado, que **na Zona de Conservação Ambiental e, por óbvio, na zona rural, tais empreendimentos não são permitidos.** Assim, as leis combatidas não poderiam alterar normas que compõe o PLANO DIRETOR, alterando zona rural para urbana, ainda de Conservação da Serra dos Cristais, bem como outra área de Zona de Conservação Ambiental Urbana, ambas para Zona Especial de Interesse Social, sem os devidos estudos técnicos, planejamento global, etc., conforme demais fatos e fundamentos apresentados.

5. Não poderia, assim, o Município transformar áreas rurais e de preservação e conservação em Zonas Especiais de Interesse Social, sem alterar o próprio Plano Diretor, que impede tais usos para ZEIS em zona rural e na Zona de Conservação Ambiental Urbana. Também não pode pretender autorizar construções em áreas que estão classificadas como Zona de Conservação Ambiental Urbana, pois a lei que autoriza a doação das áreas não atende o regramento para revisão do Plano Diretor.

6. Voltando à Lei Orgânica do Município, vale a transcrição de norma que revela quais as exigências para a elaboração do Plano Diretor, sujeitando, igualmente, toda e qualquer alteração ou atualização dele:

“Art. 138. A elaboração do Plano Diretor deverá compreender as seguintes fases, com extensão e profundidade, respeitadas as peculiaridades do Município de Jundiá:

I - estudo preliminar, abrangendo:

- a) avaliação das condições de desenvolvimento;**
- b) avaliação das condições da administração;**

II - diagnóstico:

- a) do desenvolvimento econômico e social;**
- b) da organização territorial;**
- c) das atividades-fins da Prefeitura;**
- d) da organização administrativa e das atividades-meio da Prefeitura;**

III - definição de diretrizes, compreendendo:

- a) política de desenvolvimento;**
- b) diretrizes de desenvolvimento econômico e social;**

c) diretrizes de organização territorial;

IV - instrumentação, incluindo:

a) instrumento legal do Plano Diretor;

b) programas relativos às atividades-fins;

c) programas relativos às atividades-meio;

d) programas dependentes da cooperação de outras entidades públicas;

e) programas dependentes da cooperação de outras entidades representativas ou associativas.”

7. Não cumprindo tais normas, exigências da Lei Orgânica, não se pode permitir eficácia para as Leis combatidas, havendo vícios insanáveis.

II.4. PLANEJAMENTO URBANÍSTICO DEMOCRÁTICO

1. Todos os fundamentos jurídicos analisados conduzem ao consenso da exigência de **planejamento urbanístico democrático**.

2. E para consolidar tudo quanto já exposto, necessários alguns apontamentos quanto ao entendimento doutrinário extraído do Texto Constitucional.

3. Em abalizada lição, o sempre lembrado e festejado JOSÉ AFONSO DA SILVA leciona destacando sobre a necessidade de um planejamento permanente e geral:

“O planejamento urbanístico, em nível municipal especialmente, ocasiona custos sociais muito grandes pelos condicionamentos e limitações que impõe à atividade e aos bens dos particulares. Esses custos são, no entanto, amplamente justificados pelos fins coletivos colimados. Deve-se, contudo, procurar uma metodologia que busque realizar o máximo de satisfação do interesse coletivo com o mínimo de sacrifício para os indivíduos. A relação *custo-benefício* deve ser sempre uma preocupação do planejador, que precisa perseguir, sem descanso, o máximo benefício com o mínimo custo de toda espécie.

O primeiro problema metodológico que se coloca é o de que se terá que implantar processos de planejamento urbanístico de ca-

ráter permanente e não produzir simples planos, que nada significam, se não forem expressão instrumental daqueles. Por outro lado, sem embargo do que dissemos antes sobre as distorções da concepção do planejamento local integrado, é certo que **o planejamento urbanístico, para ser eficaz, há de ter em conta o planejamento geral das atividades da entidade pública interessada.** No que se refere ao planejamento municipal, já escrevemos antes que o ‘desenvolvimento integrado da comunidade local só se obterá mediante o planejamento de todas as atividades da administração municipal, visando à execução de obras e serviços que atendam efetivamente às necessidades da população’. ” (Direito Urbanístico Brasileiro, Malheiros, 2ª edição, 1997, págs. 95/96).

3.1. E prossegue o ilustre autor, citando Friedmann, enumerando como critérios fundamentais do planejamento a “**aceitabilidade, exequibilidade, viabilidade, sensibilidade e dimensão**”, cada qual com requisitos e definições próprias. Quanto à **dimensão**, observa o jurista que “**todo plano cobre uma área geográfica: todo o Município (como é o caso do plano diretor), um distrito, um bairro (casos de planos especiais); tem, pois, que levar em conta a realidade física e as circunstâncias do meio, mormente os planos urbanísticos, já que sua função básica consiste precisamente na ordenação do solo**” (autor e obra citados, pág. 97).

3.2. Na sequência, temos nova lição que retrata a dura realidade enfocada no caso presente, passando o Mestre às considerações quanto à democratização desse processo de planejamento:

“Quando se diz que os planos serão bons quando levam em conta o bem-estar do povo, quando são sensíveis às necessidades e aspirações deste, é preciso que se esclareça que **tal sensibilidade há de ser captada por via democrática e não idealizada autoritariamente**, como é comum nos tecnocratas e nos salvadores do ‘bem comum’ subjetivamente projetado.

Merece afirmar, com destaque, que só o *planejamento urbanístico democrático* realizará aqueles princípios indicados acima. Esse tipo de planejamento busca realizar-se **com base no consentimento popular**. Entende que o povo deverá participar, a fim de que seja legítimo. Concepção bem sintetizada por Lubomir Ficinski nos termos seguintes: ‘**o novo tipo de planejamento – uma nova fase – será de conteúdo humano e democrático. É um completo engano pensar que a democracia atrapalha o planejamento, mesmo porque,**

se esta antinomia fosse verdadeira, seria correto eliminar, imediatamente, o planejamento. Ao contrário, o planejamento é uma forma de organizar a democracia e de exprimi-la. O que devemos dizer, de forma clara e tranqüila, é que este tipo de planejamento toma o partido da maioria da população da cidade e a defende – aliás, por isso ele é democrático.’ ” (autor e obra citados, pág. 97).

3.3. Ainda cita Jorge Wilhelm nos seguintes termos:

“Sendo democrático, ele se coloca contra pressões ilegítimas ou erradas em relação ao crescimento e à direção da cidade ... outro resultado, nunca negligenciável no planejamento democrático é que a discussão pública gera o apoio – se o plano é bom, evidentemente – e esse apoio público garante sua execução”. (autor e obra citados, pág. 98).

3.4. E arremata o preclaro doutrinador com a clareza peculiar:

“Esses princípios, que já constavam da edição anterior deste volume, são agora exigências da Constituição, que, no referente ao planejamento municipal, declara que a lei orgânica do Município terá que assegurar a cooperação das associações representativas, além de prever a iniciativa popular de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (art. 29, X e XI).” (pág. 98).

3.5. Discorrendo sobre o conteúdo do Plano Diretor, lembra ainda o mesmo autor que deve conter **“o sistema de zoneamento, que abrange o estabelecimento de zonas de uso do solo e os modelos de assentamento urbano (regras de ocupação do solo urbano), inclusive de renovação urbana ...”** e que **“há de prever também o solo destinado a uso industrial e comercial, em face do interesse e projeções do desenvolvimento da industrialização e do comércio; especialmente deve organizar núcleos industriais, reservando área para tanto, se assim for aconselhável em face da realidade local”** (obra e autor citados, pág. 125).

4. Tudo isso, à evidência, faz parte de um planejamento global e democrático, ao contrário da omissão existente quanto ao PLANO DIRETOR e das alterações legislativas combatidas, motivadas por interesses estritamente econômicos, sem maiores estudos, sem oitiva dos técnicos especializados,

nem do COMDEMA, órgão paritário (poder público/coletividade) e sem atentar adequadamente para as ponderações do povo (fls. 15/18).

5. Em artigo intitulado **PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O PLANO DIRETOR**, de forma clara e objetiva, Maricelma Rita Meleiro, ilustre Promotora de Justiça, recorda que a participação democrática no planejamento urbano tem supedâneo no art. 29, XII, da Constituição Federal, em conjugação com o disposto no art. 1o, que estabelece o princípio da democracia participativa, lembrando que o poder emana do povo e deve ser exercido por meio de representantes eleitos ou **DIRETAMENTE**, nos termos da Constituição (art. 1o, parágrafo único, do Texto Maior).

5.1. Ao final do seu trabalho, a autora citada conclui que:

“1. O princípio democrático só é operável com a participação indireta e direta dos cidadãos no processo de formação da vontade estatal.

2. Por força do princípio da forma normativa da Constituição e sob o ângulo do princípio da unidade hierárquico-normativo da Constituição, o preceito do inciso XII, do artigo 29, prescriptor da ‘cooperação das associações representativas no processo de planejamento’ não afasta a participação direta dos cidadãos no processo de planejamento municipal, imperativa pelo preceito do parágrafo único, do artigo 1o, da Constituição.

3. A concretização do princípio democrático será atendida por meio da criação e do exercício interventivo de entidades comunitárias, de conselhos distritais, de conselhos de desenvolvimento urbano, inclusive em órgãos de decisão administrativos e pelo maior atendimento da participação popular direta em enquetes e em audiências públicas, em todas as etapas do processo de planificação municipal (elaboração, execução e revisão do plano).” (TEMAS DE DIREITO URBANÍSTICO, publicação do Ministério Público de São Paulo e Imprensa Oficial, 1999, pág. 101).

6. Um dos mais respeitados ambientalistas, Paulo Afonso Leme Machado, em sua obra Direito Ambiental Brasileiro, Malheiros Editores, 7a ed., 1999, lembra que na elaboração do zoneamento deve haver participação do público, invocando a experiência estrangeira na França, EUA, Suíça, Alemanha e Portugal, concluindo à vista da legislação pátria:

“Salientamos a importância do zoneamento passar por um debate aberto e amplo, o que não deve significar morosidade e confusão. O concerto das vontades individuais, notadamente de todos os setores – inclusive as associações ambientais – poderão expressar seus pontos de vista para o desenvolvimento local se faça sem agressão aos recursos naturais.” (fls. 134)

6.2. Na sequência, o mestre em referência, salienta a importância do zoneamento municipal e critica os improvisos como os verificados na análise do caso em enfoque:

“Se não ficar obrigatório para os municípios a elaboração dos planos de zoneamento e a sua revisão, os interesses ambientais continuarão ao sabor das improvisações e das atitudes precipitadas de muitos administradores, causando inclusive maiores ônus financeiros aos municípios com posteriores indenizações e até desapropriações.” (pág. 135).

II.5. NATUREZA DE EFEITOS CONCRETOS DAS LEIS MUNICIPAIS COMBATIDAS

1. Assim, as Leis Municipais descritas apresentam contradições insuportáveis com normas constitucionais e ordinárias disciplinadoras da matéria, incluindo Lei Orgânica e Plano Diretor Municipal. Em assim sendo, as suas finalidades — **reclassificação dos imóveis nela definidos e intenção de aproveitamento de imóveis ainda classificados em Zona de Conservação Ambiental Urbana** — não podem prevalecer.

2. Essas Leis Municipais, como reconhecido pelo próprio Jurídico do Município, são leis de efeitos concretos. Como tal, temos sua definição:

“Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aquelas que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que **fixam limites territoriais, as leis que aprovam planos de urbanização**, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie.

Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são **atos de efeitos concretos**, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exi-

gências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança (RT 242/314, 289/152, 291/171, 441/66 e 455/51)” (HELY LOPES MEIRELLES, “Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública”, Ed. RT, 11ª ed., 1.987, pg. 15), bem como pela ação popular e pela ação civil pública.

2.1. O saudoso administrativista pontifica que:

“Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as consequências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e por isso mesmo são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado” (HELY LOPES MEIRELLES, obra citada anteriormente, pg. 93).

3. Por isso as Leis Municipais em questão possuem natureza formal de leis e possuem natureza material de atos administrativos. Desde a publicação de tais leis de efeitos concretos é cabível o controle jurisdicional, incluindo-se como instrumento a Ação Civil Pública para impedir que seus efeitos possam causar danos de ordem difusa e coletiva.

II.6. ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1. Na lição de HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. RT, págs. 163 e 168, 13ª ed.) a **anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário**”.

1.2. Prossegue o festejado autor: “desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se o não fizer, poderá o interessado pedir ao Judiciário que verifique a ilegalidade do ato e declare a sua invalidade, através de anulação”.

2. Assim, se a própria Administração não anula por seus próprios meios os atos ilegais (Súmula STF n.º 473), cabe ao Judiciário o controle da legalidade substancial do ato administrativo.

3. Como ressalta o sempre lembrado HELY LOPES MEIRELLES, “qualquer que seja a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a **possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público**, ficará sujeito à apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei, e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade”.

II.7. CONTROLE JUDICIÁRIO DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1. Ensina novamente HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. RT, 13ª ed., págs. 602/603) que a **“legalidade do ato administrativo é a condição primeira para a sua validade e eficácia. Nos Estados de Direito, como o nosso, não há lugar para o arbítrio, a prepotência, o abuso de poder. A Administração Pública está tão sujeita ao império da lei como qualquer particular, porque o Direito é medida-padrão pela qual se aferem os poderes do Estado e os direitos do cidadão”**.

1.2. Prossegue o mestre:

“Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade) e com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato de ilegitimidade, expondo-se à anulação por ela mesma, ou pelo Poder Judiciário se requerida pelo interessado”.

2. No mesmo diapasão, por ilegalidade ou por ilegitimidade se entende a desconformidade do ato administrativo com a lei ou com a moral administrativa ou com o interesse coletivo. Segundo HELY LOPES MEIRELLES, **“tanto é ato ilegal ou ilegítimo o que desatende a Lei, como o que violenta a moral da instituição, ou se desvia do interesse público, para servir**

a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração”.

3. Também sempre oportuna a lição do Mestre Hugo Nigro Mazzilli:

“É certo que a ação civil pública da Lei n. 7.347/85 e a ação coletiva do Código do Consumidor não são sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação interventiva, e, assim, não poderiam atacar pura e simplesmente um comando legal normativo, que é abstrato e genérico. Contudo, assim como ocorre nas ações populares e nos mandados de segurança, a inconstitucionalidade de um ato normativo pode ser *causa de pedir* (não o próprio *pedido*) de uma ação civil pública ou coletiva. Ao cuidar da ação popular, já ensinava Hely Lopes Meirelles que, “ na ampla acepção administrativa, ato é lei, o decreto, a resolução, a portaria, o contrato e demais manifestações gerais ou especiais, de efeitos concretos, do Poder Público e dos entes com funções públicas delegadas ou equiparadas. Ato lesivo, portanto é toda manifestação de vontade da Administração danosa aos bens e interesses da comunidade. Esse dano pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessário que se aguarde a conversão do ato em fato administrativo lesivo para se intentar a ação. Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, desmembra ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessas espécies” (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 1996, pág. 162/163, citando a obra Mandado de Segurança, Ação Civil Pública e Habeas Data, Hely Lopes Meirelles).

4. Nesse sentido a jurisprudência pátria, reconhecendo como válida a Ação Popular para invalidar lei de efeitos concretos e, por identidade de razões, aplicável à Ação Civil Pública na defesa dos interesses difusos envolvidos (fonte CD ROM de Jurisprudência da Associação Paulista do Ministério Público, ano 2004):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação popular - Possibilidade de sua utilização para invalidar lei de efeitos concretos - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 265.345-2 - São Paulo - 15ª Câmara Civil - Relator : Ruy Coppola - 08.08.95 - V.U.)”

“AÇÃO POPULAR ... - **Procedência da ação, para declarar a invalidade da Lei Municipal n.º 5312/87, que tem efeitos concretos** ... - Cuidando-se de ato sob a forma de lei, mas de conteúdo circunscrito a interesse certo, pertinente a pessoas determinadas, a ação popular é própria para invalidar os efeitos lesivos do mesmo ato (RTJ, 78/541) ...” (Des. Geraldo Ferreira Leite - TJ-PB - 1995 - DATA DECISÃO 10/12/90 - DATA PUBLIC. 01/08/95 - N PROCESSO 1102/90 - Apelação Cível - ORG. JULG. 2ª Câmara Cível – Capital).

4.1. No mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER ANÁLISE, APROVAÇÃO OU PERMISSÃO DE EMPREENDIMENTOS OU OBRAS NAS ÁREAS DE QUE TRATA A LEI MUNICIPAL N. 10.617 DE 15.09.2000. VÍCIOS FORMAIS NO PROCESSO LEGISLATIVO. LESÃO A PADRÕES URBANÍSTICOS. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA ACÓRDÃO POR MAIORIA.** EXTINÇÃO DO FEITO (ART. 267, VI, DO CPC). EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. TERCEIRO PREJUDICADO. LEGITIMIDADE.

...

3. Medida Cautelar, com pedido liminar, ajuizada por terceiro prejudicado, objetivando atribuir efeito suspensivo a Recurso Especial, distribuído a este Relator sob o nº 1.160.526/SP, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Campinas, objetivando a condenação do demandado à obrigação de não fazer, abstando-se de iniciar ou prosseguir a análise de qualquer projeto de empreendimento urbano para a área inserida na Lei Municipal 10.617, de 15.12.2000.

...

6. É que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao recurso de apelação, por maioria, para extinguir a ação civil pública, em razão da impropriedade da via eleita, para a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal 10.617/2000, com fulcro no art. 267, VI, do CPC (fls. 166/174).

7. O Ministério Público Estadual, por seu turno, não pleiteou a declaração de inconstitucionalidade, **senão formulou pedidos de efeitos concretos calcados na premissa de que a lei local era materialmente ato administrativo de eficácia prática.**

8. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob esse ângulo, em sede de Embargos Infringentes, **decidiu ser cabível a Ação Civil Pública in foco. Precedentes do STJ: REsp 437172/DF, SEGUNDA TURMA, DJ de 07/04/2009; e AgRg no REsp 439515/DF, SEGUNDA TURMA, DJ 04/06/2007.**

9. Destarte, os pedidos formulados na inicial da ação civil pública **visam condenação em obrigação de não fazer, com abstenção dos seguintes atos:** (a) iniciar ou prosseguir a análise de qualquer projeto de empreendimento urbano para a área inserida na Lei Municipal 10.617, de 15.12.2000; (b) autorizar ou aprovar qualquer empreendimento urbano na mencionada área, e, inclusive, e sobretudo obras de implantação de loteamentos e afins; (c) tramitação e promulgação de outras leis de transformação de áreas rurais em urbanas, sem que sejam obedecidos critérios estabelecidos nas Constituição Federal e Estadual, na Lei Orgânica do Município; no Plano Diretor do Município e no Estatuto da Cidade; e (d) atividades que importem em continuidade da atividade de implantação fática de empreendimentos urbanos na referida área, procedendo, outrossim, à fiscalização da área in foco a fim de garantir a inatividade no local.

(V.U., Relator Ministro Luiz Fux -http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=a%E7%E3o+e+civil+e+p%FAblica+e+lei+e+efeitos+e+concretos&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=11 – acesso em 07.10.14)

5. Ainda que se pudesse reconhecer o efeito genérico da legislação municipal combatida, face aos vícios irremediáveis, cumpre reconhecer-se sua nulidade ou invalidade. Isso porque seus efeitos, caso sejam efetivamente executadas, causarão prejuízos ao padrão urbanístico e ao meio ambiente. Ainda que não executadas, gera a expectativa desses danos a qualquer momento, que tornar-se-ão irreparáveis, cumprindo a necessidade de reparação, ainda que a título preventivo.

6. O consagrado Mestre JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em sua obra Controle Jurisdicional do Ato Administrativo (Ed. Forense, 3a ed., 1993), citando Aguiar Dias, “reconhece a responsabilidade do Estado pelos danos causados **por lei nula, inconstitucional ou inválida**, porque temos um regime que nos permite impugná-la” (pág. 450).

6.1. E prossegue em lição quanto à viabilidade de medidas preventivas: “**Se a ameaça de lesão ou de violação de um direito líquido e certo** está manifesta numa lei evidentemente inconstitucional, porque esperar que

ela passe da **potência do ato** para só então ficar a pessoa, ou grupo de pessoas alvejadas, autorizada a procurar abrigo à sombra da medida protetora?” (pág. 455).

7. No caso presente, a execução das leis combatidas, gera danos difusos (urbanísticos e ambientais), passíveis, portanto, de proteção preventiva por meio da Ação Civil Pública. Essa finalidade preventiva vem expressa no art. 4o da Lei 7347/85.

III. PEDIDO DE LIMINAR

1. Os fatos e dos fundamentos jurídicos revelam a necessidade urgente de conter a aprovação de atividades urbanas e início de obras nas áreas envolvidas nas leis municipais apontadas, editadas para fins econômicos e privados, ao arrepio do interesse público, as quais são leis de efeitos concretos (leis do ponto de vista formal; atos administrativos do ponto de vista material), que padecem de flagrante ilegalidade (desconformidade do ato administrativo ou da lei de efeitos concretos com a lei e com o interesse coletivo).

2. As áreas transformadas de rural e de Conservação da Serra dos Cristais e Castanho, bem como de Zona de Conservação Ambiental Urbana, ambas para Zonas Especiais de Interesse Social (Lei 8219/14), além da pretendida construção de conjuntos habitacionais em Zona de Conservação Ambiental Urbana (Lei 8218/14), são constituídas somente de propriedades individualizadas, fora de um contexto de planejamento global do município.

3. Assim, a qualquer momento poderão ser autorizadas atividades nessas áreas (loteamentos, condomínios, etc.), sobrevivendo depois argumentos de irreversibilidade, fundados em altos investimentos. Por outro lado, a suspensão dos efeitos dessas leis não causarão quaisquer prejuízos ao Município de Jundiá ou aos proprietários das áreas, porque poderão suspender seus planos até decisão final do Poder Judiciário.

4. Havendo autorizações de implantação de empreendimentos nas áreas em questão, estaremos diante de situações efetivamente lesivas, causando danos para toda a população, por decorrências das ilegalidades constatadas, prejudicando substancialmente os estudos técnicos e demais normas do PLANO DIRETOR.

5. Assim, as provas e fundamentos jurídicos caracterizam os elementos para concessão de liminar. Entre tantos fundamentos jurídicos, entre eles o previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade, temos como evi-

dente o desrespeito às seguintes normas legais: a) art. 53 da Lei 6766/79; b) art. 42-B do Estatuto da Cidade; c) art. 138 da Lei Orgânica do Município; d) art. 137 da Lei Municipal 7858/12, que compõe o Plano Diretor do Município. Os dispositivos das Leis Municipais foram transcritos anteriormente.

6. O legislador pátrio, ao instituir a tutela antecipatória, provocou verdadeira revolução nos mecanismos de condução das lides civis, entregando àqueles que batem às portas do Poder Judiciário a possibilidade de obter, desde logo, sem as delongas desnecessárias, as premissas quanto a preservação de seus direitos e interesses.

7. O artigo 12, § 2(, da Lei 7.347/85, em combinação com o disposto no artigo 84, parágrafos 3º e 4º, da Lei 8.078/90 - que ensejou a novel redação do artigo 461, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil - preveem a imposição de multa liminar, que, embora exigíveis somente o trânsito em julgado da decisão favorável à pretensão posta em tela, será devida desde o descumprimento da ordem judicial.

8. Conforme preleciona HUGO NIGRO MAZZILLI, **“o sistema de multas liminares constitui eficiente meio de pressão sobre o devedor, com o fito de obter de imediato a cessação da atividade nociva, pois, embora só posteriormente sejam exigíveis, as multas são computadas desde o dia do descumprimento da ordem judicial”**. Também enfatiza que **“com o advento da Lei n.º 8.952/94, o Código de Processo Civil passou a admitir a antecipação dos efeitos da tutela, em qualquer processo, observado o princípio dispositivo”** (“A DEFESA DOS INTERESSES JURÍDICOS EM JUÍZO”, pág. 437).

9. Dessa forma, presentes o “fumus boni juris” e o “periculum in mora”, **é de rigor a concessão de liminar, “inaudita altera pars”, para que seja determinado ao réu MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, a obrigação de não fazer**, consistente na abstenção dos seguintes atos:

a) iniciar ou prosseguir a análise de qualquer projeto de empreendimento urbano para as áreas inseridas nas **Leis Municipais 8219/14** (uma área descrita e situada no Bairro Castanho, bem como área no Bairro do Poste, objeto esta última da matrícula 83.803 do 1º CRI) e **8218/14** (matrículas 83.101 e 83.102, desapropriadas pela FUMAS);

b) autorizar ou aprovar qualquer empreendimento urbano nas mencionadas áreas, e, inclusive, e sobretudo obras de implantação de loteamentos e afins;

c) tramitar ou promulgar outras leis de transformação de áreas rurais em urbanas, ou aumentar índices de aproveitamento de áreas urbanas, sem

que sejam obedecidos critérios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica do Município, no Plano Diretor do Município e no Estatuto da Cidade, INCLUINDO ESTUDOS TÉCNICOS, TRATAMENTO DO MUNICÍPIO COMO UM TODO (RURAL, URBANO, ÁREAS AMBIENTAIS), DEMOCRACIA PARTICIPATIVA (DIRETA E INDIRETAMENTE POR ASSOCIAÇÕES REPRESENTATIVAS, INCLUINDO CONSELHO DO MEIO AMBIENTE E CONSELHO DO PLANO DIRETOR), DISPONIBILIDADE HÍDRICA, SISTEMA VIÁRIO, SANEAMENTO E ABASTECIMENTO DE ÁGUA, ENERGIA ELÉTRICA, EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS PÚBLICOS EM GERAL, ETC.;

d) promover atividades que importem em continuidade da atividade de implantação física de empreendimentos urbanos nas referidas áreas, procedendo, outrossim, à fiscalização das áreas a fim de garantir a inatividade nos locais.

9.1. Impor, para a hipótese de descumprimento, multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), desde o dia em que se configurar o descumprimento e até efetiva correção do ato, nos termos dos artigos 11 e 12 da Lei n.º 7.347/85. A multa diária, em caso de incidência, deverá ser recolhida ao fundo de que trata a Lei n.º 7.347/85 (artigo 13). Isso sem prejuízo as sanções aos agentes políticos responsáveis por eventual descumprimento.

IV. PEDIDOS PRINCIPAIS, PROVAS E VALOR DA CAUSA

1. Assim sendo, observado o **procedimento comum ordinário** (art. 17, “caput”, da Lei Federal no. 8.429/92), requer o Ministério Público a Vossa Excelência que seja o réu **citado e intimado da liminar, na pessoa do atual Prefeito Municipal** (com os permissivos do art. 172, § 2º, do CPC), para que, em querendo, dentro do prazo legal, conteste a ação, sob pena de revelia.

2. Após, pelo prosseguimento do processo até final tutela jurisdicional que julgue procedente o pedido, reconhecendo os vícios apontados e tornando definitivos todos os pedidos contidos no pedido de liminar, os quais, ficam integralmente reiterados, com imposição, para a hipótese de descumprimento, multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), desde o dia em que se configurar o descumprimento e até efetiva correção do ato, nos termos dos artigos 11 e 12 da Lei n.º 7.347/85. A multa diária, em caso de incidência, deverá ser recolhida ao fundo de que trata a Lei n.º 7.347/85 (artigo 13). Isso sem prejuízo as sanções aos agentes políticos responsáveis por eventual descumprimento.

3. Além das provas apresentadas, constituídas por informações da própria Prefeitura de Jundiaí, em havendo necessidade de outras, serão utilizados todos os meios disponíveis, incluindo a juntada de novos documentos, depoimento pessoal, oitiva de testemunhas e perícias.

4. Finalmente, observando-se que o autor está isento de pagar custas para este processo, nos termos do artigo 18 da Lei Federal nº 7.347/85, atribui à causa para os fins legais o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Jundiaí (SP), 8 de outubro de 2014.

Claudemir Battalini
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Sistema Cantareira: Crise hídrica ou crise de gestão?

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA VARA DA NONA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA NO ESTADO DE PIRACICABA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República que esta subscreve, e o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio dos Promotores integrantes do Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente (**GAEMA - Núcleo PCJ-Piracicaba e Núcleo PCJ-Campinas**), vem respeitosamente perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 129, inciso III, e 225 da Constituição da República, Leis Federais nº 9.433/97, 6.938/81 e 7.347/85, do artigo 5º da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 e demais disposições aplicáveis à espécie, bem como nos elementos de prova reunidos no Inquérito Civil Público nº 14.1096.0000006/2013-9, propor a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL **com pedido de tutela antecipada.**

pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas, em face de:

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, inscrita no CNPJ nº 44.689.123/0001-57, com endereço no Setor Policial, área 5, Quadra 3, Blocos “B”, “L”, “M” e “T”, em Brasília/DF – CEP 70610-200, representada por seu Diretor Presidente Vicente Andreu Guillo (email: vicente.andreu@ana.gov.br).

DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DAEE, pessoa jurídica de entidade autárquica, inscrita no CNPJ nº 46.853.800/0001-56, com sede na Rua Boa Vista, 170, Bloco 5, 8º Andar, São Paulo- SP, CEP 01014-000, representado por seu Superintendente Alceu Segamarchi Júnior, no uso de suas atribuições, definidas nos artigos 9º e 10 da Lei do Estado de São Paulo no 7.663, de 30 de dezembro de 1991;

COMPANHIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP, pessoa jurídica de economia mista, inscrita no CNPJ nº 43.776.517/0001- 80, com sede na Rua Costa Carvalho, nº 300, Pinheiros, CEP 05429-900, representado por sua Diretora-Presidente Dilma Seli Pena.

I – CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA CANTAREIRA:

Para a compreensão dos diversos aspectos que permeiam as decisões relativas ao Sistema Cantareira, merece ser apresentada uma breve caracterização.

O **Sistema Cantareira** é um dos maiores sistemas de abastecimento público do mundo, alcança uma área total de aproximadamente **227.950 hectares (2.279,5 Km²)** e abrange **12 municípios**: Camanducaia, Extrema, Itapeva e Sapucaí – Mirim, Bragança Paulista, Caieiras, Franco da Rocha, Joanópolis, Nazaré Paulista, Mairiporã, Piracaia e Vargem.

Atualmente, o Sistema Cantareira contribui com o abastecimento de **9,75 milhões de pessoas na Região Metropolitana de São Paulo** (zonas norte, central, parte da leste e oeste da Capital e nos municípios de Franco da Rocha, Francisco Morato, Caieiras, Guarulhos (parte), Osasco, Carapicuíba, Barueri (parte), Taboão da Serra (parte), Santo André (parte) e São Caetano do Sul), onde situada a Bacia Hidrográfica do Alto Tietê¹.

Em relação às Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá - PCJ, dependem de tal sistema mais de **05 milhões de pessoas**, apresentando como tendência² de crescimento demográfico para o ano de 2020, cerca de 06 (seis) milhões de habitantes representando cerca de 7% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional. Os Municípios da Bacia do Piracicaba que têm captações de água bruta nos rios que sofrem influência direta das barragens do Sistema Cantareira³, são os seguintes: **Rio Jaguari**: Bragança Paulista, Pedreira, Jaguariúna, Hortolândia, Monte Mor, Paulínia e Limeira; **Rio Cachoeira**: Piracaia; **Rio Atibaia**: Atibaia, Jundiá, Itatiba, Valinhos, Campinas e Sumaré; **todos os demais Municípios à jusante**⁴, que sofrem influência das operações das barragens do Sistema Cantareira nas captações dos sistemas de abastecimento público⁵, como é o caso de Piracicaba.

¹ Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE. **Dados de Referência Acerca da Outorga do Sistema Cantareira**. Agosto de 2013. V 01. Disponível em: http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/Renovacao_Outorga/DadosdeReferenciaAcercadaOutorgadoSistemaCantareira.pdf. Acesso: 21.out.2014

² <http://www.agenciapcj.org.br/docs/contratos/avaliacao-implementacao-plano-bacias-pcj-2010-2020.pdf>

³ Cf. OFÍCIO/SUP/1124/2014, de 7 de julho de 2014, (Autos nº 52.000/2013 - Provo 2311 - DAEE)

⁴ **Jusante**, em hidráulica, é todo ponto referencial ou seção de rio compreendido entre o observador e a foz de um curso d'água — ou seja, rio-abaixo em relação a este observador. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jusante>. Acesso em 20/08/2014.

⁵ **Jaguari**: Americana, Amparo, Araras, Artur Nogueira, Bragança Paulista, Camanducaia*, Campinas, Cordeirópolis, Cosmópolis, Extrema*, Holambra, Itapeva*, Jaguariúna, Joanópolis, Limeira, Mogi-Mirim, Morungaba, Nazaré Paulista, Nova Odessa, Paulínia, Pedra Bela, Pedreira, Pinhalzinho,

Elaborado pelo Laboratório de Apoio Multicritério à Decisão Orientada à Sustentabilidade Empresarial e Ambiental - LADSEA, da Universidade de Campinas – UNICAMP⁶, em razão de convênio firmado com o Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá PCJ, o **RELATÓRIO TÉCNICO nº 1**, esclarece como o Sistema Cantareira afeta as Bacias PCJ:

“Cabe destacar, de acordo com ANA (2004), que, embora a reversão do Sistema Cantareira afete diretamente somente a bacia do Rio Piracicaba, já que os reservatórios desse Sistema, Jaguari-Jacaré, Cachoeira e Atibainha, situam-se em afluentes do próprio rio Piracicaba, verifica-se que as bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá sofrem os efeitos dessa retirada de água. (...) Assim, a consideração do conjunto das bacias PCJ atende não somente ao aspecto institucional, por estarem ligadas a um único comitê, mas também à necessidade de levar em conta o gerenciamento integrado das águas dessas três bacias. (...) Ainda que os sistemas não sejam integrados (à exceção dos municípios de Hortolândia, Paulínia e Monte Mor), há forte interdependência entre eles em função de muitas captações situarem-se ao longo do mesmo rio, como é o caso das sedes municipais que exploram as águas em diversos pontos dos rios Camanducaia, Jaguari, Atibaia, Capivari e Piracicaba, as quais, por sua vez, são sensivelmente influenciadas pelo Sistema Cantareira. (Relatório 1 – p. 23/24 - destacamos)

O Sistema Cantareira é formado por uma série de reservatórios, túneis e canais, que captam e desviam água de alguns dos cursos de água da bacia do rio Piracicaba para a bacia do Rio Juqueri, realizando a **transposição de águas das Bacias PCJ para a Bacia do Alto Tietê**.

Piracaia, Santo Antonio de Posse, Tuiuti, Vargem. **Atibaia**: Americana, Atibaia, Bragança Paulista, Camanducaia*, Campinas, Cordeirópolis, Cosmópolis, Extrema*, Itatiba, Jaguariúna, Jarinu, Joanópolis, Jundiá, Louveira, Morungaba, Nazaré Paulista, Nova Odessa, Paulínia, Piracaia, Valinhos, Vinhedo.

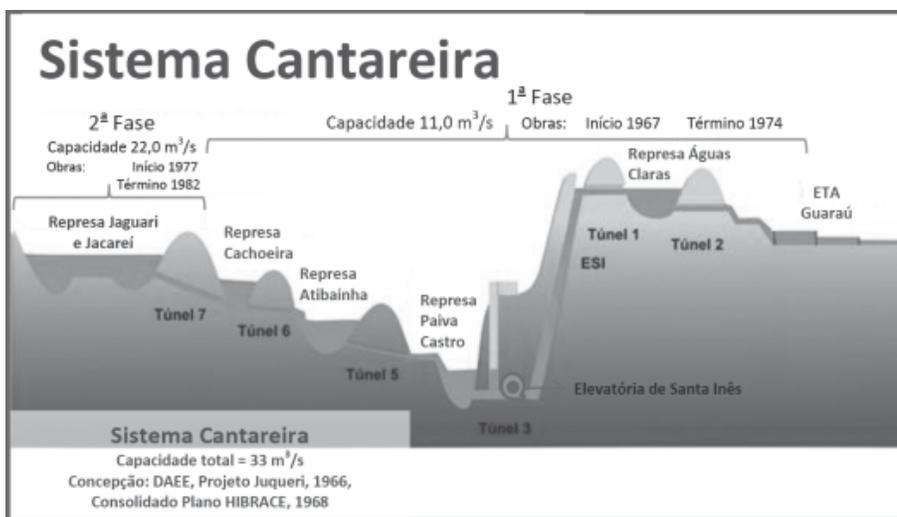
⁶ Tal convênio foi celebrado pela UNICAMP com o Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, tendo como objetivo a contratação de serviços de consultoria técnica, visando apoio ao programa de monitoramento das águas com foco em estudos hidrológicos e melhorias na operação de reservatórios, com destaque ao Sistema Cantareira, estudando suas regras operativas e as bases para renovação da Outorga de tal sistema.

São **04 (quatro) os reservatórios que compõem tal sistema produtor: Jaguari, Jacareí, Cachoeira e Atibainha.**

Os quatro primeiros estão localizados nos afluentes do rio Piracicaba de mesmo nome. O conjunto de reservatórios Jaguari-Jacareí, Cachoeira e Atibainha funciona como um **RESERVATÓRIO ÚNICO OU EQUIVALENTE (SISTEMA EQUIVALENTE), com capacidade total de 1.459 milhões de m³, dos quais 973 milhões de m³ estão dentro da faixa normal de operação (volume útil total)**⁷.

Esses reservatórios, que são ligados por túneis e canais, têm o objetivo de reter água e transpor para a **Estação de Tratamento de Água - ETA Guarau**.

As principais obras de regularização do Sistema estão abaixo esquematizadas.



Fonte: Site da SABESP

II – OUTORGA:

1. A outorga do Sistema Cantareira:

A primeira autorização para derivação de até 33 m³/s dos rios Jaguari, Cachoeira, Atibainha e Juqueri para a Região Metropolitana de São Paulo, foi dada à SABESP pela **Portaria nº 750, do Ministério das Minas e Energia**

⁷ Comunicado GTAG nº 07, de 16.05.2014. Disponível em: <http://www.daae.sp.gov.br/images/documentos/cantareira/comunicadogtag7.pdf>. Acesso: 27.mai.14

- MME publicada em 08 de agosto de 1974, estabelecendo um **prazo de 30 anos de vigência**⁸.

Decorrido o prazo de vigência estabelecido na Portaria MME nº 750/74, foi outorgado novamente à SABESP, por meio da **Portaria DAEE nº 1213, de 06 de agosto de 2004**⁹ (DOC. 05-A), definindo-se as vazões máximas médias mensais de captação para fins de abastecimento urbano da Região Metropolitana de São Paulo – RMSP, pelo prazo de 10 (dez) anos.

A **Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 428, de 04 de agosto de 2004 (DOC. 13-A)**, por seu turno, formalizou os fundamentos que subsidiaram os órgãos gestores na análise do pedido de renovação da outorga do Sistema Cantareira, consubstanciados na Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE. Estabeleceu, ademais, as condições de operação dos reservatórios desse sistema produtor a serem respeitadas durante o período de vigência da outorga.

Consoante a Portaria DAEE nº 1213/2004, foi autorizada a **transposição** das águas das Bacias PCJ para atendimento da demanda da Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) nos seguintes patamares: **31 m³/s no Túnel 5, de acordo com a seguinte ordem de prioridade: vazão primária¹⁰ de 24,8 m³/se vazão secundária¹¹ de 6,2 m³/s, totalizando 36m³/s.**

Ademais, foi autorizada, no mesmo ato de outorga, a retirada de 33 m³/s no Reservatório Paiva Castro.

Eis o quadro das vazões outorgadas em 2004 à SABESP e à Bacia do Rio Piracicaba (Bacias PCJ), conforme artigo 5º da referida Portaria 1213/04.

		Demandas					
		RMSP		Bacia do rio Piracicaba		Total por prioridade	
Prioridade		Vazão (m ³ /s)	%	Vazão (m ³ /s)	%	Vazão (m ³ /s)	%
1	Primária	24,8	89,2	3,0	10,8	27,8	100
2	Secundária	6,2	75,6	2,0	24,4	8,2	100
Total por usuário		31,0		5,0			
Vazão total de retirada do Sistema Equivalente						36,0	

⁸ Nota Técnica Conjunta elaborada pela ANA/DAEE, de agosto de 2013

⁹ Disponível em: <http://www.comitespcj.org.br/images/Download/Portaria-DAEE-1213-04.pdf>
Acesso: 21.out.2014.

¹⁰ Vazão Primária é aquela liberada constantemente, independentemente do nível dos reservatórios e do regime pluviométrico (períodos de estiagem vs. períodos de chuvas) do momento. (Cf. Parecer Técnico – Sistema Cantareira: Rumo a uma gestão compartilhada - ATP. Michel Metran da Silva – 10/03/2014, p. 52)

¹¹ Vazão Secundária é “um complemento” da Vazão Primária, garantido em situações que o reservatório tem água em abundância. (Cf. Parecer Técnico – Sistema Cantareira: Rumo a uma gestão compartilhada - ATP. Michel Metran da Silva – 10/03/2014, p. 52)

A somatória da demanda primária para as duas regiões totaliza, portanto, totaliza **27,8 m³/s** (72 milhões de m³/mês) e a demanda secundária, **8,2 m³/s**.

Para atendimento da demanda prevista, portanto, foi considerada a capacidade de regularização de vazão total do Sistema Cantareira em **36 m³/s**.

Tendo em vista o decurso do prazo de vigência da Portaria DAEE 1213/04 em **05 de agosto de 2014**, e, diante do pedido de renovação formulado pela SABESP à AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, foi iniciado em março de 2013 o procedimento para análise da nova proposta de outorga do SISTEMA CANTAREIRA até que sobreveio a grave crise hídrica instalada no Estado de São Paulo, **especialmente nas duas regiões dependentes daquele sistema produtor - Bacia do Piracicaba (PCJ) e Bacia do Alto Tietê**.

Diante de tal situação e, com fundamento na “*necessidade de revisão dos estudos que subsidiaram as minutas de Resolução de Outorga e de Operação dos Reservatórios do Sistema Cantareira*”¹², **o processo de renovação foi suspenso em 07 de fevereiro de 2014 pelos órgãos outorgantes (ANA/DAEE) (DOC. 9-B)**

Recentemente, diante da proximidade do encerramento do prazo de vigência, por meio da **RESOLUÇÃO CONJUNTA ANA/DAEE nº 910, de 07 de julho de 2014 (DOC. 13-H)**, houve a **PRORROGAÇÃO** da outorga de direito de uso de recursos hídricos do Sistema Cantareira concedida à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, nos termos da Portaria DAEE nº 1.213, de 06 de agosto de 2004, **ATÉ 31 DE OUTUBRO DE 2015**.

Tal Resolução ainda determina que o novo requerimento de renovação da outorga do Sistema Cantareira, a ser apresentado pela SABESP até **30 de abril de 2015**, considere os dados hidrológicos até dezembro de 2014.

2. OUTORGA: Instrumento de controle quantitativo e qualitativo do uso das águas

No exercício tanto da competência legislativa privativa (CF, art. 22, inc. IV), quanto da competência para estruturar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 21, inc. XIX), foi produzida a Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei Federal nº 9.433/97).

¹² Conforme Nota Conjunta ANA/DAEE, de 07 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/GTAG-Cantareira/20140207_NotaConjuntaANA-DAEE.pdf

Dada a relevância do *recurso hídrico*, logo no art. 1º da Lei nº 9.433 /97 consta o que já era expresso pela CF (arts. 20, III, e 26, I): “**A ÁGUA É UM BEM DE DOMÍNIO PÚBLICO**” (art. 1º, inc. I).

Todavia, o legislador ordinário ainda atribuiu a esta a condição de “**RECURSO NATURAL LIMITADO, DOTADO DE VALOR ECONÔMICO**” (art. 1º, inc. II).

Disciplina a Lei Federal nº 9.433/97 que o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos visa assegurar o **CONTROLE QUANTITATIVO E QUALITATIVO DOS USOS DA ÁGUA E O EFETIVO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE ACESSO À ÁGUA (arts. 11 e 12)**, de forma que a derivação ou a captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final ou insumo de processo produtivo e outros usos **não comprometam o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água ou em uma determinada bacia hidrográfica** (art. 12).

A outorga, enquanto instrumento de gestão, deve assegurar, ainda, a consecução dos objetivos instituídos pela Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97): **a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, com vistas ao desenvolvimento sustentável e a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais** (art. 2º, II e III).

Há previsão expressa, outrossim, dentre os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos que, **em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o CONSUMO HUMANO e a dessedentação de animais e que a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas** (art. 1º, III, IV e V da Lei 9.433/97).

Os princípios, objetivos e diretrizes instituídos pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (arts. 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei nº 6.938/81) e pela Lei de Política Estadual do Meio Ambiente (arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.509/97) também são aplicáveis à hipótese, assim como os da Lei de Política Nacional de Saneamento (art. 46 da Lei 11.445/07).

3. A bacia hidrográfica como unidade territorial de gestão e planejamento do uso dos recursos hídricos

Logo em seu artigo 1º, inciso V, diz a Lei 9.433/97, ademais que, a **BA-CIA HIDROGRÁFICA** “*é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*”, ou seja, **COMO UNIDADE DE PLANEJAMENTO E DE GESTÃO DAS ÁGUAS**.

Por bacia hidrográfica se entende a área topograficamente drenada por um curso de água ou um sistema conectado de cursos d’água, de maneira que toda a vazão afluyente seja descarregada por meio de uma saída única,

sendo a bacia hidrográfica usualmente definida como a área na qual ocorre a captação de água (drenagem) para um rio principal e seus afluentes devido às suas características geográficas e topográficas.

Toda a estruturação do Sistema de Gerenciamento dos Recursos Hídricos por bacias hidrográficas como unidade físico-territorial de planejamento e gerenciamento se coaduna, vale notar, com o princípio de desenvolvimento sustentável, de modo a compatibilizar o pretendido crescimento (econômico, demográfico, industrial, imobiliário etc.) com a **capacidade de suporte de cada bacia, ou seja, sua sustentabilidade**.

Em outros termos, a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos deve ser assegurada à atual e às futuras gerações (art. 2º, I, da Lei 9.433/97).

A água, recurso natural limitado e finito, indispensável à praticamente todas as atividades humanas há que ser considerada efetivamente, em caso de indisponibilidade, como **fator limitador de crescimento**.

A Lei Paulista nº 7.663/91¹³, editada anteriormente à lei federal, além de consignar os princípios reproduzidos na lei federal, também explicita que a gestão dos recursos hídricos, definidas por meio do Plano Estadual de Recursos Hídricos, dar-se-á por meio de “*unidades hidrográficas, com dimensões e características que permitam e justifiquem o gerenciamento descentralizado dos recursos hídricos*” (Artigo 20, Lei Estadual nº 7.663/1991).

Ao ser adotada a bacia hidrográfica como unidade territorial de planejamento e gestão, e, ainda, considerando a finalidade da outorga, é evidente que **a transposição, a qual implica em transferência de recursos hídricos entre bacias, somente pode ocorrer se não houver prejuízo à quantidade e à qualidade dos usos na Bacia Doadora, no caso (Bacia do Piracicaba).**

A regra da prioridade e da facilitação do acesso ao uso na Bacia Hidrográfica decorre, portanto, da própria exigência contida na Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos e legislação pertinente, que exige a outorga, para usos e derivações, inclusive transposição, a fim de assegurar o **controle quantitativo e qualitativo**, visando compatibilizar as disponibilidades às demandas.

De acordo com a Agência Nacional de Águas,

*“A outorga não se limita ao ato da autoridade competente de emitir um documento que permita ao requerente fazer o uso legal dos recursos hídricos. É também de **responsabilidade do poder público assegurar o uso racional e eficiente das águas, para os diversos***

¹³ <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1991/lei-7663-30.12.1991.html>

usos a que se destinam, compatibilizando as demandas às disponibilidades hídricas nas respectivas bacias hidrográficas”.¹⁴
(destacamos)

O mesmo se dá com a cobrança pelo uso da água, cujos valores arrecadados devem ser aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados (art. 22, “caput”, da LPNRH).

Essa inspiração vem desde a Declaração de Estocolmo/1972, Princípio 5, quando reza que os recursos devem ser explorados de tal modo que não haja risco de serem exauridos¹⁵. Tal premissa foi repetida na Convenção de Helsinque de 1992 (art. IV)¹⁶, ao qual o Brasil ainda não aderiu, mas consagrou nos artigos já citados de forma sistematizada, a integração da gestão hídrica com a gestão ambiental; a racionalidade no uso da água, numa integração com outros fatores socioambientais e outros aspectos nos artigos 1º, III e V, 2º, 3º, 15, V, 30, IV, da Lei 9.433/97.

Tais conceitos de unidade de gestão territorial de recursos hídricos e de usos prioritários na respectiva bacia hidrográfica também são explicitados na doutrina estabelecida por **Paulo Afonso Leme Machado**, em sua obra ‘*Direito Ambiental Brasileiro*’¹⁷, na qual são ainda apontados alguns critérios mínimos a serem observados para a realização de transposição de bacias hidrográficas:

“A bacia hidrográfica é a unidade territorial em que a gestão normal das águas deve ocorrer. As águas de uma bacia devem beneficiar prioritariamente os que moram, vivem e trabalham nessa unidade territorial. Não se fecham as portas para a colaboração hídrica

¹⁴ Agência Nacional de Águas (Brasil), “**Manual de procedimentos técnicos e administrativos de outorga de direito de uso de recursos hídricos 2013**”/ Agência Nacional de Águas – ANA, Brasília: 2013”. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/MANUALDEProcedimentosTécnicosAdministrativosdeOUTORGADeDireitodeUsodeRecursosHídricosdaANA.pdf>. Acesso: 17.09.14

¹⁵ **Princípio 5 da Declaração de Estocolmo de 1972:** “Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização”.

¹⁶ Em seu artigo IV prevê que “Cada Estado da bacia tem o direito, no seu território, a uma parte razoável e equitativa nos usos benéficos das águas de uma bacia de drenagem internacional, conforme a geografia da bacia, a hidrologia da bacia, o clima da bacia; os usos existentes; necessidades socioeconômicas; a população dependente; a disponibilidade de outros recursos; a forma para evitar o desperdício no uso das águas da bacia, dentre outros fatores.”

¹⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo, Malheiros Editores, 22ª Edição revista, ampliada e atualizada, 2014, p. 513/514.

com os que estão fora da bacia, tanto que não se vedou que bacias hidrográficas contíguas pudessem unir-se e integrar um mesmo Comitê de Bacia Hidrográfica.

*Sendo a bacia hidrográfica a estrada natural das águas, **a solidariedade se pratica primeiramente no interior da bacia**, para depois transbordar para fora. **Contraria a ordem natural das coisas provocar a sede ou penúria de água no interior de uma bacia hidrográfica para derivá-la ou transpô-la para outras regiões**. Seria uma autoflagelação, que a ética não preconiza, pois se ama o próximo amando-se também a si mesmo (destacamos).*

Entretanto, tais ditames legais e doutrinários não têm sido devidamente aplicados na gestão do SISTEMA CANTAREIRA, conforme será demonstrado.

4. Da inexistência de direito adquirido da SABESP às vazões outorgadas em 2004 (Portaria DAEE nº 1213/04)

Assentadas tais premissas e, diante da necessidade de romper alguns paradigmas, releva frisar, desde logo, que **A OUTORGA NÃO CONFERE À SABESP O DIREITO ADQUIRIDO DE CONTINUAR RETIRANDO AS VAZÕES ANTERIORMENTE** deferidas pelos órgãos outorgantes, sobretudo diante das condições climáticas adversas que se apresentam.

A outorga confere, na dicção do art. 18 da Lei nº 9.433/97, mero **DIREITO DE USO**, à medida que, nem mesmo a cobrança implica em alienação das águas que são **inalienáveis**¹⁸.

Vale ressaltar, outrossim, que a **natureza jurídica da outorga do direito de uso dos recursos hídricos**, traduzida na Lei 9.984/00, que criou a Agência Nacional de Águas - ANA, **por meio de AUTORIZAÇÃO**, mediante a qual o Poder Público outorgante faculta ao outorgado o uso da água por prazo determinado, **nos termos e condições, que podem ser alterados de acordo com a disponibilidade hídrica e com a necessidade do controle quantitativo e qualitativo dos recursos hídricos**.

Neste mesmo diapasão, merece ser invocada a lição do grande doutrinador e referência internacional em recursos hídricos, PAULO AFFONSO LEME MACHADO:

¹⁸ Art. 18 da Lei 9433/97: A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso;

*“Diante da inconstância da disponibilidade hídrica, constata-se que os **outorgados não têm direito adquirido a que o Poder Público lhes forneça o quantum de água indicado na outorga. O Poder Público não pode arbitrariamente alterar a outorga, mas pode modificá-la motivadamente de acordo com o interesse público**”¹⁹. (negritei)*

Nem seria razoável ser diferente!

Reforçando a precariedade da autorização, há previsão expressa no ordenamento jurídico de que a outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser **SUSPENSA PARCIAL OU TOTALMENTE, EM DEFINITIVO OU POR PRAZO DETERMINADO**, por motivo de descumprimento das condições ou por interesse público, nas circunstâncias previstas no artigo 15 da Lei nº 9.433/97 e no artigo 3º da Resolução ANA nº 833, de 05 de dezembro de 2011.

Atendo-nos, neste passo, apenas às razões de interesse público, merecem ser reproduzidas as hipóteses que se amoldam ao caso concreto:

(...)

*“III- **necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive decorrentes de condições climáticas adversas;***

*IV - **necessidade de prevenir ou reverter grave degradação ambiental;***

*V - **necessidade de atender a usos prioritários de interesse coletivo para os quais não se disponha de fontes alternativas**”²⁰; (negritamos)*

¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo, Malheiros Editores, 22ª Edição revista, ampliada e atualizada, 2014, p. 531;.

²⁰ Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias:

I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;

II - ausência de uso por três anos consecutivos;

III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;

IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;

V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;

VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.

Na mesma linha, o **artigo 10 da Portaria DAEE nº 1213/04** também preceitua que, as **regras de operação apresentadas nos Art. 4º e 5º desta Portaria poderão ser desconsideradas em situações emergenciais**. Acrescenta que serão consideradas como “**situações emergenciais**” aquelas em que fique caracterizado risco iminente para a saúde da população, para o meio ambiente e estruturas hidráulicas que compõem o Sistema Cantareira devido a acidentes ou cheias.

Também a escassez hídrica, por óbvio, justamente por estar na lei, mesmo não mencionada expressamente na Portaria, deve ser considerada como situação emergencial. Melhor seria, portanto, que a Portaria 1213/04 tivesse adotado a mesma terminologia legal da PNRH, ou seja, “**condição climática adversa**”.

De qualquer forma, o que importa sempre frisar é o **ato de autorização (Portaria) jamais poderá se sobrepor ou prevalecer no caso de colidência com as normas legais e constitucionais**, às quais deve fiel obediência hierárquica, sempre tendo como fim precípua o atendimento do interesse coletivo.

5. Vazão de Referência para as Bacias PCJ e a Vazão Máxima Outorgável (50% da $Q_{7,10}$)

A Vazão de Referência de um corpo hídrico é o pilar para sua gestão, pelo qual são analisadas as possibilidades de outorgas de uso de captação, outorgas de lançamento de efluentes etc.

A Resolução CONAMA nº 357/05²¹, além de apresentar a definição conceitual do termo ‘Vazão de Referência’, determina que deve ser usada ‘para o processo de gestão’ articulada entre os órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SINGRH. Diz o art. 2º que, para efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

“XXXVI - vazão de referência: vazão do corpo hídrico utilizada como base para o processo de gestão, tendo em vista o uso múltiplo das águas e a necessária articulação das instâncias do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SINGRH;

Art. 10. Os valores máximos estabelecidos para os parâmetros relacionados em cada uma das classes de enquadramento de-

21 <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>

verão ser obedecidos nas condições de vazão de referência”.
(grifamos)

Segundo a Lei nº 9.034, de 27 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o Plano de Recursos e institui normas de orientação à Política Estadual de Recursos Hídricos, “a vazão de referência para orientar a outorga de direitos de uso de recursos hídricos será calculada com base na média mínima de 7 (sete) dias consecutivos e 10 (dez) anos de período de retorno e nas vazões regularizadas por reservatórios, descontadas as perdas por infiltração, evaporação ou por outros processos físicos, decorrentes da utilização das águas e as reversões de bacias hidrográficas”²², também conhecida como Q7,10 (art. 13, II).

A Resolução ANA nº 429/2004, em consonância com a PERH, define que a **vazão de referência a ser empregada nas bacias PCJ é a Q7,10**. Neste sentido, diz o artigo 6º que:

Art. 6º Considerar-se-á como vazão de referência a vazão natural mínima de 7 (sete) dias consecutivos e 10 (dez) anos de tempo de recorrência (Q7,10) ou a vazão mínima defluente a jusante de reservatórios, acrescida da vazão Q7,10 da área incremental do trecho, excetuando-se o Sistema Cantareira, que observará as disposições consignadas em Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 428 de 04 de agosto de 2004.

II - vazão máxima outorgável de 50% (cinquenta por cento) da vazão de referência, em cada trecho nas correntes de água situadas a jusante do Sistema Cantareira:

Apesar de contemplar questões técnicas, como a (1) definição de utilização de uma vazão de referência e (2) determinação de quanto poderá ser outorgada desta vazão de referência, tal resolução determinou exceção à regra no próprio Artigo 6º, **excluindo a aplicação dessa normativa ao Sistema Cantareira.**

No Manual de Outorgas da Agência Nacional de Águas²³ consta claramente que “para o gerenciamento dos recursos hídricos é importante, portanto, o conhecimento das vazões mínimas dos rios principais e seus

²² Segundo Inciso II, Artigo 13, da Lei Estadual nº 9.034/94.

²³ Agência Nacional de Águas (Brasil), Manual de procedimentos técnicos e administrativos de outorga de direito de uso de recursos hídricos 2013/ Agência Nacional de Águas – ANA, Brasília: 2013, p. 34;

afluentes, para aplicação do instrumento de outorga, pois a repartição dos recursos hídricos disponíveis (outorgáveis) entre os diversos requerentes deve ser feita com uma garantia de manutenção de fluxo residual nos cursos de água”.

Consoante consta do Parecer Técnico do Ministério Público (*Parecer Técnico – Rumo a uma gestão compartilhada*), através dos cálculos aplicáveis²⁴, constata-se que a da $Q_{7,10}$ dos rios formadores do Sistema Cantareira é de 7,51 m³/s. **Caso fosse respeitado pelo menos 50% da $Q_{7,10}$, a vazão primária do PCJ deveria ser, no mínimo, de 3,755 m³/s.**

De forma semelhante, as obras hidráulicas de reservação devem liberar continuamente, a jusante, pelo menos a vazão mínima de referência que é a $Q_{7,10}$.

A outorga do Sistema Cantareira, todavia, não atende a tais regras, **contrariando a legislação estadual paulista de recursos hídricos**, que estabelece que, em qualquer seção dos cursos d'água a razão entre captações diretas e a vazão mínima natural de referência – $Q_{7,10}$, ou vazão mínima de sete dias consecutivos e tempo de retorno de 10 anos, não deve ultrapassar 50%, sendo a bacia a partir desse limite, considerada como crítica.

Os estudos elaborados pela UNICAMP também abordam sobre a não observância na outorga de 2004 do Sistema Cantareira (Portaria DAEE 1213/04) da vazão de referência para as Bacias PCJ, aspecto este de extrema relevância para esta região, **diante da insuficiência da vazão defluente de 3,0 m³/s definida para uso prioritário** (Relatório Parcial 3: Avaliação das vantagens e impactos da Portaria DAEE – SP 1213/04 e documentos correlatos; e consistência, até período recente, dos dados hidrológicos de precipitação e vazão, p. 65)²⁵.

E continua, concluindo que, à luz dessas observações foram simuladas as vazões distribuídas, de forma que, considerando os critérios apresentados, ou seja, **pelo menos 50% da $Q_{7,10}$, o uso primário (vazão primária) para o PCJ expandiu para 3,75 m³/s²⁶, corroborando o quanto já apurado pelo Assistente Técnico do Ministério Público.**

III - POR QUE SE AFIRMA QUE A GESTÃO DO SISTEMA CANTAREIRA TEM SIDO DE ALTÍSSIMO RISCO?

1. A desconsideração das 'CURVAS DE AVERSÃO A RISCO'

Diante da necessidade de serem fixadas as condições de operação para os reservatórios Jaguari-Jacareí, Cachoeira e Atibainha, localizados na

²⁴ Valores da $Q_{7,10}$ dos cursos d'água formadores dos reservatórios do Sistema Cantareira e informações utilizadas nos cálculos através do SigRH (plataforma on-line do DAEE).

²⁵ Item, p. 65 (RELATÓRIO III DA UNICAMP – LADSEA)

²⁶ Idem, p. 62 (RELATÓRIO III DA UNICAMP – LADSEA)

Bacia do Rio Piracicaba, denominados Sistema Equivalente, pertencente ao Sistema Cantareira, para subsidiar a renovação de sua outorga de direito de uso dos recursos hídricos, os resultados dos estudos realizados pela ANA e pelo DAEE, a **Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 428, de 04 de agosto de 2004**²⁷, impôs a **obrigatoriedade de observância das “Curvas de Aversão a Risco” (CAR)**, que estabelece os limites de vazão de retirada, em função do estado do Sistema Equivalente.

Por esta metodologia, internacionalmente reconhecida, dependendo do mês e do volume atual armazenado no Sistema Equivalente, as **CURVAS DE AVERSÃO A RISCO** correspondem a um conjunto de curvas utilizadas para definir a **VAZÃO LIMITE DE RETIRADA DO SISTEMA DE FORMA SEGURA, SEM COMPROMETER OS 24 MESES SUBSEQUENTES**, de forma a manter uma reserva estratégica ou volume mínimo ao final do período hidrológico seco. No caso do Sistema Cantareira, o cenário hidrológico seco crítico adotado corresponde ao biênio 1953/1954.²⁸

A Portaria DAEE nº 1.213/04 também contemplou este modelo de operação dos reservatórios - a denominada **“CURVA DE AVERSÃO A RISCO (CAR)”** – que, quando seguidas estrita e corretamente, **preveniriam ou reduziriam o agravamento da crise hídrica no Sistema Cantareira**, definindo que:

ARTIGO 4º - A operação do Sistema Cantareira observará o limite de vazão de retirada, denominado “X”, obtido em função do estado do Sistema Equivalente, segundo a tabela e correspondentes curvas mensais do Anexo III desta Portaria.

§ 1º - A capacidade do Sistema Equivalente representa a soma dos volumes úteis operacionais existentes nos reservatórios de Jaguari-Jacareí, Cachoeira e Atibainha, totalizando 978,57 hm³.

§ 2º - A vazão de retirada do Sistema Equivalente, denominada “Q”, é a soma da vazão de transferência para a bacia do Alto Tietê, através do Túnel 5, denominada “Q1”, e da soma das vazões defluentes dos reservatórios de Jaguari-Jacareí, Cachoeira e Atibainha para a Bacia do Rio Piracicaba, excluindo-se os vertimentos, denominada “Q2”.

§ 3º - A tabela e as correspondentes curvas mensais de que trata o caput foram calculadas com o emprego de Curvas de Aversão a Risco, conforme Nota Técnica Conjunta ANA-DAEE de julho de 2004.

Segundo a **Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE - “Subsídios para Análise do Pedido de Outorga do Sistema Cantareira e para a Definição**

²⁷ http://www.agua.org.br/editor/file/Cantareira/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20ANA-DAEE_428%20de%2004-08-2004.pdf

²⁸ Nota Técnica nº 019/2006/SOC-ANA – pg. 4. No mesmo sentido: Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE – Dados de Referência acerca da Outorga do Sistema Cantareira, de 16 de agosto de 2013 – V 1.1., p. 39 e seguintes.

das Condições de Operação dos seus Reservatórios” - de julho de 2004 (DOC. 9-A), que embasou tais atos normativos, a alocação de água entre a SABESP e a Bacia do Piracicaba, se empregadas as CURVAS DE AVERSÃO A RISCO – CAR possibilitariam um **nível de segurança de abastecimento (95%, podendo chegar a 99%)**, evitando **“conflitos e crises agudas com a necessária antecedência”**.

Essa alocação foi estabelecida com base na elaboração de Curvas de Aversão a Risco – CAR, considerando o biênio mais crítico desfavorável do histórico – 1953/54, e tendo como premissa a necessidade do estabelecimento de regras claras e de um modelo simples e de fácil compreensão.

Vale a pena enfatizar que existe água no Sistema para que não apareçam conflitos durante grande parte do tempo (garantias sempre superiores a 95% podendo chegar a 99%). Porém, conflitos tendem a ocorrer durante períodos críticos de longa duração, como verificado nos anos de 1952 a 1956 e de 2001 a 2004. Mesmo nesses períodos é possível administrar a alocação de água de forma razoável, minimizando prejuízos, desde que se adotem políticas de operação tecnicamente bem fundamentadas e acompanhadas por ambos os lados. A técnica de operação baseada em Curvas de Aversão a Risco, como a apresentada no Estudo Técnico, possui os atributos desejados, a saber:

- é de fácil entendimento, determinação, implementação e acompanhamento;
- permite incorporar componentes probabilísticas ao processo decisório;
- permite antever o comportamento do Sistema ao longo de um horizonte de operação;
- permite adotar medidas adaptativas ou corretivas com antecedência suficiente para evitar crises agudas e/ou conflitos de difícil administração.

Na hipótese de não adoção das curvas de aversão a risco, é feito o alerta no tocante ao **RISCO DE DEPLECIONAMENTO DOS RESERVATÓRIOS ... E, POR CONSEQUENTE, DE DESABASTECIMENTO!**

Eis a síntese da metodologia empregada:

“ (...) um conjunto de curvas que indicam basicamente a TAXA DE DEPLECIONAMENTO CRÍTICA DO RESERVATÓRIO AO SE ADOPTAR CENÁRIOS DE VAZÕES DE RETIRADA DISTINTOS”²⁹.

Consoante aduz o Assistente Técnico do Ministério Público, em seu **Parecer Técnico acostado aos autos do Inquérito Civil nº 06/13 (DOC. 02-B)**, intitulado **“Sistema Cantareira: Rumo a uma Gestão Compartilhada”**, através da metodologia da ‘Curva de Aversão a Risco’ (CAR), adotada na Portaria 1213/04, é possível o **PLANEJAMENTO PREVENTIVO**, a fim de não acarretar colapso ao sistema que garante o abastecimento público da

²⁹ Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE – Dados de Referência acerca da Outorga do Sistema Cantareira, de 16 de agosto de 2013 – V 1.1., p. 39.

Região Metropolitana de São Paulo e dos Municípios da Bacia do rio Piracicaba.

Elabora, ainda, figura esquemática, a fim de ilustrar o que se pretende com tal metodologia:

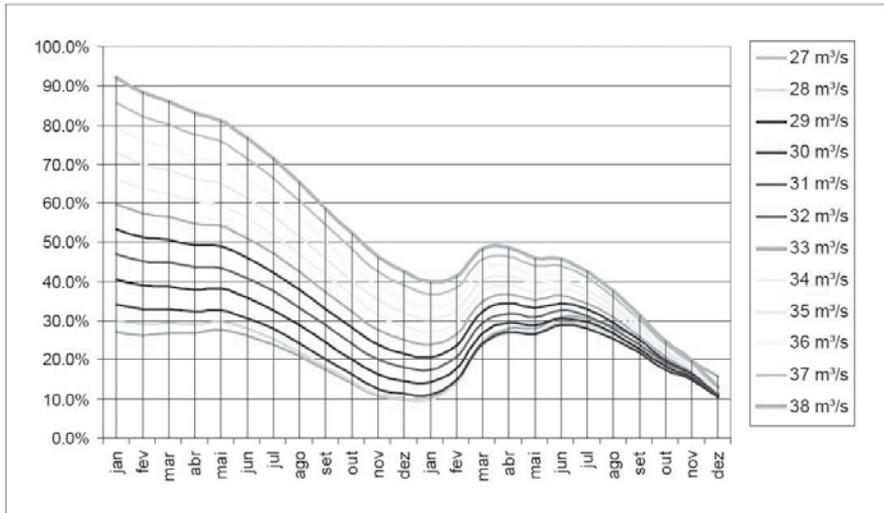


Figura 18. Curvas de Aversão a Risco do Sistema Equivalente - armazenamento mínimo de 10% e vazões naturais do biênio.

Utilizando-se os resultados obtidos para o primeiro ano dessas famílias de Curvas, para cada mês do ano, foram também obtidas as curvas que indicam a vazão máxima de retirada a ser praticada em função do nível de armazenamento, de forma que o nível mínimo de segurança seja obedecido, olhando um horizonte de, no mínimo, um ano para frente. Essas curvas mensais são apresentadas nos Anexos IX e X.

Por meio de tal figura se extrai que as curvas de aversão ao risco, que foram elaboradas para uma reserva estratégica de 5% (limite mínimo a ser mantido nos reservatórios) e um cenário hidrológico do período bianual de mínima disponibilidade hídrica, correspondente ao biênio de 1953/1954, indicam um **NÍVEL MÍNIMO DE SEGURANÇA A SER OBEDECIDO**.

No entanto, isso não ocorreu!

Frequentemente as vazões autorizadas eram maiores que os ‘Limites de Vazão de Retirada’ determinados pelas Curvas de Aversão a Risco. Isso prova que tal metodologia — adequada e que deveria ser empregada na gestão do Sistema Cantareira — deixou de ser aplicada.

Para demonstrar as ocorrências de descumprimento, nos reportamos ao **Anexo do Parecer Técnico do Ministério Público – Análise Crítica dos Cenários de Escassez Hídrica, datado de 18 de setembro de 2014 (DOC.**

02-A), que se trata de uma extensa tabela demonstrando as incongruências entre os limites de retirada previstos de acordo com as curvas de aversão ao risco na **Portaria nº 1213/2004, Anexo III e as vazões autorizadas, de acordo com as informações disponibilizadas nos relatórios mensais da ANA, demonstrando que a não aplicação da metodologia.** Utilizemos como exemplo os meses de janeiro a março de 2014 para exemplificar.

Em Janeiro de 2014, o Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Cantareira, publicado pela ANA³⁰ informava que em 31/12/2013 o volume útil era de 27,14 %. Conforme a tabela da Curva de Aversão a Risco – CAR, no mês de janeiro, para um volume de 27% o limite de retirada deveria ser abaixo de 29 m³/s considerando a vazão para a RMSP e para a Bacia PCJ. Entretanto, a vazão autorizada para o referido mês foi de 32,20 m³/s.

- Foram praticadas no período uma vazão média de transferência de 30,19 m³/s para a RMSP e defluente de 7,22 m³/s para as bacias PCJ;
- No mês verificou-se um decréscimo de 4,47% no volume útil do Sistema Equivalente, que passou de 31,61% (30/11/2013) para 27,14% (31/12/2013). Em termos de volume útil acumulado, partiu-se de 307,85 milhões de metros cúbicos, no final de novembro/2013, para 264,31 milhões de metros cúbicos, no final de dezembro/2013;
- Esses valores refletem o balanço hídrico dos reservatórios, havendo sido observada uma afluência média de 21,16 m³/s, que corresponde a 44,37% da vazão média de longo termo do mês de dezembro, contra uma vazão retirada total média de 37,42 m³/s;
- Por meio do Comunicado Conjunto ANA/DAEE - Sistema Cantareira nº 226, de 01/01/2014, foram informadas:

✓ as vazões de 29,20 m³/s e 3,00 m³/s como limites superiores para o mês, respectivamente, para a Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) e total para as bacias Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ).

Em fevereiro de 2014, o Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Cantareira, publicado pela ANA³¹ informava que em 31/01/2014 o volume útil era de 21,99 %. Conforme a tabela da Curva de Aversão a Risco – CAR, no mês de fevereiro, para um volume de 21,9% o limite de retirada deveria ser abaixo de 28 m³/s considerando a somatória das vazões para a RMSP e para a Bacia PCJ. Entretanto, a vazão autorizada para o referido mês foi de 33,04 m³/s.

³⁰ Disponível em http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsMensais/Cantareira/Boletim_Monitoramento_Reservatorios_Cantareira_2014_01.pdf. Acesso em 22/08/2014.

³¹ Disponível em http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsMensais/Cantareira/Boletim_Monitoramento_Reservatorios_Cantareira_2014_02.pdf. Acesso em 25/08/2014.

Em março de 2014, o Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Cantareira, publicado pela ANA³² informava que em 28/02/2014 o volume útil era de 15,98 %. Conforme a tabela da Curva de Aversão a Risco – CAR, no mês de março, para um volume de 15,8% o limite de retirada deveria ser abaixo de 27 m³/s considerando a vazão para a RMSP e para a Bacia PCJ. Entretanto, a vazão autorizada para o referido mês foi de 30,90 m³/s.

Sabendo-se dos riscos inerentes ao descumprimento de tais regras operacionais criadas pelos próprios órgãos outorgantes (ANA/DAEE) justamente para proteger o Sistema Equivalente, garantindo as condições mínimas de abastecimento **não se concebe terem sido ignoradas.**

Agora, o grau de comprometimento das represas, que será abaixo demonstrado, **SEQUER POSSIBILITA A RETOMADA, PELO MENOS NESTE MOMENTO, DAS CURVAS DE AVERSÃO AO RISCO, SOB PENA DE PREJUÍZOS INCALCULÁVEIS AO ABASTECIMENTO DAS DUAS REGIÕES (PCJ E ALTO TIETÊ).**

Diante da perda da capacidade de gestão do Sistema Cantareira, resta fazer **NERA GESTÃO DA CRISE HÍDRICA**, com vistas à recuperação dos reservatórios e ao adequado gerenciamento dos volumes disponíveis, de forma a evitar que em uma nova crise, se o caso, sejam adotados mecanismos mais ágeis e eficazes para coibir o totalmente rompimento da segurança hídrica.

2. Da falaciosa escusa do “Banco de Águas” para a desconsideração das curvas de aversão ao risco

A alegação por parte dos órgãos gestores (ANA/DAEE) para a desconsideração das curvas de aversão ao risco foi no sentido de que as vazões excedentes eram autorizadas devido ao ‘BANCO DE ÁGUAS’ acumulado pela SABESP.

Neste momento, não merecem ser trazidas longas digressões sobre o tema. Apenas, para melhor elucidação dos fatos, todavia, cumpre esclarecer que o Banco de Águas consiste em uma “**RESERVA VIRTUAL**”³³, através do qual o favorecido (RMSP ou PCJ) não retira toda a água que lhes é autorizada (Soma da Vazão Primária e Secundária), deixando volumes de água armazenados nos reservatórios do Sistema Cantareira, como se houvesse “crédito” a ser utilizado em períodos de escassez hídrica³⁴. Trata-se, portanto, de um mecanismo de compensação aos usuários em função dos volumes de água economizados no Sistema Equivalente.

³² Disponível em http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsMensais/Cantareira/Boletim_Monitoramento_Reservatorios_Cantareira_2014_03.pdf. Acesso em 25/08/2014.

³³ Transcrição da Minuta de Resolução Conjunta entre DAEE e ANA, que renovam a outorga do Sistema Cantareira.

³⁴ Parecer Técnico elaborado pelo Assistente Técnico do Ministério Público: “Sistema Cantareira: Rumo a uma Gestão Compartilhada.

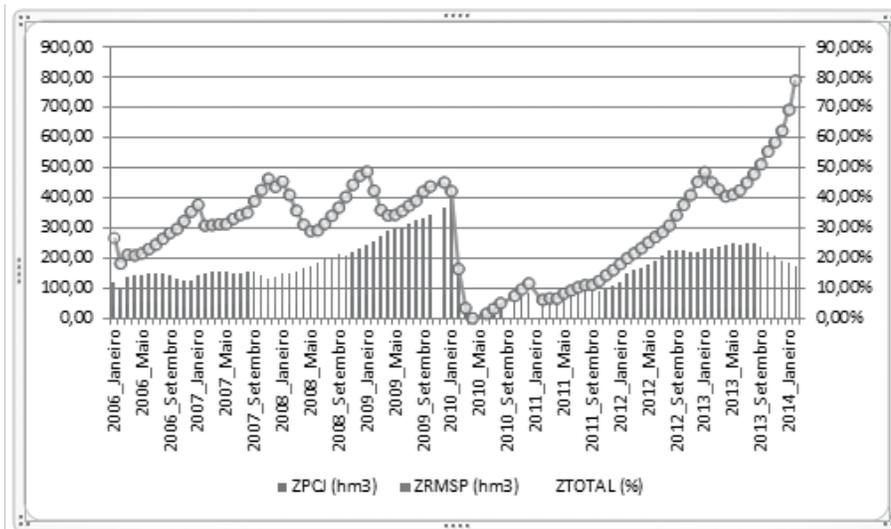
Como bem demonstrado no **PARECER TÉCNICO** elaborado pelo Assistente Técnico do Ministério Público, **MICHEL METRAN DA SILVA (DOC. 02-B)**, sem a associação da metodologia do “Banco de Águas” e com a adoção do planejamento concebido de “Curva de Aversão a Risco”, teria sido possível atenuar os impactos do desabastecimento do Sistema Cantareira.

Ao contrário das Curvas de Aversão a Risco, o Banco de Águas **não é uma metodologia reconhecida cientificamente**, sendo este modelo o único exemplo no Brasil. Ostenta, ainda, gritantes disparidades entre o tratamento dispensado à SABESP e à Bacia do Rio Piracicaba.

Para demonstrar a **insubsistência deste Banco de Águas**, insta registrar que, no período de Janeiro de 2006 à Fevereiro de 2014, a **SABESP acumulou um Banco de Águas que corresponde, em média, a 426.11% do Banco de Águas do PCJ** e que, no momento de maior criticidade hídrica, foi amplamente utilizado pela SABESP, com a autorização da ANA e do DAEE, acelerando o consumo do volume útil do SISTEMA CANTAREIRA.

Em fevereiro de 2014, a RMSP contava com um Banco de Águas de **169,25 hm³**, que equivalia a **79,03% do Volume Útil Total do Sistema Equivalente**.

A Bacia do Rio Piracicaba, por outro lado, não possuía Banco de Águas, que foi esgotado para atender suas demandas, desde **Novembro de 2013**. O quadro abaixo deixa evidente a desproporcionalidade entre as duas regiões (RMSP e Bacias PCJ) e a evolução do Banco de Águas.



Evolução do Banco de Águas do Sistema Cantareira, da SABESP e do PCJ (em hectômetros), bem como a proporção entre o Banco de Águas e o Volume Útil do Sistema Cantareira (em porcentagem).

Neste contexto, reportando-nos aos mesmos fundamentos invocados no item III.3, fica evidente que a aplicação de tal regra operativa em favor da outorgada (SABESP), relativa ao **BANCO DE ÁGUAS**, não se coaduna com o interesse público em tempos de escassez hídrica.

É importante esclarecer que a regra atinente ao Banco de Águas frustrou integralmente a aplicação da metodologia das Curvas de Aversão a Risco, sendo frequentemente usado este mecanismo para garantir “Limites de Retirada de Vazão” (X) **muito além do estipulado, colocando, em risco, portanto, o Sistema Cantareira e a almejada segurança delineada no momento da outorga em 2004.**

Diante de tal constatação, o **MINISTÉRIO PÚBLICO encaminhou Recomendação à ANA e DAEE em 04.02.2014**, para que, dentre outras providências, os órgãos outorgantes adotassem medidas imediatas, concretas e preventivas eficientes, a fim de “**cessar de imediato a autorização de utilização pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP do Banco de Águas [...]**”

Tal recomendação, se cumprida, deveria fazer com que os limites máximos de vazão fossem estabelecidos, de imediato, em **24,80 e 3,00 m³/s (vazão primária) para a RMSP e Bacia do Piracicaba**, respectivamente, visto que as vazões de retirada autorizadas pelos órgãos outorgantes para a **SABESP eram muito superiores à vazão primária, em razão da utilização de ‘Banco de Águas’.**

Somente após o quase completo esgotamento do volume útil dos reservatórios e os alertas evidentes, **por meio da Resolução Conjunta ANA-DAEE Nº 335, de 05 de março de 2014 (DOC. 13-E)**, foram aprovadas condições especiais de operação dos reservatórios Jaguari-Jacareí, Cachoeira e Atibainha, estabelecendo regras complementares à operação do Sistema Cantareira. Passou, então, a ser desconsiderada a aplicação da regra operacional do Sistema Cantareira relativa ao Banco de Águas, com a **incorporação desta reserva virtual ao volume útil do reservatório.**

3. A previsibilidade da redução das vazões de afluição pelos órgãos gestores (ANA e DAEE)

Não bastassem terem sido desconsideradas as Curvas de Aversão ao Risco, também **foram ignoradas pelos órgãos gestores e pela SABESP as baixas vazões afluentes e a redução da capacidade de regularização do Sistema Cantareira** (36m³/s para atendimento da alocação de vazões à RMSP e à Bacia do Piracicaba).

Nos últimos anos já vinham sendo verificadas **vazões naturais afluentes**³⁵ **mais baixas**, denotando, a diminuição da capacidade do Sistema Cantareira de continuar atendendo à **crescente demanda da RMSP e da Bacia do Piracicaba**.

A **Vazão Afluente** é definida como sendo a vazão que chega a um determinado ponto, em particular em um reservatório, e é determinante na avaliação da energia disponível. A vazão afluente depende das condições hidrológicas naturais da bacia hidrográfica e dos aproveitamentos existentes a montante³⁶.

Sendo as vazões defluente, ou seja, as vazões de retirada muito superiores às de afluência, **logicamente, era de se esperar a rápida redução do volume disponível do Sistema Cantareira, como ocorreu**.

Desde os anos de 2012 e 2013, as vazões afluentes têm sido comparativamente próximas àquelas do **biênio 1953-1954**, referência como sendo a **pior estiagem registrada desde 1930**. Em **2014**, o quadro se agravou e as vazões médias de afluência continuaram sendo ínfimas, ou seja, **INFERIORES** às vazões mínimas históricas observadas em **1953 e nos últimos anos**, como se infere do quadro comparativo abaixo, elaborado com os dados apresentados no Boletim Diário do GTAG de 01.09.2014³⁷:

Mês	Mínima Histórica	Média Histórica	Máxima Histórica	1953	1954	2012	2013	2014	2014 em relação à Mínima
Janeiro	24,53	63,42	127,94	24,53	43,41	54,26	42,12	14,32	58,38%
Fevereiro	24,83	66,08	154,78	29,14	66,51	31,35	44,84	8,47	34,11%
Março	23,52	60,07	113,66	26,75	39,47	23,52	45,63	13,77	58,55%
Abril	22	43,54	92,89	30,44	27,67	23,64	31,13	13,46	61,18%
Mai	18,1	34,22	86,6	21,46	37,04	27,55	19,86	7,26	40,11%
Junho	14,3	31,27	165,71	18,46	25,97	39,39	19,01	6,62	46,29%
Julho	11,7	25,43	75,22	15,62	19,37	26,13	19,42	4,17	35,64%
Agosto	10,7	21,45	57,48	14,19	15,51	12,74	13,72	6,28	58,69%

³⁵ **Vazão Afluente** é definida como sendo a vazão que chega a um determinado ponto, em particular em um reservatório, e é determinante na avaliação da energia disponível. A vazão afluente depende das condições hidrológicas naturais da bacia hidrográfica e dos aproveitamentos existentes a montante (Cf. Parecer Técnico – Sistema Cantareira: Rumo a uma gestão compartilhada - ATP. Michel Metran da Silva – 10/03/2014, p. 51)

³⁶ Cf. Parecer Técnico – Sistema Cantareira: Rumo a uma gestão compartilhada - ATP. Michel Metran da Silva – 10/03/2014, p. 51

³⁷ http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/DivulgacaoSiteSabesp_1-9-2014.pdf

Setembro	9,6	22,36	104,75	14,07	13,16	10,8	11,28		
Outubro	11,5	27,08	86,1	15,44	19,17	16,44	21,02		
Novembro	12,47	31,04	80,99	23,72	12,47	15,03	19,36		
Dezembro	19,54	47,38	107,55	27,93	26,94	26,23	21,16		
Média	16,90	39,45	104,47	21,81	28,89	25,59	25,71	9,29	49,12%

Os tomadores de decisão (ANA e DAEE), assim como a própria SABESP **reconhecem, publicamente e de forma incontroversa, que as vazões afluentes excepcionalmente baixas**, pelo menos desde outubro de 2013, contribuíram para que os reservatórios não recebessem o volume de água esperado, prejudicando o acúmulo de águas normalmente verificado nos meses chuvosos. Neste sentido, são uníssonos, ainda, os Boletins Mensais da ANA e os Comunicados do GTAG-Cantareira³⁸.

Corroborando a **previsibilidade e o conhecimento por parte dos órgãos gestores, ANA e DAEE**, sobre as **“anomalias das vazões naturais médias” no período de 2004 a 2012 significativamente inferiores à média de longo termo (MLT)³⁹**, podem ser verificadas no item 4 da **Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE –Dados de Referência acerca da Outorga do Sistema Cantareira, de 16 de agosto de 2013 – V 1.1.⁴⁰**

As denominadas **“ANOMALIAS”** são analisadas neste estudo em relação a cada um dos reservatórios e em relação ao Sistema Equivalente (Sistema composto pelos reservatórios Jaguari/Jacareí, Cachoeira e Atibainha) e demonstradas em gráficos e figuras (p. 33 e seguintes da referida Nota Técnica), deixando inequívoco o **cenário tendencial mais desfavorável nos últimos anos**.

A significativa redução das precipitações no Estado de São Paulo, outrossim, já era **FENÔMENO DETECTADO HÁ ANOS**, sem que as medidas para a redução das vazões de retirada tenham sido implantadas pelos órgãos gestores (ANA/DAEE) e pela operadora do sistema produtor (SABESP), visando à preservação daquele manancial.

Na sequência, são trazidos os *slides* apresentados pela pesquisadora **ARIANE FRASSONI DOS SANTOS, do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE/CPTEC**, perante a Câmara de Monitoramento Hidrológico – CT-MH dos Comitês PCJ, em 30 de junho de 2014, sobre o tema: **“Even-**

³⁸ Vide Boletins Conjuntos ANA/DAEE e Comunicados GTAG anexos;

³⁹ Vazões Naturais Médias Mensais de Janeiro de 1930 a Dezembro de 2012

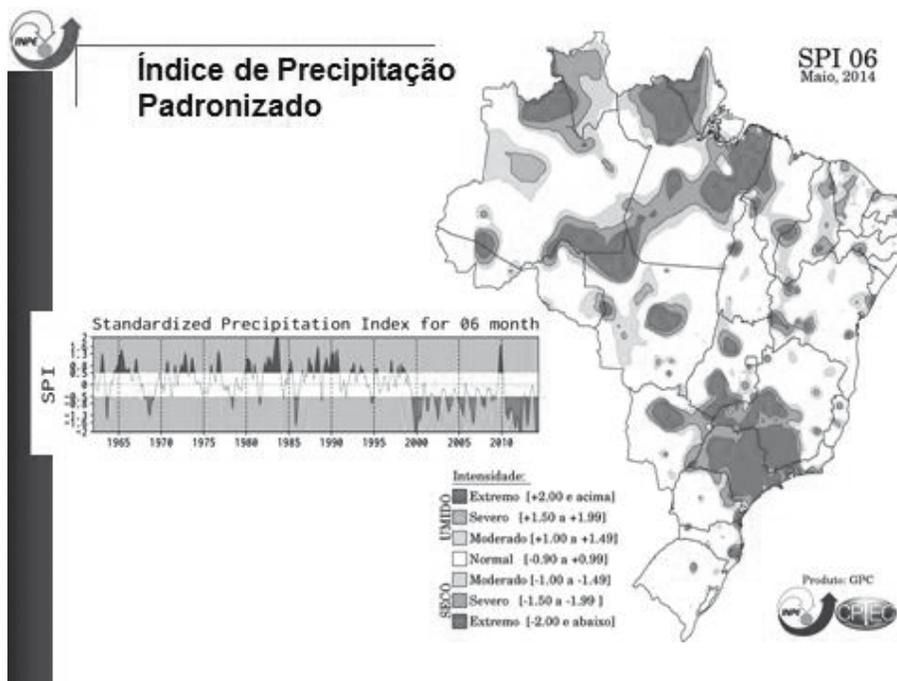
⁴⁰ Disponível em: http://www.sigrh.sp.gov.br/sigrh/ARQS/RELATORIO/CRH/CBH-AT/1759/ana_daae_dados%20referencia%20sistema_cantareira_v1_1.pdf. Acesso: 27 ago. 14

tos Climáticos extremos: monitoramento e previsão climática do INPE/CPTEC” (DOC. 04-A).

Segundo esclareceu a referida pesquisadora, as previsões climáticas contribuem para que os tomadores de decisão e os usuários planejem e adaptem suas atividades e projetos às condições esperadas. Decisões podem ser tomadas em planejamento à redução de risco e otimizando os benefícios socioeconômicos, sobretudo considerando que são **lentas as variações das previsões climáticas sazonais, persistindo condições semelhantes por alguns meses**⁴¹.

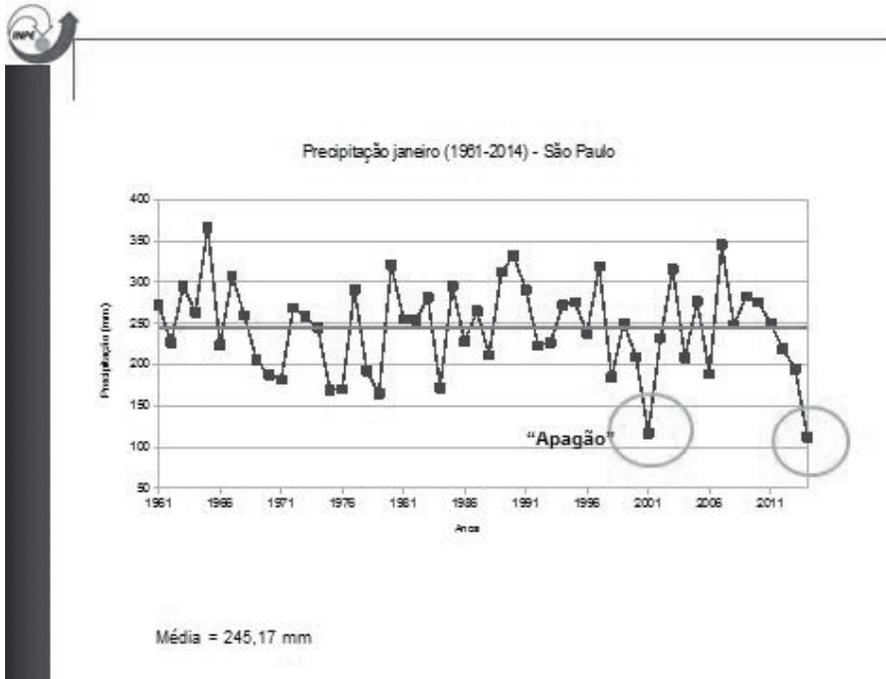
Neste contexto, o quadro abaixo demonstra o Estado de São Paulo, apresenta Índice de Precipitação Padronizado, à semelhança dos meses anteriores, classificado em **MAIO DE 2014** com a seguinte intensidade: **SECO EXTREMO** (- 2,00 – COR VERMELHA).

O diagrama ao lado, ademais, demonstra as precipitações verificadas nas últimas décadas, evidenciando as significativas reduções pluviométricas desde 2000.



41 Neste sentido, vide slide 36 da apresentação.

Tais índices aferidos assemelham-se aos do período do “Apagão” de 2001.



O **Consórcio PCJ**, que reúne Municípios e outros usuários das Bacias PCJ, **desde dezembro de 2013 também já propalava os níveis críticos dos reservatórios e a necessidade de redução das vazões de retirada.** Neste sentido, podem ser consultadas as diversas notas à imprensa divulgadas no site oficial daquela entidade⁴².

No mesmo diapasão, também merecem ser citados os estudos elaborados pela equipe técnica da **UNICAMP – LADSEA**, contratada pelo Consórcio PCJ, coordenados pelo **PROF. ANTONIO CARLOS ZUFFO (DOC. 03)**⁴³, ao discorrer sobre os efeitos de comportamento cíclico, de longo período, denominados de “**JOSE**” e “**NOÉ**”, apontam que:

*“Os autores descobriam que as tendências tendem a persistir, ou melhor, um lugar que tem sido castigado por secas recorrentes, **é provável que continue a sofrer com as secas.** Em locais em que há*

⁴² <http://www.agua.org.br/>

⁴³ Vide, ainda, apresentação CIESP – CAMPINAS – **DOC.04-B**

*chuvas em abundância, é provável que continuem com chuvas em abundância. Em outras palavras, as **coisas tendem a ficar do jeito que tem sido nos últimos tempos**. Definiram que “um período longo não usual de precipitações (altas ou baixas) pode ser extremamente longo”. Neste caso podemos interpretar o sentido “longo”, como um período de ± 30 anos. Os autores afirmam ainda que “os modelos atuais de hidrologia estatística não consideram um ou outro efeito e devem ser substituídos”, os testes estatísticos de tendências misturam esses períodos mais secos com os mais úmidos, não reconhecendo o efeito cíclico natural. (...)”⁴⁴*

E continua:

*“Durante o período mais recente compreendido entre os anos de 2000 a 2012, a precipitação anual esteve próxima a da média de longo período, porém houve três episódios distintos: (i) 2000, 2002 e 2003 em que foram anos com índices pluviométricos bastante baixos, resultando em medidas para racionamento tanto no abastecimento quanto no uso de energia elétrica; (ii) em seguida, até 2010, esses índices foram, significativamente, superiores aos da média e (iii) **APÓS 2011 HÁ FRANCA TENDÊNCIA DECRESCENTE DA PRECIPITAÇÃO ANUAL.**”⁴⁵*

Assim, não há que se conferir qualquer credibilidade às alegações da **IMPREVISIBILIDADE** da ocorrência de fenômenos naturais, que sempre devem ser considerados nas metodologias de gerenciamento dos recursos hídricos.

4. A previsibilidade da redução das vazões de afluência pela SABESP e a ciência da criticidade da baixa reservação do Sistema Cantareira.

As vazões de afluência muito abaixo da média também era conhecida e acompanhada pela SABESP pelo menos **desde 2012**.

⁴⁴ UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP, Departamento de Recursos Hídricos – DRH, Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo – FEC, Laboratório de Apoio Multicritério à Decisão Orientada à Sustentabilidade Empresarial e Ambiental – **LADSEA** – “Relatório Técnico visando apoio ao programa de Monitoramento das águas com foco em estudos hidrológicos e melhorias na operação de reservatórios, com destaque ao Sistema Cantareira, para estudar regras operativas e as bases para a renovação da outorga da transposição para a Bacia do Alto Tietê”, **RELATÓRIO 3, p. 10/11**;

⁴⁵ Idem, Relatório 7, p. 99

É o que se extrai do Relatório Anual 20-F 2013 elaborado pela SABESP, dirigido ao “*Securities and Exchange Commission dos Estados Unidos da América*”, Washington, DC, contendo suas demonstrações financeiras e outros assuntos, disponível no site oficial da empresa, no campo dos “Investidores” ⁴⁶ (DOC. 21).

Abaixo serão colacionados alguns trechos bastante elucidativos do referido relatório para demonstrar a plena ciência pela SABESP há tempos da **gravidade da situação e a desconsideração de seus próprios mecanismos internos de gestão de crise (p. 22, 45, 80 e 154):**

Experimentamos diminuições da disponibilidade de água ao longo do tempo devido às secas. Parte da região sudeste do Brasil, principalmente da região sul do Estado de Minas Gerais e da bacia do rio Piracicaba (da qual captamos a água utilizada no Sistema Cantareira), e na área norte da região metropolitana de São Paulo experimentou chuvas abaixo da média em 2012. A seca se agravou no final de 2013 e início de 2014, com chuvas bem abaixo da média, o que resultou em uma redução do nível de água nos reservatórios do Sistema Cantareira durante o período chuvoso, de outubro de 2013 a março de 2014. Este foi particularmente o caso do Sistema Cantareira, o maior sistema da Região Metropolitana de São Paulo.

Efeitos de Eventos Climáticos Extremos – Seca

Nossas operações no Brasil ocorrem numa região propensa a estiagens, embora, historicamente, o impacto das mesmas não tenha atingido de maneira uniforme cada um de nossos sistemas de abastecimento de água. O Brasil foi afetado uma estiagem severa e prolongada durante 2000 e 2001. Em razão disso, de meados de junho a meados de setembro de 2000, procedemos ao racionamento de água na zona sul da Região Metropolitana de São Paulo, afetando aproximadamente 3,5 milhões de pessoas ou 20% da população total da Região, que reduziu nossa produção total de água em 8%. Em março de 2004, quando nossos reservatórios estavam em níveis extremamente baixos, implementamos um programa de bônus para redução do uso de água. Após retornar aos níveis pluviométricos normais entre 2004 e início de 2005, as condições dos nossos reservatórios melhoraram. Em 2007 e 2008, o índice pluviométrico excedeu os níveis dos anos anteriores, aumentando o volume de água mantida em nossos reservatórios e fornecendo uma folga para atender à demanda.

Parte da região Sudeste do Brasil, em particular na região sul do Estado de Minas Gerais e na bacia do Rio Piracicaba, de onde extraímos a água utilizada no Sistema Cantareira, e na área norte da região metropolitana de São Paulo tem experimentado chuvas abaixo da média desde 2012, que se agravou no final de 2013 e início de 2014. Com chuvas significativamente abaixo da média, houve uma redução no nível de água armazenada durante a estação chuvosa, de outubro a março, nos reservatórios do Sistema Cantareira, que é o maior sistema da Região Metropolitana de São Paulo. A fim de minimizar os efeitos dessa seca, em fevereiro de 2014, nós aprovamos um programa que incentiva a redução do consumo de água, com base em um sistema de bônus, segundo o qual os clientes que alcançam a sua meta de redução de consumo (20% de redução de consumo de água) terá direito a um desconto de 30% na sua conta de água e esgoto. Inicialmente, o programa de incentivo foi programada para durar sete meses desde de 01 de fevereiro de 2014 ou até que o nível de água nos reservatórios sejam normalizados. No entanto, em abril o programa de bônus foi estendido até o final do ano de 2014 e para toda a Região Metropolitana de São Paulo que atendemos ou até que o nível de água nos reservatórios sejam normalizados. Para mais informações sobre as secas, consulte “Riscos Relacionados ao Nosso Negócio – “Secas, o programa de redução de consumo de água ou outras medidas

46 [http://www.sabesp.com.br/Sabesp/filesmng.nsf/1614B37B89CCBC983257CD0007D7535/\\$File/20F_port.pdf](http://www.sabesp.com.br/Sabesp/filesmng.nsf/1614B37B89CCBC983257CD0007D7535/$File/20F_port.pdf)

Comitê de Riscos

Em 2009, nossa diretoria criou o Comitê de Riscos com responsabilidades para: (i) avaliar os montantes máximos de risco que a Administração deve incorrer em suas operações a fim de obter os resultados planejados; (ii) avaliar a identificação, mensuração, tratamento e transformação de riscos em planos de ação; (iii) apresentar as suas declarações, propostas e avaliações para o comitê de auditoria e ao conselho de diretores para a revisão, bem como apresentar tais declarações, propostas e avaliações ao conselho de Administração para aprovação. O Comitê de Riscos é coordenado por um presidente e é composto por representantes das seguintes diretorias: Gestão Empresarial; Tecnologia, Empreendimentos e Meio Ambiente; Metropolitana; Econômico-Financeiro e de Relações com Investidores, e Sistemas Regionais.

Em 2013, o sistema Cantareira, foi responsável por 47,1% da água que fornecemos para a região metropolitana de São Paulo (incluindo os municípios para os quais fornecemos água no atacado), o que representou 73,2% da nossa receita operacional bruta (excluindo as receitas relativas à construção da infraestrutura da concessão) para o ano. A outorga do Sistema Cantareira foi renovada em 2004 e expirará em agosto de 2014. Estamos trabalhando para renovar esta outorga por um período de 30 anos e de manter a condição de retirada da bacia, que é de 33 m³/s. Devido às condições climáticas atuais, em particular a forte estiagem, os próximos passos no processo de renovação estão temporariamente suspensos. Para mais informações sobre as secas ver “Riscos Relacionados ao Nosso Negócio - Secas, o programa de redução de consumo de água ou outras medidas podem resultar em uma diminuição significativa no volume faturado de água e as receitas dos serviços que prestamos, que pode ter um efeito material adverso sobre nós”.

De acordo com este Relatório 20-F 2013 da SABESP, conclui-se claramente que **em 2012 e 2013 não foram tomadas medidas para proteger o Sistema Cantareira da mais severa estiagem registrada em toda a série histórica.**

Paralelamente, foram os dois anos nos quais se obteve os maiores lucros líquidos da história da Companhia e de distribuição de dividendos, valendo observar que, neste período, o Sistema Cantareira foi responsável por **73,2% da receita bruta operacional da empresa, DENOTANDO A SUPEREXPLORAÇÃO** daquele sistema produtor que não mais conseguiu se recuperar diante da gravidade do atual evento climático de escassez.

A própria SABESP, revelando a plena ciência em relação à gravidade da situação, em seu ***RELATÓRIO DE GESTÃO – MAGG – 005/14 – DATA-DO DE JANEIRO DE 2014***, o qual foi submetido à ARSESP, apresenta programa de “**RODÍZIO DO SISTEMA CANTAREIRA 2014**” (DOC. 21-B). Neste documento, a SABESP consigna que:

- “A condição de **baixa reservação dos mananciais do Sistema Produtor Cantareira vista em 2013 se assemelha a estiagem de 2003**”. (p. 5/36)
- “...a estiagem atingiu de modo desigual os diversos mananciais, incidindo de forma especialmente severa sobre a bacia hidrográfica dos mananciais do Sistema Cantareira. A estes fatores adversos, do lado da disponibilidade de água, somavam-se os aumentos dos consumos, provocados pelas altas temperaturas, baixas umidades relativas e a presença de céu descoberto”. (p. 5/36);

- “todas as estratégias foram adotadas para concomitantemente no intuito de evitar a adoção do rodízio, pelo constrangimento que esta solução causa à população. **No entanto, O RODÍZIO DEVE SER PLANEJADO EM FACE DA SITUAÇÃO CRÍTICA DE ARMAZENAMENTO DE ÁGUA NOS MANANCIAIS DO SISTEMA CANTAREIRA**”.(p. 5/36)

- **OBJETO DO RODÍZIO: Reduzir a produção do Sistema Cantareira para evitar o colapso dos seus mananciais e, conseqüentemente, do abastecimento da RMSP, garantindo o atendimento equitativo da população e condições adequadas de saúde pública**”.(fls. 06/36)

Em janeiro, portanto, a Sabesp afirmava que o Sistema Guarapiranga também estava “**no seu limite de captação**”, que “*uma ampliação do avanço do Sistema Alto Tietê sobre o Cantareira se tornou praticamente inviável em caráter perene, servindo apenas para manutenções temporárias*”. O objetivo do rodízio seria “**reduzir a produção do Sistema Cantareira para evitar o colapso dos mananciais e, conseqüentemente, do abastecimento da Região Metropolitana**”.

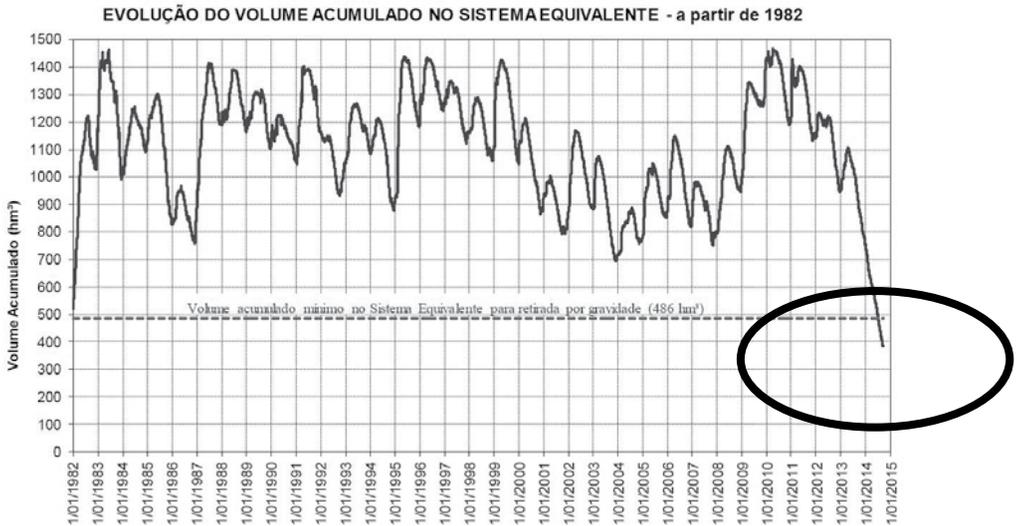
Todavia, o RODÍZIO acabou sendo **DESCARTADO** pela alta gerência da SABESP e pelo GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, que, **assumindo o risco do colapso de seus mananciais, deixou de adotar medidas de contingências efetivas, restringindo-se apenas a um “programa de incentivo” (Bônus)**.

5. O descompasso entre as vazões de afluência e as de retirada: o inexplicável adiamento das decisões necessárias

Apesar das evidências mencionadas no tocante aos baixos níveis de precipitações, da diminuição dos volumes acumulados nos reservatórios, **com a autorização dos órgãos gestores (ANA/DAEE)**, abandonando as curvas de aversão a risco e os mecanismos legais expressamente previstos para garantia, com a necessária antecedência, de níveis aceitáveis de segurança de abastecimento público, que não devem ser inferiores a 95%, como visto, **CONTINUARAM SENDO PRATICADAS PELA SABESP ELEVADAS CAPTAÇÕES (VAZÕES DE RETIRADA) DO SISTEMA CANTAREIRA.**

Isso acarretou o irrefreável, alarmante e histórico **rebaixamento dos níveis de água acumulados nos reservatórios, abaixo dos volumes operacionais (volume útil), ensejando conflitos e crises.**

O quadro abaixo, elaborado pelo GTAG – CANTAREIRA⁴⁷ demonstra, de forma clara, o resultado de terem sido desconsiderados os **critérios técnicos** de gerenciamento do Sistema Cantareira em relação ao nível dos reservatórios, cujos volumes “*despencaram*” rapidamente:



Infer-se da tabela a seguir, ademais, as vazões de retirada no ano de 2014 pela SABESP e pelas Bacias PCJ, **muito superiores às médias de afluência** (de entrada de água nos reservatórios).

Ref.a	Comunicado ANA/DAEE	Vazão Autorizada		Vazão Retirada		Limite de Retirada (CAR)		Vazão Média de Afluência	Déficit (Vaz. Afluência - Vaz. Retirada)
		RMSP	PCJ	RMSP	PCJ	RMSP	PCJ		
jan/14	nº 226, de 01.01.2014	29,20	3,00	29,89	3,15	24,8	3,0	8,47	24,17
fev/14	nº 228, de 01,02,2014	30,00	3,00	29,16	3,48	24,8	3,0	13,77	10,50

⁴⁷ Boletim Diário do GRUPO TÉCNICO DE ACESSORAMENTO PARA GESTÃO DO SISTEMA CANTAREIRA GTAG – CANTAREIRA - SITUAÇÃO DO SISTEMA EQUIVALENTE EM 17/09/2014. Disponível em: http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/DivulgacaoSiteSabesp_17-9-2014.pdf

mar/14	nº 230, de 06.03.2014	27,90	3,00	21,09	3,18			13,46	10,43
abr/14	nº 231, de 31.03.2014	24,80	3,00	20,91	2,98			7,26	16,04
mai/14	nº 232, de 30.04.2014	22,40	3,00	20,30	3,00			6,62	16,58
jun/14	nº 234, de 30.05.2014	21,50	3~4	19,92	3,28			4,17	18,69
jul/14	nº 237, de 01.07.2014	19,70	3~4	19,47	3,39			6,28	
ago/14									
set/14									
out/14									

Somente a partir de **Março de 2014**, já diante do colapso hídrico, foi determinada pelos órgãos gestores, **DE FORMA INSUFICIENTE E TARDIA, a redução pela SABESP das vazões de retirada do Sistema Cantareira.**

A Bacia PCJ, desde o início do ano, recebeu apenas a média de 3m³/s, pouco contribuindo para esta situação dramática.

Em resumo, este foi o histórico das reduções praticadas pelos órgãos gestores:

1ª redução (06/03/14)	Q1 = 27,9 M ³ /s
	Q2 = 3,0 M ³ /s
2ª redução (30/04/14)	Q1 = 22,4 M ³ /s
	Q2 = 3,0 M ³ /s
3ª redução (30/05/14)	Q1 = 21,5 M ³ /s
	Q2 = 3,0 M ³ /s
4ª redução (01/07/14)	Q1 = 19,7 M ³ /s
	Q2 = 4,0 M ³ /s

Q1: RMSP - SABESP

Q2: BACIA DO PIRACICABA

6. A criação do GTAG pela Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 120/14

Reiteradamente tem sido mencionada a atuação do **Grupo Técnico de Assessoramento para a Gestão do Sistema Cantareira – GTAG CANTAREIRA.**

Cumpra esclarecer que o GTAG – Grupo Técnico de Assessoramento para a Gestão do Sistema Cantareira, também denominado de “Comitê Anticrise”, foi instituído por meio da **Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 120/2014,**

de 10 de fevereiro de 2014 (DOC. 13-D), para perdurar durante o período de escassez hídrica, para, dentre outras atribuições, assessorar as autoridades outorgantes nas decisões referentes à gestão do Sistema Cantareira.

Tal Grupo de Assessoramento é constituído por membros das seguintes instituições:

- I - Agência Nacional de Águas (ANA);
- II- Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE);
- II - Comitê das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (CBH-PCJ);
- IV - Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê (CBH-AT); e
- V- Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP).

Por força da **Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 1052, de 31 de julho de 2014 (DOC. 13-I)**, o prazo de funcionamento do GTAG-Cantareira que se encerraria em 05 de agosto de 2014, foi prorrogado até **31 de outubro de 2015**, data do encerramento da outorga de direito de uso de recursos hídricos do Sistema Cantareira concedida à SABESP.

São diversas as atribuições do GTAG, conforme consta do artigo 2º da Resolução ANA/DAEE nº 120/2014:

Art. 2º - Compete ao Grupo Técnico de Assessoramento para Gestão do Sistema Cantareira:

I – Assessorar as autoridades outorgantes nas decisões referentes à gestão do Sistema Cantareira;

II – Realizar o acompanhamento diário dos dados referentes aos reservatórios e estruturas componentes do Sistema Cantareira, bem como dos postos de monitoramento de interesse: pluviométricos, pluviométricos e de qualidade;

III – Expedir relatório semanal, às sextas-feiras, avaliando a situação de armazenamento dos reservatórios do Sistema Cantareira e recomendando as vazões médias a serem praticadas nos próximos sete dias nas liberações para jusante dos aproveitamentos Jaguari-Jacaré, Cachoiera, Atibainha e Paiva Castro, nas transferências pelo Túnel 5 e na Estação Elevatória de Santa Inês (EESI), bem como recomendando eventuais medidas de restrição ou suspensão de usos da água aos usuários localizados nas regiões Metropolitana de São Paulo e das bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá sob influência do Sistema Cantareira;

§ 1º - O GTAG-Cantareira deverá considerar como base orientadora das recomendações para a gestão do Sistema Cantareira os regulamentos expressos na Portaria DAEE nº 1213/2004, nas Resoluções Conjuntas ANA/DAEE nº 428/2004, e nº 614/2010, bem como o estado de armazenamento dos reservatórios, as vazões afluentes, as perspectivas climáticas e as demandas hídricas dos usuários localizados a jusante dos reservatórios.

§ 2º - O GTAG-Cantareira deverá disponibilizar os relatórios semanais na *internet*, em sítios mantidos pelas instituições e entidades participantes.

§ 3º - As recomendações do GTAG-Cantareira serão encaminhadas às autoridades outorgantes para avaliação e adoção das medidas consideradas pertinentes.

No item V-3 da presente ação serão realizadas considerações relevantes no tocante à atuação do GTAG.

7. A “Substituição” da Metodologia da Curva de Aversão a Risco (CAR) e a fragilização da Gestão Compartilhada com os Comitês PCJ

Recentemente, a ANA e o DAEE, **rompendo com as poucas garantias ainda remanescentes previstas como condicionantes da outorga de 2004 para a segurança do Sistema**, por meio da Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 910, de 07 de julho de 2014 e da Portaria DAEE nº 1396, de 11 de julho de 2014, “**SUBSTITUIRAM**” as regras e condições previstas nos artigos 4º a 8º da Portaria DAEE nº 1.213, de 2004, bem como os artigos 1º a 4º da Resolução Conjunta ANA/DAEE 428, de 2004, que tratam nada menos do que os seguintes aspectos:

- **DA ADOÇÃO DAS CURVAS DE AVERSÃO AO RISCO;**
- **DOS MECANISMOS DE GESTÃO COMPARTILHADA PELO COMITÊ DAS BACIAS PCJ;**

Eis o teor do artigo 2º dos referidos atos normativos:

Art. 2º As retiradas de vazões do Sistema Equivalente e as condições operacionais dos aproveitamentos obedecerão a determinações dos órgãos gestores, ANA e DAEE, a serem expedidas com periodicidade mensal ou inferior por meio de comunicados conjuntos, no prazo de vigência desta resolução.

Parágrafo único. A gestão de retiradas de vazões do Sistema Equivalente estabelecida no *caput* substitui as regras e condições previstas nos artigos 4º a 8º da Portaria DAEE nº 1.213, de 2004, bem como os artigos 1º a 4º da Resolução Conjunta ANA/DAEE 428, de 2004.

Pela nova sistemática, as decisões relativas às retiradas de vazões e às condições operacionais do Sistema Cantareira ficam concentradas **apenas nos órgãos gestores, ANA e DAEE.**

Na **Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE - “Subsídios para Análise do Pedido de Outorga do Sistema Cantareira e para a Definição das Condições de Operação dos seus Reservatórios”** - de julho de 2004 (**DOC. 13-A**), já mencionada, foi assentada a importância do trabalho técnico realizado pela Câmara de Monitoramento Hidrológico – CT-MH, integrante dos Comitês das Bacias do Piracicaba, **especialmente em períodos de escassez.**

Esta não é a primeira vez que enfrentamos uma crise hídrica severa ... e certamente, não será a última!!!

Assim, **qualquer decisão ou pretensão de esvaziamento das atribuições dos Comitês PCJ (CTMH), como pode ser extraída de interpretação da Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 910/2014 (DOC. 13-H) e da Portaria**

DAEE 1396/14 (DOC. 05-B), deve ser rechaçada, o que se faz neste ato, uma vez que afrontam as normas cogentes consubstanciadas na Constituição Federal (Artigo 225), na Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos e na Lei de Política Estadual de Recursos Hídricos que consagram a gestão compartilhada, descentralizada e participativa dos recursos hídricos, de forma integrada com a gestão ambiental (*artigos 2º, 3º, 15, V, 30, IV, da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997*), assumindo os Comitês de Bacias Hidrográficas, em razão da amplitude das atribuições que lhe foram conferidas, posição de primazia na estrutura do Sistema de Gerenciamento dos Recursos Hídricos.

Essa competência atribuída aos Comitês de Bacias **não pode, simplesmente, sob a alegação de uma crise hídrica, ser subvertida ou revogada**, sendo **ILEGAIS E INCONSTITUCIONAIS** quaisquer decisões e atos normativos no intuito de concentrar o poder decisório, **excluindo o direito de participação e de controle social, em todos os níveis, especialmente na gestão compartilhada do Sistema Cantareira, na forma delineada na Portaria 1213/04.**

Demonstrando o impacto decorrente do teor do artigo 2º, parágrafo único, da Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 910, de 07 de julho de 2014 e da Portaria DAEE nº 1396, de 11 de julho de 2014, no âmbito dos Comitês PCJ, vale transcrever trecho da **Ata da 136ª Reunião Ordinária da Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico e do GT- Cantareira ocorrida em 29 de agosto de 2014 (DOC. 18-A)**, dando conta que deixaram os órgãos gestores de aceitar as proposições das descargas a serem liberadas para a Bacia PCJ:

*“Estes artigos tratam principalmente na **proposição das descargas a serem liberadas pelo PCJ**, porém de acordo com a Portaria DAEE Nº 1396/2014 as retiradas de vazões do Sistema Equivalente e as condições operacionais obedecerão a determinações dos órgãos gestores, ANA e DAEE. A gestão de retiradas de vazões do Sistema Equivalente substitui as regras e condições previstas nos artigos 4º a 8º da Portaria DAEE nº 1.213/2004, bem como os artigos 1º a 4º da Resolução Conjunta ANA/DAEE 428/2004.”*

A Procuradora Regional da República da 3ª Região, Sandra Akemi Shimada Kishi, em artigo intitulado “Acesso à Água Potável e ao Saneamento Básico como Direito Humano Fundamental no Brasil”⁴⁸, defende **com muita**

⁴⁸ KISHI, Sandra Akemi Shimada. Artigo no prelo da obra coletiva *Temas Aprofundados do Ministério Público Federal*, VITORELLI, Edilson (Org.), Salvador/BA-Brazil: Editora Juspodivm, 2014, p. 9

acuidade a gestão descentralizada e participativa, destacando o papel dos Comitês de Bacias Hidrográficas:

“A gestão dos recursos hídricos há de ser necessariamente descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, na dicção do art. 1º, VI, da Lei 9.433/97. O objeto a ser gerenciado é o bem ambiental “água”, que é bem difuso, de interesse público, de uso comum do povo e que pertence a uma universalidade de bens que juntos compõem o ambiente. Portanto, trata-se tal gestão de uma função pública de interesse público. Engloba atividades interdependentes de organização, planejamento, coordenação, controle e execução.

Com efeito, trata-se de uma integrada organização de todos os atores integrantes do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, tanto na coordenação das ações e planos, quanto na descentralização da execução. E isso, em todos os níveis dos entes federativos.”

Alerta, ainda, sobre o dever que compete ao Poder Público de não comprometer a segurança e a disponibilidade hídrica **por meio do planejamento adequado e do efetivo controle da concessão de outorgas e licenças ambientais**, assegurado que o direito à água de qualidade está integrado ao direito à saúde (artigos 196, caput, e 200, IV, da CF/88)⁴⁹:

“Também por essa perspectiva do direito à água no Brasil, o Poder Público deve garantir que a disponibilidade continue existindo em favor dos seres humanos, além da dessedentação animal, através do controle na concessão de outorgas e licenças ambientais, seja por meio do planejamento adequado e da prevenção frente a atividades lesivas ao meio ambiente, bem como através de atos de proteção da disponibilidade hídrica contra usos indevidos ou inadequados, visando à máxima proteção do direito à água potável e ao saneamento como direito humano fundamental constitucionalmente consagrado.”

A escassez hídrica enfrentada atualmente **não justifica que sejam fragilizados ou, pior, desconsiderados os mecanismos e formalidades arduamente conquistados de gestão descentralizada, integrada e participativa dos recursos hídricos, dentre eles, o dos Comitês PCJ serem ouvidos, anteriormente às decisões pelos órgãos gestores, no tocante**

49 KISHI, Sandra Akemi Shimada. Idem. p. 9

às vazões a serem praticadas e demais matérias relativas ao âmbito de suas atribuições, o que não vem ocorrendo.

Para demonstrar tal situação

Ao invés disso, tal crise deveria propiciar o **fortalecimento dos órgãos integrantes do Sistema de Gerenciamento dos Recursos Hídricos, bem como ao aprimoramento dos mecanismos de informação, participação e transparência das decisões.**

IV – DA GRAVE SITUAÇÃO DO SISTEMA EQUIVALENTE E OS CENÁRIOS

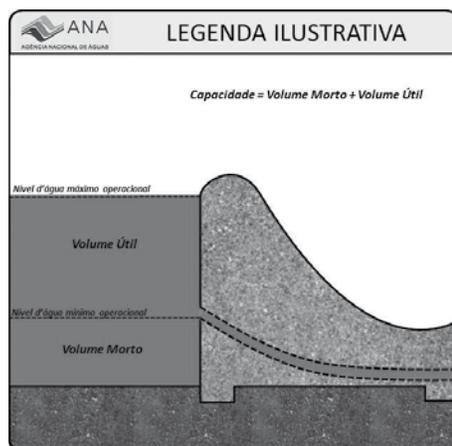
1. A Situação Atual dos Reservatórios: Volume Útil e Volume Morto

O conjunto de reservatórios Jaguari-Jacareí, Cachoeira e Atibainha, como já esclarecido, funcionam como um reservatório único ou equivalente (Sistema Equivalente - SE), com **capacidade total de 1.459 milhões de m³, dos quais 973 milhões de m³ estão dentro da faixa normal de operação denominada de VOLUME ÚTIL⁵⁰.**

O **VOLUME MORTO**, portanto, é a faixa abaixo do volume útil operacional, ou seja, a quantidade de água que fica abaixo do nível de captação usual do sistema e que, por conseguinte, **precisa ser bombeada** para chegar aos túneis que coletam a água.

Para evitar confusões conceituais, desde logo, cumpre informar que o denominado volume morto também tem sido denominado por alguns como “**RESERVA ESTRATÉGICA**” ou “**VOLUME ESTRATÉGICO**”.

Abaixo, segue figura ilustrativa, elaborada pela Agência Nacional de Águas⁵¹:



⁵⁰ **Volume Útil** é o volume do reservatório compreendido entre o nível máximo operativo normal e o nível mínimo operativo normal (Idem, p. 52)

⁵¹ http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/SIN_19-9-2014.pdf

Eis o quadro das cotas e volumes do Sistema Equivalente, **incluindo aqueles adicionados pelo bombeamento (volume morto)**:

Reservatório	Máximo Operacional		Mínimo Operacional				Volume total disponível		Volume adicionado pelo bombeamento
			Retirada por gravidade		Retirada por bombeamento ⁽²⁾		Grav	Bomb ⁽³⁾	
	Cota (m)	Volume (hm ³) ⁽¹⁾	Cota (m)	Volume (hm ³) ⁽¹⁾	Cota (m)	Volume (hm ³) ⁽¹⁾	(hm ³)	(hm ³)	(hm ³)
Jaguari/Jacareí	844,00	1047,49	820,80	239,45	815,00	135,12	808,04	912,37	104,33
Cachoeira	821,88	116,57	811,72	46,92	811,72	46,92	69,65		0,00
Atibainha	786,72	295,46	781,88	199,20	777,00	121,07	96,25	174,39	78,14
Sistema Equivalente	—	1459,52	—	485,57	—	303,11	973,94	1156,41	182,47
Paiva Castro	745,61	32,93	743,80	25,32	743,80	25,32	7,61		0,00
Total com Paiva Castro	—	1492,45	—	510,89	—	328,43	981,55	1164,02	182,47

(1) Volume em termos da capacidade total de armazenamento correspondente à cota indicada;

(2) As instalações de bombeamento projetadas pela Sabesp, para os reservatórios Jaguari-Jacareí e Atibainha, permitem o aproveitamento de volumes situados abaixo dos mínimos operacionais originais de operação por gravidade;

(3) Incluindo os volumes adicionais disponibilizados pelo bombeamento, apresentados na última coluna da direita;

A PORTARIA DAEE N° 1213/04, cumpre observar, **NÃO AUTORIZAVA A CAPTAÇÃO DO VOLUME MORTO.**

A outorga, as condicionantes, os fundamentos e as regras operacionais foram definidos exclusivamente em relação ao **volume útil do sistema equivalente**, não sendo objeto de autorização a captação daquela reserva abaixo dos volumes operacionais.

As novas regras criadas neste ano de 2014, portanto, foram **excepcionais**, alterando o regime de outorga anteriormente definido em 2004, objeto de análises, estudos hidrológicos, debates com os atores envolvidos, em especial aqueles integrantes do sistema de gerenciamento de recursos hídricos e sociedade civil, sempre buscando a construção e implementação da gestão descentralizada e participativa.

Mesmo sendo uma novidade a exploração do volume morto do Sistema Cantareira em nome da urgência da situação, **foram dispensadas formalidades, estudos e procedimentos necessários para verificar a viabilidade da utilização do volume morto, até quais limites seriam aceitáveis, bem como para o dimensionamento dos impactos decorrentes da utilização desta reserva**, que, como o próprio nome sugere, deveria permanecer “intocada”.

A utilização do **VOLUME MORTO**, de qualquer forma, somente pode ser admitida tecnicamente em caso de extrema necessidade, mas sempre com a consciência de que, **quando maior o uso, maior o risco**.

No mínimo, deve ser utilizada tal reserva, como recomenda o bom senso, **COM EXTREMA PARCIMÔNIA**.

Neste sentido, explica a equipe de consultoria da UNICAMP coordenada pelo Prof. Antonio Carlos Zuffo da UNICAMP que:

*“Em situações normais o **“Volume Morto” não é utilizado**, ele é destinado para o acúmulo de sedimentos ao longo dos anos, para garantir a manutenção do volume operacional durante décadas. (...) Desta forma, o **“Volume Emergencial”** pode ser utilizado em uma situação de extrema necessidade, evitando impactos diretos na saúde pública, na manutenção de empregos e na economia da região” (Relatório III, p. 22 – negritei e destaquei)*

Em termos numéricos, a situação em **30 de setembro de 2014**⁵² é retratada a seguir:

SITUAÇÃO DO ARMAZENAMENTO NOS PRINCIPAIS RESERVATÓRIOS
30/09/2014

Reservatório	Cota (m)	Volume (hm ³) ⁽¹⁾		Volume disponível (hm ³)			Volume estratégico consumido (hm ³) ⁽²⁾
		(hm ³)	(%)	Por gravidade	Adicional por bombeamento	Total	
Jaguari/Jacareí	817,19	170,53	16,3	0,00	35,41	35,41	68,92
Cachoeira	815,15	66,30	56,9	19,38	0,00	19,38	0,00
Atibainha	777,63	130,05	44,0	0,00	8,98	8,98	69,16
Sistema Equivalente	-----	366,88	25,1	19,38	44,39	63,77	138,08
Paiva Castro	744,60	28,52	86,6	3,20	0,00	3,20	
Total com Paiva Castro	-----	395,40	26,5	22,58	44,39	66,97	

(1) Volume em termos da capacidade total de armazenamento correspondente à cota indicada;

(2) Porção do volume estratégico (de 182,47 hm³) consumida até a data indicada.

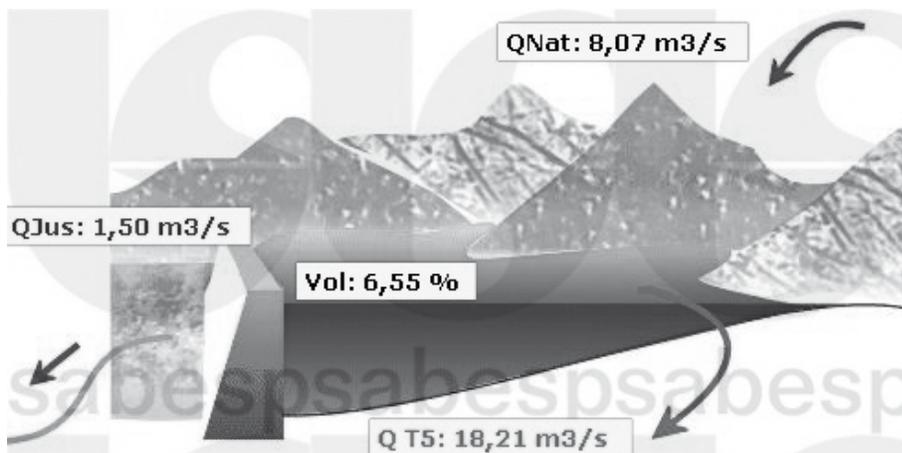
Os destaques em vermelho demonstram que, nos **reservatórios Jaguari/Jacareí e Atibainha já houve a captação de todo o volume útil (disponível por gravidade).**

Dos **182,47 hm³** do VOLUME MORTO I autorizados já foram consumidos **138,08hm³**. Esse é o “tamanho” de nosso **“CHEQUE ESPECIAL”**.

Conforme site oficial da SABESP⁵³, em 30 de setembro de 2014, o Sistema Equivalente atingiu o nível histórico e assustador de apenas **6,55% do volume útil atual (Volume útil operacional acrescido do Volume Morto de 182,7hm³):**

⁵² http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/DivulgacaoSiteSabesp_30-9-2014.pdf

⁵³ <http://www2.sabesp.com.br/mananciais/BalancoHEq.aspx>. Acesso: 30.set.14



Estamos, de fato, avançando em uma **zona de risco**, que não pode ser “*maquiada*” com os **aumentos artificiais do volume útil, em razão da incorporação das parcelas do volume morto**⁵⁴. Estamos caminhando a passos largos em direção ao esgotamento. É alarmante a redução rápida dos níveis dos reservatórios verificada nos últimos meses, acenando para a necessidade de **medidas urgentes e drásticas** para conter o acelerado consumo da reserva estratégica.⁵⁵

2. O Início da Utilização do VOLUME MORTO I:

Segundo informado pelo DAEE, por meio do **OFÍCIO/SUP/626/2014 (DOC. 06-B)**, diante do agravamento da escassez hídrica e da redução drástica dos níveis dos reservatórios do Sistema equivalente, para evitar a descontinuidade do abastecimento da RMSP, os órgãos outorgantes acataram a Recomendação do GTAG e, por meio do **Comunicado Conjunto ANA/DAEE - Sistema Cantareira nº 233 de 16/5/2014 (DOC. 16-B)**, autorizaram a utilização do **VOLUME MORTO** (volume abaixo do mínimo operacional) em **182,47 milhões de metros cúbicos (ou hectômetros) do denominado Sistema Equivalente**, a partir de **MAIO DE 2014**.

Tal autorização contou com ampla divulgação midiática, inclusive com a realização da “**Cerimônia de Inauguração**” com a participação do Governador Geraldo Alckmin, em 15 de maio de 2014.

⁵⁴ No dia 16 de maio, com o início da captação do volume morto 1, o nível do sistema Cantareira também estava em 8,2% e subiu para 26,7%, com a adição de 18,5% de água da reserva técnica. Com o eventual autorização do volume morto 2, haveria novo aumento do volume útil.

⁵⁵ http://correio.rac.com.br/conteudo/2014/06/capa/campinas_e_rmc/183093-cantareira-perdeu-18-do-volume-morto-em-um-mes.html

O bombeamento do “**VOLUME MORTO**” foi iniciado em 03 de junho de 2014, pelo Reservatório Jaguari-Jacareí, o maior deles, responsável por 80% da capacidade de reservação do Sistema Equivalente, quando se esgotou o seu volume útil outorgado⁵⁶.

Para a Bacia do Piracicaba, não houve a necessidade de obras adicionais nas barragens e reservatórios do Sistema Equivalente, uma vez que as descargas são realizadas por gravidade. Isso se deve ao fato de que as válvulas e comportas dos descarregadores de fundo das barragens do Sistema Equivalente localizam-se em níveis inferiores às tomadas de água dos emboques dos túneis 7 (Jacareí), 6 (Cachoeira) e 5 (Atibainha).

Para embasar o pedido de captação e uso do denominado “**VOLUME MORTO I**”, que corresponde ao fundo dos reservatórios que fazem parte do Sistema Cantareira, **conforme informado pelo DAEE**⁵⁷, foi apresentado pela SABESP, por determinação dos órgãos gestores, o denominado **Relatório “Operação emergencial do Sistema Cantareira - 17/4/2014.”**⁵⁸

Esclareceu o DAEE que, após revisões procedidas pelo GTAG-Cantareira, os volumes adicionais explorados por meio de bombeamento, disponibilizados pelas intervenções emergenciais da SABESP nos reservatórios são os seguintes⁵⁹:

- **JAGUARI-JACAREÍ:**
Entre as cotas 820,80 e 815,00 (104,33 hm³);
- **ATIBAINHA:**
Entre cotas 781,88 e 777,00 (78,14 hm³);
- **VOLUME TOTAL ADICIONAL DISPONIBILIZADO:** 182,47 hm³.

3. O Pedido de Utilização do VOLUME MORTO II:

Atualmente, segundo informado pelo DAEE no **Ofício do DAEE DPO/4046, de 30 de Julho de 2014 (DOC. 06-B)**, foi formulado pela SABESP novo pedido para a utilização da **2ª PARCELA DO VOLUME MORTO**, com o avanço na utilização da água dos reservatórios Jaguari-Jacareí e Atibainha em mais **116 hm³**, até os seguintes limites:

⁵⁶ http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/DivulgacaoSiteSabesp_3-6-2014.pdf

⁵⁷ Cf. OFÍCIO/SUP/1124/2014, de 7 de julho de 2014, (Autos nº 52.000/2013 - Provo 2311 - DAEE)

⁵⁸ Vide fls. 2821

⁵⁹ Vide Tabela 1 do Comunicado GTAG nº 9 de 13/6/2014;

- **Reservatório Jaguari-Jacarei: 90hm³**
Bombeamento de volumes situados entre as cotas 815,00 e 807,00 m;
- **Reservatório Atibainha: 26 hm³**
Bombeamento de volumes adicionais situados entre as cotas 777,00 e 775,00 m

Atualmente, os meios de comunicação têm mencionado que o **Volume Morto II seria de 106 hm³**⁶⁰. Se for confirmada esta nova cota, segundo se infere das matérias jornalísticas, relativas às declarações dos órgãos gestores, haveria alteração apenas na cota do Reservatório Atibainha, que passaria da cota 775,00m para 776,00.

Na presente ação, para todos os efeitos, estamos considerando a **informação oficial constante dos autos** no tocante ao pedido apresentado pela SABESP aos órgãos gestores.

Para tanto, serão utilizados dois sistemas de bombeamento, como informado, que funcionarão em conjunto, possibilitando a transferência de vazões pelo **Túnel 7 de até 20 m³/s, aproximadamente, para a R MSP.**

Se já era inconcebível chegarmos à situação de necessidade da utilização do **VOLUME MORTO I**, surpreende a nova pretensão da SABESP de captação do **VOLUME MORTO II** até limites de inquestionável risco.

TAIS CAPTAÇÕES DO VOLUME MORTO II, PELO QUE SE TEM NOTÍCIA OFICIAL, NÃO FORAM AUTORIZADAS ATÉ O MOMENTO PELOS ÓRGÃOS GESTORES: ANA E DAEE⁶¹. (Muito embora a mídia tenha anunciado que isso já teria ocorrido)

Porém **AS OBRAS PARA AS INTERVENÇÕES JÁ O FORAM**, indicando a forte probabilidade de que isso ocorra muito em breve, ou seja, a autorização pelos órgãos gestores de serem aduzidos volumes abaixo das cotas 815 m no reservatório Jaguari-Jacarei e 777 m para o reservatório Atibainha (cotas do VOLUME MORTO 1).

A captação da segunda parcela do volume morto já conta, ainda, segundo o informado, com manifestação favorável da CETESB, conforme mencionado no **Ofício do DAEE DPO/4046, de 30 de Julho de 2014 (DOC. 06-D)**, por meio da Informação Técnica nº 003/14/C/E/I, de 28/7/14.

⁶⁰ <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ana-eleva-tom-contra-gestao-do-cantareira>; <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/09/sistema-cantareira-atinge-81-menor-indice-ja-registrado-em-sp.html>

⁶¹ Segundo o mesmo ofício, é informado que "a utilização de volumes da Reserva Técnica II fica sujeita à avaliação dos órgãos gestores e à readequação da Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 910/14 e da Portaria DAEE 1396/14".

Se isso ocorrer, mais uma vez, serão alterados os limites da outorga de 2004, bem como os níveis mínimos autorizados na Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 910, de 07 de julho de 2014, extrapolando as novas regras recentemente criadas. Neste sentido, foi consignado pelo DAEE (Ofício DP/4046/2014) que “*a utilização de volumes da Reserva Técnica 11 fica sujeita à avaliação dos órgãos gestores e à readequação da Resolução Conjunta ANA/DAEE 910/14 e da Portaria DAEE 1396/14*”.

Para subsidiar tal pedido, deveriam ser apresentados pela SABESP diversos documentos, valendo destacar, a exigência de um plano de operação dos reservatórios do Sistema Cantareira para **o período de 1º de agosto de 2014 a 1º maio de 2015**, com cenários de baixas aflúências para agosto e novembro, verificando, ainda, a capacidade de recuperação dos reservatórios no período de dezembro de 2014 a abril de 2015. Até o momento, este **plano operacional não foi aprovado, estando no aguardo de correções/complementações pela SABESP, conforme NOTA DE ESCLARECIMENTO – PROJEÇÃO DE DEMANDA DO SISTEMA CANTAREIRA divulgada no site da ANA em 30 de setembro de 2014⁶² (DOC. 11).**

4. Dos Riscos Envolvidos na Utilização do Volume Morto (I e II).

Há que ser frisada, no entanto, a **TEMERIDADE** dos riscos envolvidos nestas operações, **podendo inclusive comprometer a descarga das vazões por gravidade para a Bacia do Piracicaba.**

Se aceito tal pleito apresentado pela SABESP, nos limites formulados, no caso de continuidade da escassez hídrica, podemos chegar rapidamente (vide cenários abaixo) ao absurdo da Bacia Doadora (PCJ), perder a possibilidade de recebimento por gravidade das águas dos Reservatórios do Sistema Cantareira (Atibainha), acarretando **verdadeiro COLAPSO ao abastecimento público de diversas cidades que dependem em grande parte de tal sistema produtor como Atibaia, Jundiaí, Itatiba, Valinhos, Campinas e Sumaré.**

Logicamente, se isso ocorrer, também o abastecimento da Região Metropolitana de São Paulo já estará absolutamente comprometido, por conta da dificuldade de bombeamento em níveis tão baixos dos reservatórios.

Para explicar melhor estas questões técnicas relativas às cotas, reportamo-nos às considerações do **PARECER TÉCNICO do MINISTÉRIO PÚ-**

⁶² http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=12551

BLICO (DOC. 02-A), que por meio de dados extraídos do projeto básico das barragens do Sistema Cantareira (*DATA OPER - 1989*)⁶³ (**MÍDIA – DOC. 22**), a fim de demonstra as cotas utilizadas na operação dos reservatórios, entre outras características, e as tomadas d'água pelas estruturas hidráulicas que garantem vazão a jusante dos reservatórios.

Informações das estruturas hidráulicas que garantem manutenção da vazão a jusante nos rios do PCJ. Dados obtidos no *Data Oper* (1989).

Reservatório	Órgãos de Controle	Cota da Tomada da'água (m)	Observações
Jaguari	Descarregador de Fundo, com 2 válvulas dispersoras de Ø 1m cada	810,33	Válvula <i>Howell-Bunger</i>
Jacareí	Descarregador de Fundo, com 2 válvulas dispersoras de Ø 1m cada	810,33	Válvula <i>Howell-Bunger</i>
Cachoeira	Comporta plana quadrada para abertura de largura 2,0m e altura 2,0m	Entre as cotas 808,00 e 810,00	Instaladas na estrutura do vertedor tulipa e acionada localmente
Atibainha	Comporta plena quadrada para abertura de largura 1,0m e altura 1,10m	Entre as cotas 774,27 e 775,37	Instaladas na estrutura do vertedor tulipa e acionada localmente

Também é possível obter a cota dos níveis mínimos *minimorum*, ou seja, aqueles a partir dos quais não seria possível captação para os usuários (ou a RMSP ou PCJ) pelas estruturas construídas nos reservatórios.

Isso porque, segundo o apurado, **as cotas novas pleiteadas pela SABESP para a captação da 2ª parcela do volume morto (VOLUME MORTO 2) - Jaguari-Jacareí: 815.00 e 807.00; Atibainha: cotas 777.00 e 775.00 -, ESTÃO ABAIXO DAS COTAS DE TOMADA D'ÁGUA DAS ESTRUTURAS HIDRÁULICAS QUE GARANTEM O ABASTECIMENTO DAS BACIAS PCJ.**

⁶³ GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, SECRETARIA DE ESTADO DE ENERGIA E SANEAMENTO, SABESP. *Data Oper – Sistema Cantareira*, 1989.

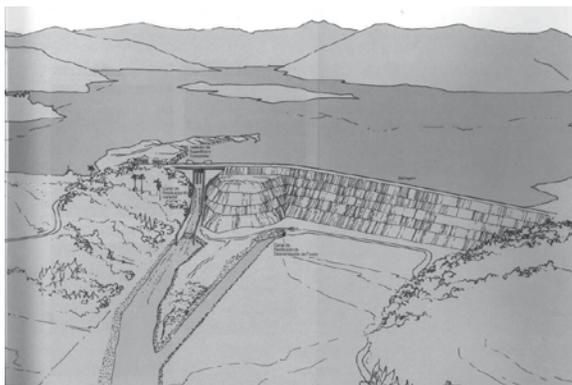
Tabela: Cotas operacionais relevantes para a gestão dos reservatórios. Dados obtidos no Data Oper (1989) e em informações oficiais do DAEE.

	Jaguari-Jacareí	Atibainha
Nível Máximo <i>maximorum</i> ⁶⁴	845,00	789,00
Nível Máximo	844,00	786,86
Nível Mínimo	820,80	781,67
Nível Mínimo <i>minimorum</i> ⁶⁵	818,00	777,90
Cota 1º Volume Morto	815,00	777,00
Cota 2º Volume Morto	807,00	775,00
Cota do Início da Tomada d'água	810,33	775,37
Cota do Fim da Tomada d'água	806,33	774,27

Algumas imagens extraída do projeto de construção do Sistema Cantareira - DATA OPER são interessantes para demonstrar como se operam as estruturas hidráulicas de tal sistema produtor de águas⁶⁶.

A) RESERVATÓRIO JAGUARI:

A imagem abaixo demonstra uma vista geral do Reservatório Jaguari, mostrando dois canais, sendo um canal de restituição do descarregador de fundo e outro de extravasamento para controle de cheias (vertedor de superfície).

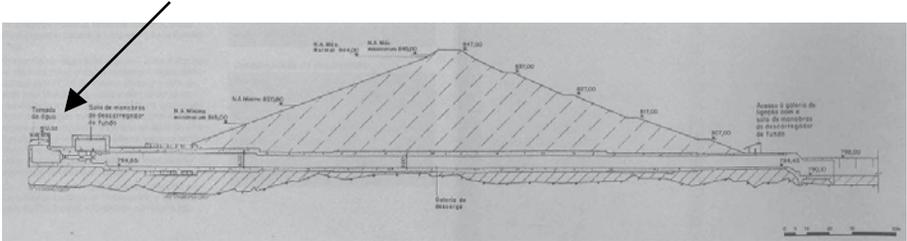


⁶⁴ Segundo o Glossário de Termos Hidrológicos da ANA (2001), Nível Máximo *maximorum* é o nível mais elevado da superfície de água para o qual a estrutura foi projetada. É geralmente fixado como o nível correspondente a superelevação máxima, quando da ocorrência da cheia de projeto.

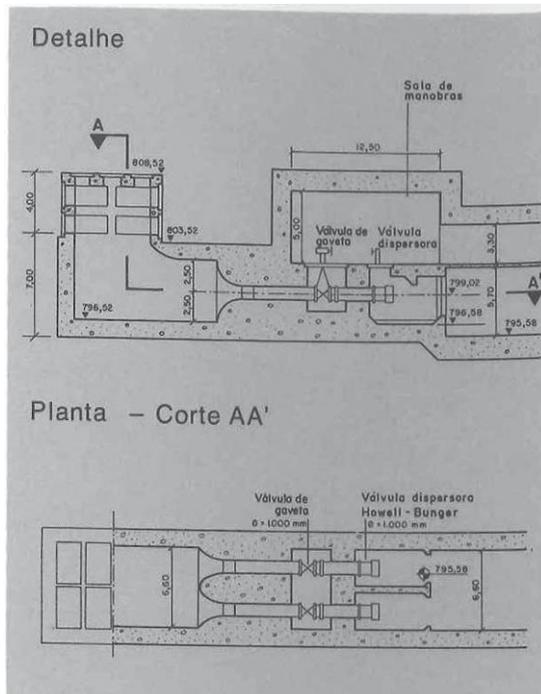
⁶⁵ Segundo o Glossário de Termos Hidrológicos da ANA (2001), Nível Mínimo *Minimorum* é o nível d'água de um reservatório definido em projeto e atingível pelo deplecionamento do mesmo através do escoamento por gravidade (turbinas e/ou válvulas de fundo).

⁶⁶ As considerações e conclusões foram extraídas do Parecer Técnico elaborado pelo Assistente Técnico do Ministério Público, Michel Metran da Silva, que instrui a presente ação.

Perfil da Barragem, onde se destaca que a tomada de água do Reservatório Jaguari está na cota 810,33 m.



Em contraposição, na imagem da figura '**Detalhes do Descarregador de Fundo**', destaca-se que a tomada de água do Reservatório Jaguari está na cota 808,52m e tem 4 metros de altura, ou seja, a **captação para o rio Jaguari é feita entre as cotas 804,52m e 808,52m**.



Adotando-se a cota indicada no Perfil da Barragem, por ser a mais restritiva, a saber, 810,33m, qualquer captação abaixo de 810,33m afetará a tomada de água do Reservatório Jaguari. Isso não impede a captação que se dá até a cota 806,33m, mas há que se considerar que a **pressão (carga**

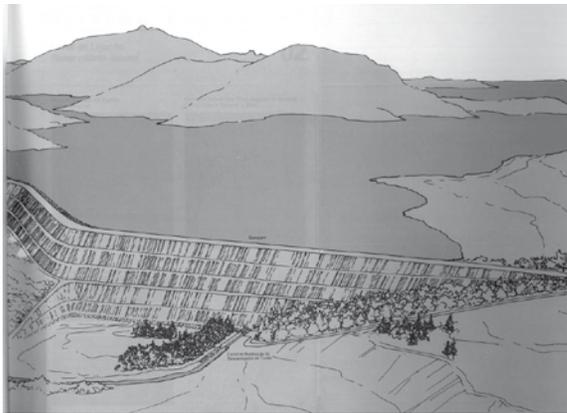
hidráulica) será afetada em razão da diminuição da coluna d'água existente no reservatório, reduzindo a vazão a ser descarregada no Rio Jaguari.

Todavia, a partir da cota 806,33m a tomada de água do Reservatório Jaguari por **gravidade é afetada por completo, tornando-se impossível a tomada d'água para garantia da vazão do Rio Jaguari**⁶⁷.

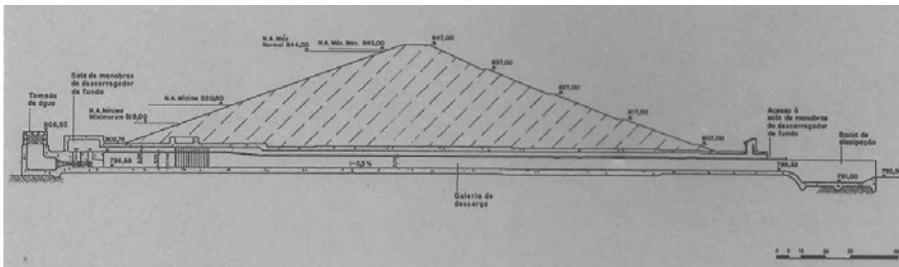
PORTANTO, CABE RESSALTAR QUE NO PEDIDO FEITO PELA SABESP PARA A 2ª PARCELA DO VOLUME MORTO, A CAPTAÇÃO ATINGIRÁ A COTA 807M, PORTANTO, A APENAS 67 CENTIMETROS DO FINAL TOTAL DA DESCARGA DE JUNTO POR GRAVIDADE PARA O RIO JAGUARI.

B) RESERVATÓRIO JACAREÍ

Vista Geral, mostrando o canal de restituição de descarregador de fundo.

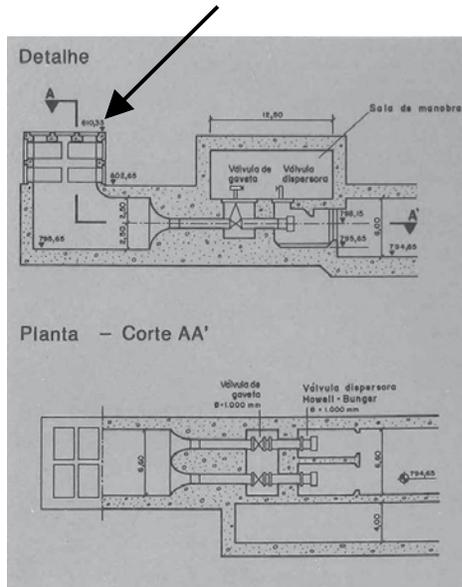


Perfil da Barragem, onde se destaca que a tomada de água do Reservatório Jacareí está na cota 808,52 m.



⁶⁷ No DataOper (1989) há um erro, visto que na Planta do **Perfil da Barragem** é apresentado que a tomada d'água inicia na cota 810,33m enquanto na planta **Detalhes do Descarregador de Fundo** dessa mesma barragem, é apresentado que a tomada d'água inicia na cota 808,52m.

Em contraposição, na imagem “**Detalhes do Descarregador de Fundo**”, se destaca que a tomada de água do Reservatório Jacareí está na cota **810,33m** e não especifica a altura da tomada d’água (por similaridade, será adotado 4m de altura, como àquela existente no Reservatório Jaguari). Ao que tudo indica, partindo dessas premissas, é possível inferir que a **captação para o rio Jaguari é feita entre as cotas 810,33m até a cota 806,33m**.



Logo, adotando-se a cota indicada no **Detalhe do Descarregador de Fundo**, por ser a mais restritiva, a saber, **810,33m**, qualquer captação abaixo de 810,33m afetar a tomada de água do Reservatório Jacareí.

Isso não impede a **captação que se dá até a cota 806,33m**, considerando que a altura da tomada d’água tem 4 metros de altura, **mas há que se considerar que a pressão (carga hidráulica) será afetada** em razão da diminuição da coluna d’água existente no reservatório, reduzindo a vazão a ser descarregada no rio Jaguari.

Todavia, a partir da cota **806,33m**⁶⁸, a tomada de água do Reservatório Jacareí por **gravidade é afetada por completo, tornando-se impossível a garantia da vazão do rio Jaguari**⁶⁹.

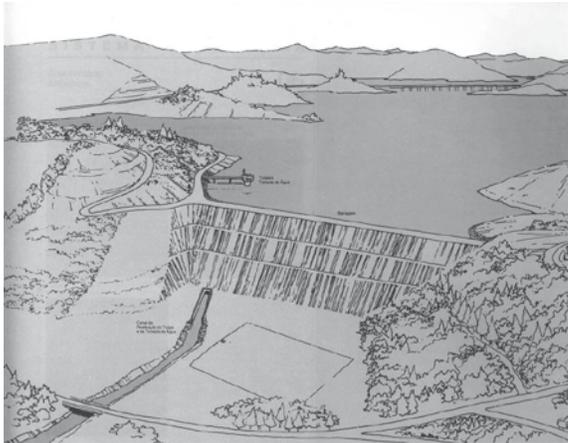
⁶⁸ Partindo-se da premissa que a tomada d’água tem 4 metros de altura, como é no Reservatório Jaguari, podemos prever que a tomada d’água se dá entre as cotas 810,33m e 806,33m.

⁶⁹ No DataOper (1989) há um erro, visto que na Planta do **Perfil da Barragem** é apresentado que a tomada d’água inicia na cota 808,52m enquanto na planta **Detalhes do Descarregador de Fundo** dessa mesma barragem, é apresentado que a tomada d’água inicia na cota 810,33m.

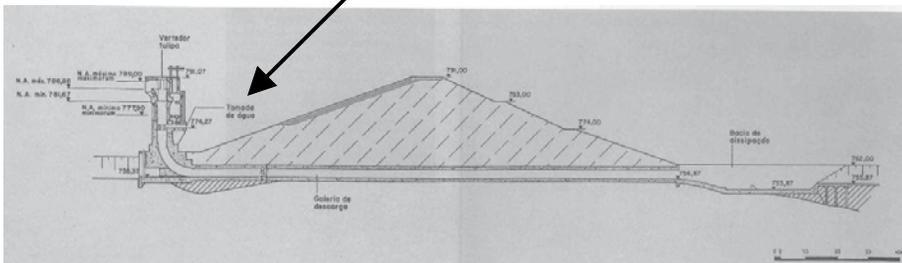
PORTANTO, CABE RESSALTAR QUE NO PEDIDO FEITO PELA SABESP PARA A 2ª PARCELA DO VOLUME MORTO, A CAPTAÇÃO ATINGIRÁ A COTA 807M, PORTANTO, A APENAS 67 CENTIMETROS DO FINAL TOTAL DA DESCARGA DE JUNTO POR GRAVIDADE PARA O RIO JAGUARI.

C - RESERVATÓRIO ATIBAINHA:

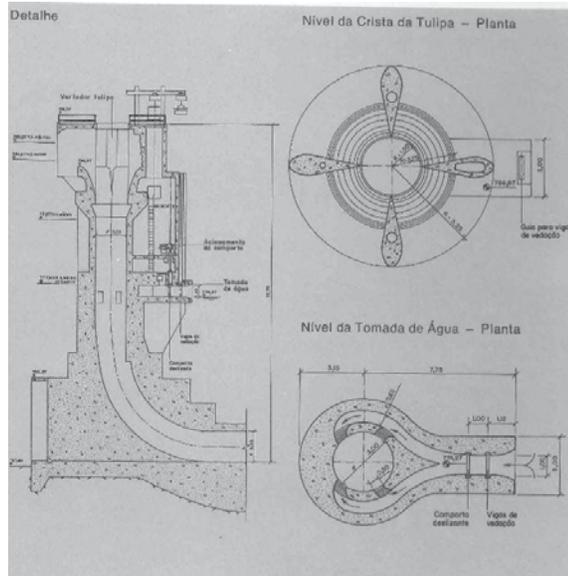
Vista Geral, mostrando o canal de restituição da tomada d'água.



Perfil da Barragem, onde se destaca que a tomada de água do Reservatório Atibainha está na cota 774,27m.



Detalhes da Tulipa com Comporta para Tomada d'água, onde se destaca que a tomada de água do Reservatório Atibainha está na cota 774,27m e tem 1,10m de altura, ou seja, a **captação para o rio Atibaia é feita entre as cotas 774,27m até 775,37m.**



Logo, qualquer captação abaixo de 775,37m afetar a tomada de água do Reservatório Atibaína. Isso não impede a captação que se dá até a cota 774,27m.

Todavia, **A PARTIR DA COTA 774,27M, A TOMADA DE ÁGUA DO RESERVATÓRIO ATIBAÍNA POR GRAVIDADE É AFETADA POR COMPLETO, TORNANDO-SE IMPOSSÍVEL A GARANTIA DA VAZÃO DO RIO ATIBAIA.**

Os municípios que têm suas captções nos rios Jaguari e Atibaia e, portanto, seriam afetados diretamente pela autorização da 2ª parcela do volume morto pleiteada pela SABESP. São eles:

Municípios que têm suas captções nos rios Atibaia, Jaguari e Cachoeira, a jusante dos reservatórios (Informações constantes do Ofício do DAEE/SUP/1124, de 7 de Julho de 2014).

Curso d'água	Município	População IBGE 2010
Rio Jaguari	Bragança Paulista	146.663
	Pedreira	41.549
	Jaguariúna	44.331
	Hortolândia	192.225
	Monte Mor	48.971
	Paulínia	82.150
	Limeira	276.010

Rio Cachoeira	Piracaia	25.139
Rio Atibaia	Atibaia	126.614
	Jundiá	370.251
	Itatiba	101.450
	Valinhos	106.968
	Campinas	1.080.999
	Sumaré	241.437
Total		2.884.757

Além do abastecimento público, seriam incalculáveis os prejuízos ao meio ambiente, à economia e a todas as demais atividades que demandam recursos hídricos.

Caso tais cotas sejam autorizadas, os rios Jaguari e Atibaia, que abastecem diversos municípios das bacias PCJ, ficarão com **suas vazões restritas àquelas dos tributários, sem qualquer contribuição da calha principal, afetando o abastecimento público dos municípios e cerca 2.884.757 habitantes.**

V – COMO CHEGAMOS NESTA SITUAÇÃO?

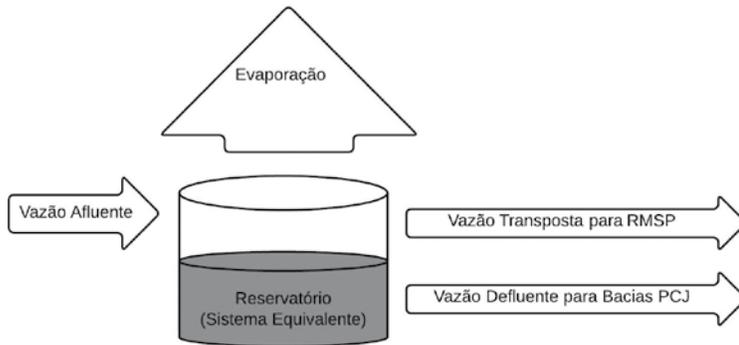
1. Os Cenários Adotados pelo GTAG-CANTAREIRA: o Perigo do “Otimismo” Irreal.

A elaboração de cenários é ferramenta importante para a gestão dos recursos hídricos, sobretudo em tempos de crise, permitindo aos órgãos outorgantes embasamento técnico na tomada de decisão. Também possibilita a transparência, à medida que, por meio de simulações, podem ser avaliadas as estratégias e os resultados.

Com a finalidade de definir qual a previsão de esgotamento do volume dos reservatórios, é necessária a determinação de algumas premissas, a saber: vazões afluentes; vazões aduzidas para a RMSP e vazões defluentes liberadas para os rios das Bacias PCJ.

Além destas vazões, há a perda de água nos reservatórios por evaporação, que não está sendo contabilizada pelo GTAG, nem por nenhuma instituição.

Abaixo, é apresentado esquema ilustrativo simplificado dessas premissas:



O Grupo Técnico de Assessoramento para Gestão do Sistema Cantareira – GTAG CANTAREIRA, no exercício de suas atribuições, passou a elaborar diferentes cenários, a serem submetidos aos órgãos outorgantes (ANA/DAEE), apresentando-os em seus comunicados.

Contudo, **os cenários elaborados no decorrer da crise hídrica de 2014 partiam de premissas IRREAIS considerando vazões de afluência⁷⁰ muito superiores àquelas efetivamente verificadas, resultando, por conseguinte, em cenários futuros bastante otimistas em relação ao esgotamento do volume útil dos reservatórios, distantes da situação fática.**

Nos primeiros Comunicados do GTAG, eram apresentados três cenários, considerando diferentes vazões de afluência. O **Comunicado GTAG nº 1, de 18 de fevereiro de 2014 (DOC.17-A)**, trazia os seguintes cenários de referência em relação ao esgotamento do Volume útil (original, sem a utilização do volume morto):

- CENÁRIO 1: terminaríamos o ano com 21% do volume útil;
- CENÁRIO 2: em novembro de 2014 estaríamos com 3% do volume útil, terminando o ano com 5% do volume útil;
- CENÁRIO 3 (pior): volume útil se esgotaria no final de agosto de 2014, sendo necessária a utilização do volume morto a partir de então.

Como já mencionado nesta ação, vale lembrar que o **VOLUME ÚTIL** se esgotou em **03 DE JUNHO DE 2014**⁷¹, meses antes do pior cenário

⁷⁰ Responsáveis por abastecer os reservatórios.

⁷¹ http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/DivulgacaoSiteSabesp_3-6-2014.pdf

apresentado pelo GTAG, sendo necessário o início do bombeamento do Volume Morto 1.

Esta discrepância se deve ao fato de que no **Comunicado nº 01, do GTAG, emitido em 18 de Fevereiro de 2014**, para a elaboração do Cenário 3 (mais pessimista se comparado aos demais), foram adotadas **vazões afluentes equivalentes ao ano de 1953** (pior da série histórica de 1930 até 2013).

Contudo, naquele momento, vivíamos vazões afluentes equivalentes a apenas 44,59% de tais vazões mínimas históricas, muito inferiores, portanto, àquelas adotadas nas simulações.

E assim ocorreu sucessivamente nos próximos meses, sendo todos os **CENÁRIOS DISSOCIADOS DA REALIDADE**, conforme demonstramos na tabela anexa:

Comparação entre os cenários mais pessimistas apresentados pelo GTAG e a situação fática até o momento da expedição do comunicado, no que tange a vazão de afluência, que determina o volume de água que entra nos reservatórios⁷².

Data	Documento	Cenário mais Pessimista do GTAG (Cenário 3)	Vazões afluentes vividas até a data do Comunicado
18/02/2014	Comunicado GTAG nº 1	Vazões afluentes iguais ao pior ano da série históricas (1953)	Vazões afluentes iguais a 44,59% do pior ano da série históricas (1953)
27/02/2014	Comunicado GTAG nº 2	Vazões afluentes iguais ao pior ano da série históricas (1953)	Vazões afluentes iguais a 43,73% do pior ano da série históricas (1953)
14/03/2014	Comunicado GTAG nº 3	Sem Cenário. Manutenção do Cenário anterior.	Vazões afluentes iguais a 48,10% do pior ano da série históricas (1953)
28/03/2014	Comunicado GTAG nº 4	Vazões afluentes iguais a 70% das mínimas históricas	Vazões afluentes iguais a 50,54% das mínimas históricas
11/04/2014	Comunicado GTAG nº 5	Vazões afluentes iguais a 70% das mínimas históricas	Vazões afluentes iguais a 52,46% das mínimas históricas
25/04/2014	Comunicado GTAG nº 6	Vazões afluentes iguais a 70% das mínimas históricas	Vazões afluentes iguais a 54,62% das mínimas históricas
16/05/2014	Comunicado GTAG nº 7	Sem Cenário. Manutenção do Cenário anterior.	Vazões afluentes iguais a 48,04% das mínimas históricas
29/05/2014	Comunicado GTAG nº 8	Vazões afluentes iguais a 50% das mínimas históricas	Vazões afluentes iguais a 50,36% das mínimas históricas
13/06/2014	Comunicado GTAG nº 9	Sem Cenário. Manutenção do Cenário anterior.	Vazões afluentes iguais a 52,17% das mínimas históricas
30/06/2014	Comunicado GTAG nº 10	Sem Cenário. Manutenção do Cenário anterior.	Vazões afluentes iguais a 45,90% das mínimas históricas

Somente no **Comunicado GTAG nº 8, emitido em 29 de maio de 2014 (DOC. 17-H)**, passaram a ser consideradas **vazões de afluência compatíveis com as daquele momento, ou seja, de 50,36% das mínimas históricas.**

⁷² Tabela elaborada pelo Assistente Técnico do Ministério Público constante do Parecer Técnico datado de 18 de setembro de 2014, encaminhado pelo Ofício 475/2014.

Pela tabela abaixo pode ser acompanhado o histórico dos cenários elaborados pelo GTAG, revelando como a utilização de vazões de afluência superdimensionadas interferiu nos resultados dos cenários elaborados pelo GTAG, **ensejando previsões otimistas (mas irreais) sobre o eventual esgotamento do volume útil dos reservatórios:**

Tabela: Resultados dos cenários mais pessimistas elaborados pelo GTAG.

Data	Documento	Resultado
18/02/2014	Comunicado GTAG nº 1	Volume Útil se esgota no final de Agosto de 2014
27/02/2014	Comunicado GTAG nº 2	Volume Útil se esgota no final de Agosto de 2014
14/03/2014	Comunicado GTAG nº 3	Sem Cenário. Manutenção do Cenário anterior.
28/03/2014	Comunicado GTAG nº 4	Volume Útil se esgotaria em meados de Julho de 2014
11/04/2014	Comunicado GTAG nº 5	Volume Útil se esgotaria no início de Julho de 2014
25/04/2014	Comunicado GTAG nº 6	Volume Útil se esgotaria no início de Julho de 2014
16/05/2014	Comunicado GTAG nº 7	Início da captação do Volume Morto.
29/05/2014	Comunicado GTAG nº 8	Volume disponível (com 182,47hm ³) se esgotaria em 27 de Outubro de 2014
13/06/2014	Comunicado GTAG nº 9	Sem Cenário. Manutenção do Cenário anterior.
30/06/2014	Comunicado GTAG nº 10	Sem Cenário. Manutenção do Cenário anterior.

A utilização de tais cenários irreais pela ANA/DAEE foi deliberadamente adotada com um único propósito: **EVITAR OU PELO MENOS, ADIAR A IMPOSIÇÃO À SABESP DE REDUÇÃO DE SUAS VAZÕES DE RETIRADA E A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DE RESTRIÇÃO NECESSÁRIAS E COMPATÍVEIS COM A GRAVIDADE DA SITUAÇÃO DOS RESERVATÓRIOS DO SISTEMA CANTAREIRA.**

O Assistente Técnico do Ministério Público, refazendo os cenários, demonstrou em seu parecer como a alteração das vazões de afluência para

50% da mínima histórica interferiria na definição dos cenários de esgotamento dos volumes disponíveis⁷³, bem como o efeito do adiamento da redução das restrições nos resultados (DOC. 02-A).

Assumiram os réus, ANA, o DAEE e a SABESP, desta forma, **riscos sérios e inaceitáveis a toda à população atendida por este sistema produtor (Cantareira), que está sendo levado ao esgotamento dos volumes disponíveis, comprometendo, ainda, os demais sistemas produtores da RMSP, que necessariamente estão sendo sobrecarregados para atendimento da demanda.**

2. A Antecipação do Esgotamento do Volume Útil: o rompimento das regras de planejamento e de gestão do Sistema Cantareira

Conforme admitido expressamente no **Comunicado GTAG nº 08, de 29 de maio de 2014, A DATA PREVISTA PARA O ESGOTAMENTO DO VOLUME ÚTIL DO SISTEMA EQUIVALENTE DO SISTEMA CANTAREIRA É 27 DE OUTUBRO DE 2014!**⁷⁴.

Ocorre que, conforme definido no Comunicado GTAG nº 6, de 25 de Abril de 2014 (**DOC. 17-F**) é importante deixar claro que tal **volume útil deveria ser suficiente até pelo menos 30 de novembro de 2014**, data definida pelo GTAG como referência para o **“horizonte de curto prazo de planejamento da utilização do estoque de água disponível no Sistema Cantareira”**.

Neste Comunicado, havia ademais, a recomendação, de que, **“em função das incertezas envolvidas no regime hidrológico futuro e de eventuais imprevistos”**, fosse definido um **volume estratégico a ser preservado ao final do período de planejamento, 30/11/2014**,

No Comunicado GTAG nº 7, de 16 de Maio de 2014 (**DOC. 17.G**) foi recomendado aos órgãos gestores que a definição de **“metodologia de alocação de água (para RMSP e PCJ) para o horizonte de curto prazo (até 30-nov-2014) que leve em conta o volume disponível, o volume estratégico definido para o final do período de planejamento de curto prazo e a vazão afluente ao Sistema Equivalente”**⁷⁵. (destacamos)

⁷³ Os resultados de tais cenários foram sumarizados na **Erro! Fonte de referência não encontrada**. que consta do Parecer Técnico: Análise Crítica de Cenários de Escassez Hídrica e tiveram seus resultados, ou seja, a previsão de esgotamento do volume útil, comparada com os resultados dos cenários apresentados pelo GTAG;

⁷⁴ Esta data pode ser eventualmente alterada em alguns poucos dias a mais ou a menos, dependendo das chuvas neste período.

⁷⁵ A mesma determinação consta da Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 120, de 10 de Fevereiro de 2014

A elaboração dos cenários cumpre esclarecer, além de determinar a data de esgotamento dos reservatórios, **se prestava ainda a nortear as decisões pelos órgãos gestores das vazões a serem autorizadas para que aqueles objetivos definidos, no horizonte de curto prazo, fossem alcançados.**

Em outras palavras, fixada a data de **30 de novembro de 2014** até quando o **Volume Morto I** deveria ser suficiente, as vazões de retirada destinadas para os usuários durante aquele período, **OBIGATORIAMENTE DEVERIAM ser ajustadas pela SABESP e/ou determinadas pelos outorgantes ANA/DAEE**, de forma que os limites disponíveis suportassem até o final daquele prazo, **o que não ocorreu.**

O sistema de ajustes necessários foi devidamente programado pela ANA e DAEE, consoante se extrai da **Nota Conjunta datada de 07 de fevereiro de 2014 (DOC. 9-B)**, com a criação, para tanto, de Grupo Técnico constituído por alguns representantes de órgãos de gerenciamento (GTAG) para o exercício dessa gestão diferenciada do Sistema Cantareira neste período de crise hídrica, justificando que:

*“Essas ocorrências climáticas extraordinárias impõem uma administração diferenciada do armazenamento do Sistema Cantareira e exigem uma **otimização diária dos recursos hídricos disponíveis**, com o objetivo de minimizar eventuais deficiências no abastecimento das populações que dependem desse sistema.” (destacamos)*

Na **Resolução nº 120/2014 (DOC. 13.D)** foi determinado, ainda, como visto, que o GTAG deveria recomendar **SEMANALMENTE** as vazões médias a serem praticadas **“NOS PRÓXIMOS SETE DIAS”**, assim como as eventuais **medidas de restrição ou suspensão de usos da água aos usuários** localizados na Região Metropolitana de São Paulo e nas bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá sob influência do Sistema Cantareira⁷⁶ (art. 2º, III).

Ocorre que, as atribuições estabelecidas **NÃO TÊM SIDO CUMPRIDAS PELO GTAG.**

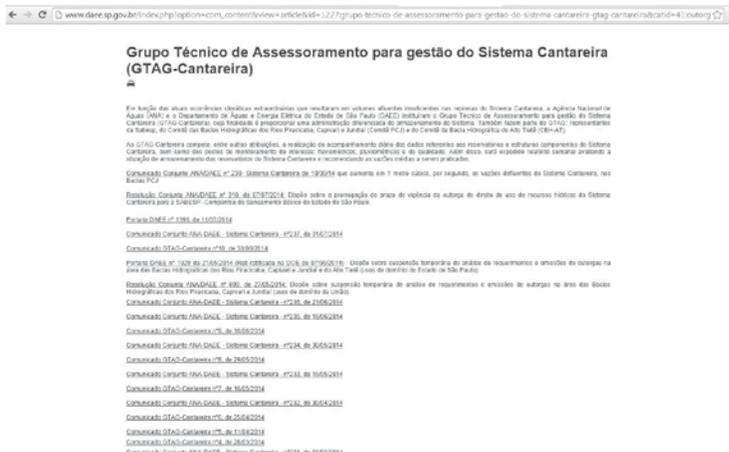
Senão vejamos:

- Os **relatórios semanais** nunca foram publicados.
- As recomendações, por conseguinte, em relações às vazões médias a serem praticadas **“SEMANALMENTE”** (art. 2º, III, da Reso-

76 Conforme Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 120, de 10 de Fevereiro de 2014

- lução 120/2014), para os próximos sete dias, não têm sido apresentadas com a frequência determinada;
- Não têm sido realizados, desta forma, os ajustes necessários das vazões de retirada a ser praticadas, em **períodos mais curtos, justamente para viabilizar o cumprimento dos horizontes de planejamento definidos pelo próprio GTAG**, considerando a variação do estado de armazenamento dos reservatórios, das vazões afluentes e das demandas hídricas dos usuários localizados a jusante dos reservatórios;
 - Os Comunicados do GTAG há alguns meses estavam sendo apenas **quinzenais ou mensais**.
 - Atualmente, no auge da crise hídrica e do período de estiagem, em que são evidentemente necessárias maiores restrições, verifica-se que **desde 1º/07/2014 o GTAG não emite novos comunicados, ou seja, há 90 dias!!!**

A imagem abaixo comprova que **desde 1º de julho de 2014** (Comunicado GTAG-CANTAREIRA nº 10, de 30 de junho de 2014 e do COMUNICADO CONJUNTO ANA/DAEE - SISTEMA CANTAREIRA Nº 237, datado de 1º/07/2014), **não houve definição de novas regras relativas às vazões de retirada da SABESP**:



Print screen de consulta ao site oficial do GTAG em 30 de setembro de 2014⁷⁷

⁷⁷ http://www.dae.sp.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1227:grupo-tecnico-de-assessoramento-para-gestao-do-sistema-cantareira-gtag-cantareira&catid=41:outorga&temid=68. Acesso em: 30.set.14

Os órgãos gestores (ANA/DAEE), diante disso, permanecem **OMISSOS** em relação à revisão das vazões de retirada, continuando sendo praticadas pela SABESP as mesmas estipuladas em julho de 2014 (19,7m³/s).

O silêncio do GTAG, todavia, **não obsta a atuação da ANA e do DAEE, nem os exime de sua responsabilidade no gerenciamento do Sistema Cantareira, uma vez que não dependem, obviamente, de qualquer recomendação ou manifestação do GTAG, devendo exercer suas funções legalmente previstas.**

Segundo amplamente noticiado na imprensa nacional, a ANA propôs, em reunião do GTAG em 21 de agosto, redução da retirada de para 18,1 metros cúbicos por segundo de água do Cantareira a partir de 1º de outubro e para 17,1 metros cúbicos por segundo a partir de 1º de novembro, tendo o Governo do Estado de São Paulo afirmado que a diminuição nas captações estaria sendo compensada por transferências de vazões em outros sistemas operados pela SABESP. O Governo do Estado de São Paulo, portanto, estaria negando acordo à proposta de novos limites de retirada de água do Cantareira para a Região Metropolitana de São Paulo.⁷⁸

Enquanto isso, a indefinição dificulta o ajuste necessário entre as disponibilidades e as demandas por água nas regiões atendidas pelo Cantareira, permanecendo um injustificável vácuo de REGRAS OPERACIONAIS para o devido gerenciamento do Sistema Cantareira!!!

3. O conflito de interesses verificado no GTAG: a necessidade de exclusão da SABESP.

Recentemente, surgiram rumores no tocante à proposta de encerramento do GTAG, com a formalização da saída da ANA de tal grupo.⁷⁹

A SABESP vale lembrar, foi incluída como uma das instituições representadas no GTAG-CANTAREIRA por ser a operadora do Sistema. Foge à razoabilidade, no entanto, a participação da SABESP em tal Grupo, na qualidade de **“ASSESSORA” das Autoridades Outorgantes (ANA/DAEE) nas decisões referentes à gestão do Sistema Cantareira** (art. 2º, I, da Resolução Conjunta ANA/DAEE 120/14), ao lado de representantes destes órgãos e dos Comitês das Bacias envolvidas.

⁷⁸ <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/09/sistema-cantareira-atinge-81-menor-indice-ja-registrado-em-sp.html>

⁷⁹ <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/09/sistema-cantareira-atinge-81-menor-indice-ja-registrado-em-sp.html>.

E, ainda: <http://info.abril.com.br/noticias/ciencia/2014/09/ana-rompe-com-sp-na-gestao-da-crise-no-cantareira.shtml>

Tal posição é evidentemente incompatível com sua qualidade de outorgada, **INTERESSADA E DESTINATÁRIA DAS DECISÕES**, sendo incompreensível que se admita tal **INTERFERÊNCIA PARCIAL E DIRETA junto aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos**.

Nem se alegue a imprescindibilidade de sua participação pelo fato de ser operadora do Sistema Cantareira, pois nada obsta, no caso de necessidade de verificação de algum aspecto técnico, a realização de sua **OITIVA**, o que em muito difere o papel que tal empresa tem assumido junto aos órgãos gestores/outorgantes.

E os citados atrasos e conflitos certamente são fruto das divergências de posicionamentos no âmbito do GTAG, visto que, estando a SABESP em tal grupo, **lhe é admitido interferir diretamente na recomendação das vazões a serem a ela autorizadas, bem como no grau das medidas de restrição a lhe serem impostas**.

Note-se que nem mesmo órgãos ambientais que poderiam contribuir diretamente com outros aspectos da gestão dos recursos hídricos neste momento de crise, de forma a assegurar a indissociável gestão ambiental dos recursos hídricos, como **COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - CETESB e CENTRO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO** foram convidados a integrar tal Comitê de Assessoramento para contribuir nas decisões, de forma a prevenir ou reverter grave degradação ambiental (Art. 15, IV, da LPNRH). **Isso, apesar de a própria criação do GTAG prever, dentre as funções do grupo, ações de gestão relacionadas com a qualidade da água, conforme Resolução Conjunta ANA/DAEE 120/14 (art. 2º,II)⁸⁰**

Assim, inviável a continuidade da **SABESP da função de ASESORAMENTO no GTAG-CANTAREIRA**, devendo ser determinada sua imediata **EXCLUSÃO** de tal Grupo.

Mesmo que ocorra a eventual extinção do GTAG, de qualquer forma, deverá ser vetada a participação direta da SABESP nas decisões a respeito da gestão do Sistema Cantareira e das medidas de restrição, que devem ficar adstritas aos órgãos gestores, ANA e DAEE.

⁸⁰ II – Realizar o acompanhamento diário dos dados referentes aos reservatórios e estruturas componentes do Sistema Cantareira, bem como dos postos de monitoramento de interesse: fluviométricos, pluviométricos **E DE QUALIDADE (grifo nosso)**;

VI - SUBESTIMANDO A GRAVIDADE DOS IMPACTOS - DO RISCO DE COLAPSO DO SISTEMA CANTAREIRA

1. Prejuízos ao abastecimento, ao meio ambiente, à saúde pública.

Em relação ao risco de desabastecimento, sobretudo pelo avanço indiscriminado na utilização do **VOLUME MORTO** do Sistema Cantareira, nos reportamos às considerações tecidas no **item IV-4** da presente ação, deduzidas com o intuito de deixar claro que, caso autorizado o bombeamento pela SABESP **até as cotas 807,00 (no Reservatório do Jaguari-Jacareí) e 775,00m no Reservatório Atibainha**, poderá ser afetada a tomada d'água.

Persistindo as baixas vazões de afluição, a falta de limitação da exploração das águas do Sistema Cantareira, poderá ensejar ainda, como visto, **a inviabilização por completo, de descarga por gravidade de vazão para a Bacia do Piracicaba se forem ultrapassadas as seguintes cotas:**

- Reservatório Jaguari: a partir da cota 804,52m (Vazão do Rio Jaguari)
- Reservatório Atibainha: a partir da cota 774,27M (Rio Atibaia)
- Reservatório Jacareí – a partir da cota 806,33m (vazão do rio Jaguari)

Os rios Jaguari e Atibaia, que abastecem diversos municípios das bacias PCJ, ficarão, neste caso, com **suas vazões restritas àquelas dos tributários, sem qualquer contribuição da calha principal, afetando o abastecimento público dos municípios e mais de 2.884.757 habitantes. Isso significa o inimaginável: COLAPSO DE ABASTECIMENTO**

Desde o início da transposição do Sistema Cantareira, ou seja, há 44 anos, é relevante frisar, tem sido flagrante o tratamento desproporcional entre as duas Bacias envolvidas (PCJ e ALTO TIETÊ), SENDO IMPOSTO REGIME MUITO MAIS SEVERO E PENOSO ÀS BACIAS PCJ, EM NOME DE UMA SUPOSTA SOLIDARIEDADE HÍDRICA EM RELAÇÃO À REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO.

A fim de manter o desenfreado crescimento populacional da RMSP, que para tanto, lança mão das águas das Bacias PCJ, **esta região têm suportado incomensuráveis prejuízos na manutenção de sua sustentabilidade ambiental e em seu desenvolvimento.**

E, mesmo nesta crise hídrica severa, que tem recebido o título da pior dos últimos 84 anos, bens e valores têm sido colocados em risco iminente, tais como a qualidade ambiental e de vida da população das Bacias PCJ, que têm que manter o atendimento de sua demanda com **miseros 3 m³/s advindos do Sistema Cantareira**, sendo evidente que esta vazão des-

carregada à jusante é **absolutamente insuficiente para o atendimento de necessidades mínimas, impondo regime de penúria para esta região.**

Constata-se, ainda, que recentemente os órgãos gestores **REDUZIRAM AINDA MAIS A VAZÃO QUE TEM SIDO LIBERADA PARA A BACIA DO PIRACICABA**, descarregando **apenas 1,5m³/s**, agravando o já crítico cenário de comprometimento da captação, da qualidade da água para abastecimento público e para a manutenção dos ecossistemas aquáticos.

Vale repetir, como já mencionado no **item II - 5 (Vazão de Referência)**, que esta vazão para a **BACIA DOADORA É ABSURDA** à medida que desconsidera integralmente as demandas existentes, impondo **impraticáveis restrições a todos os usos, desrespeitando a vazão máxima outorgável.**

Vale lembrar que, além do não atendimento da vazão de referência, mencionada no item II, 5, a Nota Técnica da Resolução ANA/DAEE nº 428/2004 (DOC. 13-A) já reconhecia há mais de 10 (dez) anos que “... *No documento “Recomendações para o estabelecimento das condições para concessão da outorga”, aprovado através da Deliberação Conjunta dos Comitês PCJ nº 007/04, de primeiro de junho de 2004, que é apresentado no Anexo A-III, É RECOMENDADO QUE AS VAZÕES MÍNIMAS LIBERADAS PELO SISTEMA CANTAREIRA PARA A BACIA DO RIO PIRACICABA VARIEM ENTRE 4 M3/S, EM 2004, ATÉ 7M3/S, EM 2010 ...” (destacamos) .*

Conforme tem sido noticiado na Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico - CT-MH dos Comitês PCJ, pelo Consórcio PCJ⁸¹, bem como por toda a imprensa regional, são inúmeras as dificuldades de captação enfrentadas nas Bacias PCJ para o abastecimento da população. Para demonstrar com mais clareza os inúmeros problemas enfrentados pelos usuários, apresenta-se em anexo, cópia das ocorrências encaminhadas à Coordenação da CT-MH relativas apenas ao **mês de setembro de 2014**, na 137ª Reunião Ordinária da Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico e do GT- Cantareira ocorrida em 30 de setembro de 2014 (**DOC. 18-B**).

Ademais, é inafastável a conclusão de que **AS VAZÕES OUTORGADAS À SABESP EM 2004 NÃO SÃO MAIS POSSÍVEIS DE SEREM ASSURADAS, SEM PREJUÍZO DA DISPONIBILIDADE E DO CONTROLE QUALITATIVO DAS ÁGUAS DAS BACIAS PCJ, IMPONDO A SUSPENSÃO DA OUTORGA ATÉ O LIMITE QUE NÃO PREJUDIQUE A BACIA DOADORA (PCJ)**

⁸¹ <http://www.agua.org.br/noticias/769/consorcio-pcj-se-junta-aos-municipios-da-regiao-para-pedir-por-mais-agua-do-cantareira-para-a-bacia-do-rio-atibaia.aspx>

A **Agência Reguladora ARES-PCJ** informou no Ofício DE nº 284/2014 (**DOC. 08**), que:

*“Os prestadores dos serviços de saneamento de todos os municípios regulados pela ARES-PCJ, principalmente os que possuem mananciais superficiais, **tiveram problemas e dificuldade de captação de água, decorrentes das baixas vazões verificadas nos rios das bacias PCJ.**”*

(...) A baixa vazão dos rios tem causado vários problemas aos prestadores dos serviços de saneamento, principalmente para realizar a captação e a tratabilidade da água, em face ao baixo nível dos mananciais. Os usuários também sofrem com a descontinuidade no fornecimento de água tratada.”

O RACIONAMENTO, TAMBÉM É UMA REALIDADE EM MUITOS MUNICÍPIOS DAS BACIAS PCJ:

“Dentre os municípios regulados pela ARES-PCJ, os que adotaram medidas de racionamento de água tratada foram: Cosmópolis, São Pedro, Valinhos, Vinhedo, Cordeirópolis e Rio da Pedras.”

AS MEDIDAS TARIFÁRIAS TAMBÉM TÊM SIDO APLICADAS.

Muitos Municípios aprovaram leis municipais que autorizam multa por desperdício são: Artur Nogueira, Araras, Campinas, Iracemápolis, Leme, São Pedro, Vinhedo, Santa Bárbara d'Oeste, Nova Odessa, Louveira e Valinhos. Em Sumaré existe uma proposta de Lei nesse sentido que ainda não foi votada⁸².

Diante do baixo nível de vazão dos rios nas Bacias PCJ, tem sido verificado o **AUMENTO A CONCENTRAÇÃO DE POLUENTES, PIORANDO, PORTANTO, A QUALIDADE DA ÁGUA A SER FORNECIDA À POPULAÇÃO.**

Tal prejuízo da qualidade acarreta, por conseguinte, maiores gastos e prejuízos financeiros com o tratamento da água, demandando ainda, a necessidade de intenso monitoramento e constante fiscalização para assegurar o atendimento da potabilidade de água, nos termos da Portaria MS 2914/11 que não ocorram riscos à saúde pública, muitos deles sequer dimensionados,

⁸² Informações prestadas por e-mail pela ARES-PCJ em complemento ao Ofício DE – 284/2014, no dia 19/09/14.

decorrentes da grande quantidade de produtos químicos para tratamento necessário.

Sucessivos eventos de mortandades de peixes em diversos locais, com o ocorrido no Rio Piracicaba em 12 de fevereiro de 2014, amplamente noticiado pela imprensa, em virtude do não atendimento de padrões mínimos para a sobrevivência da vida aquática.



Na TV Esporte Trânsito Aeroportos Agenda de shows VC no G1

12/02/2014 22h11 - Atualizado em 12/02/2014 22h34

Baixa oxigenação pode causar mais mortes de peixes no Rio Piracicaba

Alerta é da Cetesb, que enviou técnico para avaliar trecho na área urbana. Remoção das carcaças do leito, prevista p...

Do G1 Piracicaba e Região

18 comentários



Na TV Esporte Trânsito Aeroportos Agenda de shows VC no G1

12/02/2014 16h07 - Atualizado em 12/02/2014 17h02

Milhares de peixes são encontrados mortos às margens do Rio Piracicaba

Animais foram avistados nesta quarta na região da Estrada do Bongue. Com a estiagem, manancial enfrenta a maior seca nos últimos 50 anos.

Do G1 Piracicaba e Região

Tweet (42)

Recomendar (3,4 mil)
62 comentários



Trecho do Rio Piracicaba ficou 'tomado' de peixes mortos (F



Peixes foram encontrados mortos no Rio Piracicaba (Foto: Paulo Ricardo/Futura Press/Estação Conteúdo)

Notícias sobre a mortandade dos peixes do rio Piracicaba ocorrida em 12.02.2014 amplamente veiculadas em diversos meios de comunicação.

Buscando constatar as causas do evento, dentre outras diligências realizadas pelo Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente (GAE-MA), **Núcleo PCJ-Piracicaba**, foram ouvidas a Professora Doutora DEJANIRA DE FRANCESCHI DE ANGELIS, Professora Adjunta e Livre Docente pela UNESP-Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Instituto de Biociências de Rio Claro – IB) e a Professora Doutora, MARIA APARECIDA MARIN MORALES, Professora Adjunta e Livre Docentes pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Instituto de Biociências de Rio Claro - IB) e Pesquisadora Nível 1 do CNPq, nos autos do Inquérito Civil 06/2013-9 (**DOC. 22**), as quais informaram que:

“...Nas pesquisas que vêm sendo desenvolvidas pelos laboratórios de ecotoxicologia dos Departamentos de Biologia e de Bioquímica e Microbiologia do IB-UNESP - RIO CLARO, nos sistemas hidrológicos das Bacias PCJ, tem sido verificado que, nos períodos de estiagem, há um maior comprometimento do IQA - Índice de Qualidade da Água, que pode colocar em risco, tanto a diversidade biológica da região como a saúde pública.

...

Muitos dos poluentes que contaminam os nossos rios apresentam uma potencialidade de alterar o material genético dos organismos expostos, incluindo o homem, e, conseqüentemente desencadear problemas de saúde crônicas (tais como, alterações nas funções da tireoide, do fígado, d), agudas (tais como intoxicações, alergias, diarreias), degenerativas (Parkinson, Alzheimer etc) e o câncer.

...

Como amplamente divulgado pela mídia regional, tal impacto foi verificado na última semana, onde foi registrada uma grande mortandade de peixes no Rio Piracicaba. Esta mortandade é um dos aspectos deste colapso, que revela a extrema urgência de tomada de decisões que levem a ações que revertam esta situação de criticidade estamos vivenciando atualmente. Estas ações devem ser praticadas com consciência, responsabilidade e planejamento adequado. Devem, ainda, ser contínuas e, não somente adotadas em caráter emergencial, em momentos de crise.

A mortandade é apenas um dos primeiros indicadores visuais da gravidade da situação, que, se persistir, poderá acarretar em impactos gravíssimos, muitas vezes irreversíveis, inclusive para a qualidade de vida do homem.

Em relação às causas de tal evento (mortandade), infere-se que, certamente decorreu de uma associação de fatores físicos e químicos

da água, tais como, alta condutividade, alteração de temperaturas, baixa oxigenação, baixa vazão do Rio Piracicaba e a alta poluição do corpo hídrico.

Este cenário crítico traz implicações, ademais, de ordem econômica, social, pública, de **saúde, de abastecimento e, principalmente ambiental.** (...)

*Em relação ao Sistema Cantareira, o qual é sustentado por represas pertencentes ao sistema hidrográfico da Bacia PCJ, vale mencionar que possui captação privilegiada, oriunda de locais onde predominam rios de boa qualidade hídrica. **Entretanto, nos cursos destes rios, vão sendo incorporadas cargas poluidoras, que comprometem a qualidade das captações a jusante.***(...)

A degradação dos corpos d'água por poluentes pode levar também a contaminação dos sedimentos aquáticos. Uma vez que os poluentes atinjam os sedimentos, eles podem ficar retidos nestes compartimentos, que passam a servir como reservatórios dos poluentes lançados na coluna da água.

Os contaminantes presentes nos sedimentos podem permanecer ligados a estes, apresentando concentrações muitas vezes mais altas que as originalmente presentes na coluna d'água.

Os sistemas convencionais não estão sequer preparados para este tratamento diferenciado, principalmente porque os sedimentos podem conter uma grande porcentagem de metais pesados e outros contaminantes perigosos. (...)

Apesar das águas que abastecem os reservatórios do Sistema Cantareira ser consideradas de boa qualidade, elas não estão totalmente isentas de contaminantes.” (os grifos foram todos nossos)

No mesmo sentido, as abalizadas declarações da Professora Doutora **SILVIA REGINA GOBBO**, graduada em Ecologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), mestre em Geologia Regional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutora em CIÊNCIAS BIOLÓGICAS (ZOOLOGIA) - Museu Nacional UFRJ (2006), sendo docente na UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA, nos cursos de Biologia - Licenciatura e Bacharelado, Química - Licenciatura e Engenharia Civil (**DOC. 22-B**).

Em razão de requisição do Ministério Público nos autos do Inquérito Civil Nº 006/13, buscando apurar as causas da mortandade de peixes ocorrida na zona urbana de Piracicaba, a CETESB realizou, em 25 de abril de 2014, verificação das “condições da água do Rio Piracicaba, quanto à vazão, tem-

*peratura, pH e oxigênio dissolvido” e, a final, constatou que “**considerando que na última ocorrência de mortandade de peixes, a vazão registrada foi de cerca de 14 m³/s, o oxigênio dissolvido permaneceu por mais de 12 horas com valor inferior a 1 mg/L e a temperatura atingiu 31°C, poderão ocorrer novos episódios de mortandade, caso ocorra piora nas condições do rio, diante do prolongamento do período de estiagem.**”* (destacamos) **(DOC. 19)**

Muitas outras peças de informação, extraídas dos autos do Inquérito Civil nº 06/13, se encontram anexas na íntegra dos autos, em mídia digital **(DOC. 01)**, a fim de demonstrar como a área à jusante do Sistema Cantareira (e sua área de influência), têm sido afetadas na preservação e recuperação ecossistemas envolvidos, que estão sendo severamente atingidos com a escassez hídrica nas Bacias do PCJ, além do crítico do abastecimento público e da saúde pública.

Foram encaminhadas, inclusive ao Ministério Público, REPRESENTAÇÕES, MOÇÕES DE APELO, FOTOS DOS IMPACTOS pelos Municípios afetados e outros, solicitando providências.

2. Dos danos ao patrimônio turístico e paisagístico

Devem ser mencionados, neste extenso rol, além dos impactos já mencionados, prejuízos também ao patrimônio turístico e paisagístico, como os que vêm sendo verificados nas cidades de Piracaia e Joanópolis, que são graves, públicos e notórios.

Tais impactos ao patrimônio turístico e paisagístico, bem como aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna têm sido denunciados por entidades daquela região, como a Associação de Amigos de Bairros da Represa do Jaguarí - AAREJA, que reivindicou providências no tocante ao indiscriminado esgotamento dos reservatórios do Sistema Cantareira.

Segundo noticia tal Associação, em razão da construção do Sistema Cantareira em 1966 e dos reservatórios de Jaguarí/Jacareí a partir de 1976, as cidades de Piracaia e Joanópolis passaram por profundas modificações paisagísticas e de suas atividades econômicas, difundidas pelo turismo.

Todavia, o avanço na utilização do volume morto, inclusive por meio de bombas de sucção para captar a água do fundo das represas, tem provocado drástica alteração na atual paisagem dos municípios de Piracaia e Joanópolis, **aniquilando sua principal atividade econômica: o turismo**. Assim, são reivindicadas providências imediatas para que, turismo, que se tornou uma atividade econômica diretamente relacionada às condições geográficas daquela região e depende das características da paisagem para se desenvolver, sofra prejuízos incontornáveis.

Tais danos ao meio ambiente, aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna avançarão à medida que houver a progressiva redução dos níveis dos reservatórios do Sistema Cantareira, assim como ensejar impactos na vida, na saúde e na qualidade de vida das pessoas das regiões envolvidas, motivo pela qual resta evidenciada a necessidade de restrição ao uso do volume morto das represas do Jacareí/Jaguari e Cachoeira.

3. Dos danos à economia e ao desenvolvimento da região.

Inúmeros usuários privados, públicos e outros segmentos já sentem também os efeitos da redução drástica, sobretudo durante este período crítico de estiagem, das vazões do Sistema Cantareira, podendo gerar conflitos pelo uso dos recursos hídricos entre os diversos setores usuários que tentam garantir, tanto quanto possível, os níveis d'água para retirada atual.

Os diversos setores sentem, ainda, as pressões das potenciais restrições a serem aplicadas, que começam a ser anunciadas e que repercutirão nas BACIAS PCJ.

Todos os setores já estão sendo afetados pela crise hídrica. Se não forem, todavia, resguardadas as vazões mínimas necessárias para os múltiplos usos, além do possível retrocesso no desenvolvimento da atividade dos diversos setores, certamente as restrições poderão acarretar prejuízos à diversidade do parque industrial, à complexidade dos usos da água em cada planta industrial e, ainda, a necessidade da avaliação do abastecimento de produtos estratégicos ou insumos que afetem a mobilidade da população, risco de falta de alimentos de gêneros de necessidade que gerem desabastecimento da população, riscos de segurança e combate a incêndio, gerando risco de insegurança operacional, populacional, socioeconômica, ambiental. **(DOC. 20)**⁸³

Cumprе mencionar que, os resultados das medidas adotadas em relação ao Sistema Cantareira têm causado impactos ambientais, sociais e econômicos, lembrando que as regiões envolvidas (RMSP e PCJ) possuem os **dois maiores parques industriais do país, podendo a má gestão da crise hídrica inclusive comprometer o PIB brasileiro.**

4. A necessidade de redução das vazões de retirada pela SABESP:

Parece não haver dúvida de que a única alternativa, diante deste cenário caótico a que chegamos, **se faz necessária a redução da vazão retirada do Sistema Equivalente do Cantareira.**

⁸³ COMITÊS PCJ - CT-INÚSTRIA – Câmara Técnica de Uso e Conservação da Água na Indústria. “Contribuições para a gestão dos recursos hídricos durante a estiagem de 2014 com enfoque na potencial indisponibilidade de vazões aos usuários das bacias PCJ. Documento entregue na reunião da CTMH realizada em Americana, no dia 29 de agosto de 2014.

Diferentemente da Bacia do Piracicaba, que têm padecido com as restrições impostas pelos órgãos gestores, mesmo tendo vazões muito inferiores (em média de 3m³/s em 2014) às da Bacia do Alto Tietê (em média de 22m³/s), vale lembrar que a **SABESP (DOC. 08)**:

- **Nega a necessidade de racionamento;**
- **Descartou o rodízio, cujo plano foi apresentado em janeiro de 2014;**
- **Não adota qualquer mecanismo tarifário de contingência (ex: multas para desperdícios);**
- **Limita-se à utilização de “medidas de incentivo econômico” (bônus) para estimular moradores da Grande São Paulo a reduzir o consumo de água;**
- **Garante que haverá água até março de 2015**

E DEPOIS DE MARÇO DE 2015???

A mesma preocupação foi externada publicamente pelo Presidente da Agência Nacional de Águas, VICENTE ANDREU GUILLO, que teceu severas críticas à **falta de um plano de operações por parte da SABESP** que contemple cenários que levem em conta, **se não chover o suficiente até março de 2015**.

Revelou claramente que não há clareza (leia-se, planejamento) de quais serão as consequências e as estratégias a partir de abril, de forma a evitar o desabastecimento da população, conforme parte do texto abaixo colacionado:⁸⁴

Segundo Andreu, o governo Alekmin "não aponta a gravidade da situação concretamente para a população". "Se nós tivermos um ano parecido com este, nós não teremos resposta satisfatória na região metropolitana em 2015. Não tem como dizer diferente disso. Isso fica pior, porque nós não temos ainda em mãos, apesar de termos insistido muito, um plano de contingências por parte da empresa de saneamento de São Paulo que possibilite dialogar com a população sobre quais são as consequências de eventuais cenários", disse Andreu.

De acordo com o presidente da ANA, a Sabesp tem apresentado "sistematicamente um plano de operação, sempre buscando mais água do volume morto do Sistema Cantareira". Em maio, a Sabesp iniciou a captação de 182,5 bilhões de litros da reserva profunda das represas e quer ampliar a cota em mais 106 bilhões de litros. "E, se não chover o esperado até março, como será em abril? Eles não respondem", afirmou Andreu.

"Um plano de contingências tem de ter o seguinte: e se essa água não tiver, quais são as alternativas. Tem de dizer isso com clareza à população", disse o diretor da ANA, que é vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, do governo Dilma Rousseff.

⁸⁴ <https://br.noticias.yahoo.com/ana-eleva-tom-gest%C3%A3o-cantareira-124900615.html>. Acesso em 25.set.2014;

Na Região Metropolitana de São Paulo, a **gravidade da situação é apenas parcialmente reconhecida pela SABESP**, que admite que a situação seja crítica por causa da falta de chuva, mas diz que tem adotado medidas suficientes para o problema, como interligação dos sistemas, redução de perdas na distribuição, uso do volume morto e bonificação aos moradores que economizarem água⁸⁵.

A RMSP possui vários mananciais que promovem o abastecimento e que se encontram atualmente em **situação mais confortável de seu volume armazenado do que o do Sistema Cantareira** (6,7% já com a incorporação no volume útil de 182,5 bilhões de litros de água do volume morto)⁸⁶:

- Sistema Guarapiranga (o maior deles): 51,8%.
- Sistema Alto Cotia: 35,4%
- Sistema Rio Grande: 76,7%
- Sistema Rio Claro: 60,9%
- Sistema Alto Tietê: 12,4%

Assim, na hipótese de eventual esgotamento do Sistema Cantareira, os níveis dos **mananciais que garantem abastecimento para a RMSP evidentemente poderiam auxiliar, apesar das dificuldades**.

Grande parte dos Municípios das Bacias PCJ, todavia, **não teriam outros sistemas alternativos de captação, razão pela qual emerge a insofismável preocupação no que tange ao futuro do Sistema Cantareira e ao risco de seu esgotamento**.

Diversas obras estão sendo realizadas pelo Estado de São Paulo e pela SABESP visando à ampliação, no curto e médio prazo, da oferta hídrica, conforme apresentação realizada pela SABESP perante o Conselho Estadual de Recursos Hídricos em 26 de junho de 2014 e Ministério Público em 27 de junho de 2014, de forma a não acarretar o desabastecimento generalizado da RMSP diante das necessárias restrições das suas vazões de retirada (**DOC. 21**).

⁸⁵ <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/09/sistema-cantareira-atinge-81-menor-indice-ja-registrado-em-sp.html>

⁸⁶ <http://www2.sabesp.com.br/mananciais/>. Acesso em: 30.set.2014;

Segue abaixo o quadro das ações em andamento:

Ações em andamento

- Obras para otimização dos filtros 19 a 20 da ETA Rio Grande ampliando a produção em mais 300 l/s. Previsão Julho/14.
- Obras para ampliação da capacidade da ETA Rio Grande em mais 500 l/s com instalação de membranas de ultra filtração. Previsão Setembro/14.
- Início de operação da adutora Haras-Vila Vitória que permitirá abastecer os setores V. Vitória e V. Progresso em Santo André, com 500 l/s do sistema Rio Grande, em substituição as águas do sistema Rio Claro que serão transferidos para área do Alto Tietê/Cantareira.
- Conclusão das obras da adutora Jardim das Nações-Parque Real, em Diadema, e posterior avanço no setor Americanópolis, do sistema Guarapiranga. Previsão Agosto/14.
- Ampliação da capacidade de produção da ETA RJCS em mais 1 m³/s, com instalação de membranas de ultra filtração (Previsão Outubro/14) e instalação de 2 reservatórios metálicos de água tratada de 20.000 m³ cada (conclusão em Janeiro/15). Este aumento de produção será transferido para setores de abastecimento do sistema Cantareira.
- Conclusão da adutora e EEAT Bela Vista-Conceição, em Osasco, que possibilitará avançar em mais 500 l/s o sistema Guarapiranga no setor Bela Vista, atualmente pertence ao sistema Cantareira. Previsão de conclusão Fevereiro/15
- Obras para aproveitamento da 2ª etapa da Reserva Técnica do reservatório Jacaré e Atibainha em cerca de 100 milhões de m³. Conclusão Out/14
- Aproveitamento da reserva técnica do Biritiba-Mirim adicionando cerca de 10 milhões de m³.
- Aproveitamento da reserva técnica da represa Jundiá, adicionando mais 10 milhões de m³ no sistema Produtor Alto Tietê.
- Reversão do córrego Guaratuba em mais 500 l/s para o ribeirão Rio Claro, afluente da represa Ponte Nova. Previsão Outubro/14
- Obras (ensecadeira) para alteamento do Rio Tietê na confluência do canal da EEAB Biritiba-Mirim. Previsão Julho/14



5. A Necessidade de Recuperação dos Reservatórios: Qual é o plano?

Outra grande preocupação com o avanço significativo na utilização dos volumes dos reservatórios do Sistema Cantareira, diz respeito à **necessidade de recuperação da capacidade de reservação**.

O Comunicado GTAG nº 9 de 13 de Junho de 2014 é o único cenário elaborado com esse propósito. No item “Considerações”, é apresentada uma análise probabilística das possibilidades de recuperação do Sistema Equivalente para o período **posterior a 30 de novembro de 2014**.

Por solicitação do referido Grupo, a SABESP vêm utilizando três cenários de aflúências para o presente período de estiagem, de junho a novembro deste ano: **100%, 75% e 50% das mínimas médias mensais do histórico de dados (1930-2013)**.

Neste intuito, o GTAG analisou as perspectivas de aporte de água ao Sistema Equivalente A análise baseia-se na série de aflúências médias dos períodos dezembro-abril (5 meses chuvosos característicos) de toda a série de dados, de 1930 a 2014, das quais resultam volumes afluentes nos cinco meses. As demandas para as bacias PCJ e para a RMSP (túnel 5) foram fixadas, nessa avaliação, em 24,8 m³/s, de média, gerando um volume de derivação total em 5 meses de, aproximadamente, 324 milhões de m³. Como resultado, obtém-se uma determinada probabilidade de igualar ou superar

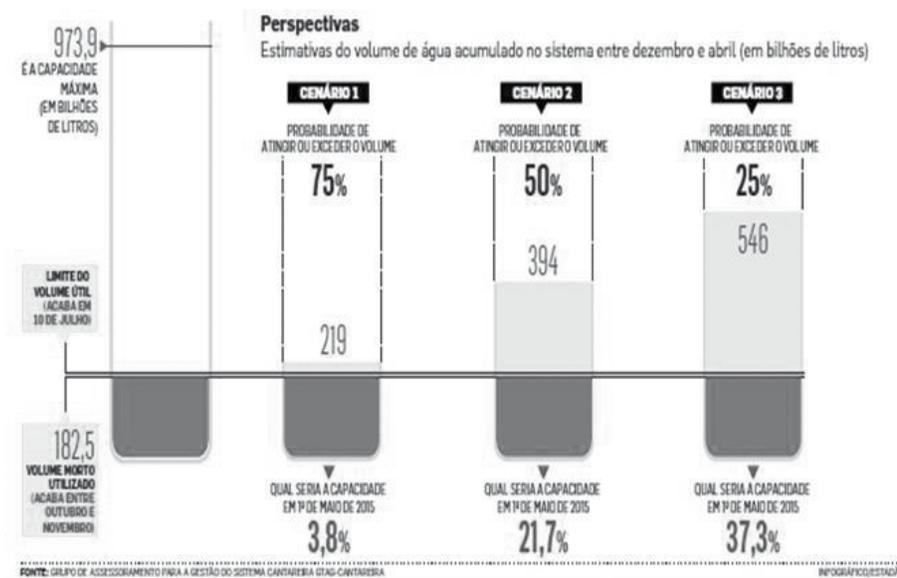
um acréscimo de volume do Sistema Equivalente (volume afluente menos retirado), revelando o seguinte quadro:

Varição do volume de armazenamento de dezembro a abril (milhões de m ³)	Probabilidade de atingir ou exceder a variação do volume de armazenamento
219	75% ⁸⁷
394	50%
546	25%

O percentual indicado significa a probabilidade de que a variação do volume seja igualada ou superada.

Tais informações foram sumarizadas no infográfico apresentado pelo Estadão⁸⁸.

● Análise estatística de comitê do Cantareira mostra as probabilidades de recuperação do manancial após próxima temporada de chuvas



⁸⁷ Cenário com maior probabilidade de ocorrer.

⁸⁸ **RELATÓRIO TÉCNICO n° 1**, elaborado pelo Laboratório de Apoio Multicritério à Decisão Orientada à Sustentabilidade Empresarial e Ambiental - LADSEA, da Universidade de Campinas – UNICAMP;

O cenário com maior probabilidade de ocorrer (75% de probabilidade) indica que os reservatórios atingem pífios 3,8% do Sistema Equivalente em **1º de Maio de 2015**, segundo o infográfico do Jornal 'O Estadão'.

Estudos do convênio entre o CONSÓRCIO PCJ e a UNICAMP, adotando algumas premissas, alertam que as represas podem levar de **três a sete anos para se recuperarem e voltarem a armazenar água**⁸⁹, uma vez que somente será possível a recuperação em anos cujas aflúncias mensais forem significativamente acima da média de longo período, como as observadas em 1958 e 2010. Enquanto isso não ocorrer, não será possível o restabelecimento da regularidade do abastecimento, em níveis aceitáveis de segurança.

Cumpre colacionarmos as conclusões contidas no **RELATÓRIO VII**, dos estudos elaborados pela **LADSEA-UNICAMP**⁹⁰:

“A partir desses cenários das simulações de operação do sistema equivalente concluímos que:

i. Quando se estabelece um período crítico de estiagem, as vazões de retirada serão deficientes, ou seja, inferiores à meta de retirada por períodos prolongados entre: (i) 15 a 20 meses consecutivos, considerando de até 33 m3.s-1e (ii) entre 41 a 100 meses para de 36 m3.s-1;

ii. Após estiagens críticas extraordinárias, os reservatórios do Sistema Cantareira recuperarão seus níveis máximos, perfazendo 100% do V.U., entre 3 a 7 anos, independente, do limite superior de vazão de retirada;

iii. Isso se deve porque, após atingir estado mínimo crítico do V.U., a capacidade do Sistema Equivalente somente será recuperada, em anos cujas aflúncias mensais forem significativamente acima da média de longo período, como as observadas em 1958 e 2010.

Conforme as Figuras 4.55 e 4.56, que são as precipitações anuais nas bacias dos reservatórios do Sistema Cantareira, observamos que as precipitações desses anos estiveram muito acima da média, corroborando a afirmação anterior:

⁸⁹ Disponível em: <http://www.aqua.org.br/noticias/668/sistema-cantareira-suporta-mais-100-dias-de-estiagem-a-persistir-os-atuais-niveis-de-chuva.aspx>. Acesso em 02.fev.2014

⁹⁰ **RELATÓRIO TÉCNICO VII**, elaborado pelo Laboratório de Apoio Multicritério à Decisão Orientada à Sustentabilidade Empresarial e Ambiental - LADSEA, da Universidade de Campinas – UNICAMP, p. 125/126,

*iv. Ao expandir os limites de retirada acima de 36 m³.s-observamos que períodos estiados serão frequentes e, dessa forma, **serão regulares as deficiências nas vazões de retiradas, comprometendo a confiabilidade do abastecimento pelo sistema;***

v. O modelo de operação da Curva de Aversão ao Risco (CAR) para o cenário hidrológico do biênio 1953/54 demonstrou ser uma ferramenta robusta evitando o pleno esvaziamento dos reservatórios, porém, não é capaz de evitá-las, reduzindo as vazões de retirada e, portanto, diminuindo a probabilidade de atendimento dessas vazões.

A fim de minimizar os efeitos das deficiências de abastecimento durante prolongadas estiagens sugere-se a concepção de alternativas auxiliares para o abastecimento de ambas as regiões.”

Assim, a necessidade da recuperação da capacidade dos reservatórios do Sistema Cantareira, **no menor prazo possível**, deve ser adotada como uma **PREMISSA OBRIGATÓRIA**, norteando as decisões no tocante às vazões de retirada e demais medidas de restrição, inclusive no que tange à utilização do volume morto.

VII - DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANA, DAEE E SABESP

O polo passivo da ação é construído para que estejam presentes aqueles contra os quais os pedidos ora elencados devem ser cumpridos.

Neste sentido, se faz necessário indicar os elementos que exigem a presença da Agência Nacional de Águas, Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo e da SABESP.

Uma das diretrizes da Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos consiste na articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional (art. 3º, inc. IV), sendo definidas as competências no que se refere à gestão de recursos hídricos de cada um dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento Integrado de Recursos Hídricos, previstos no artigo 33, incisos I, I-A, II, III, IV e V, da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a Agência Nacional de Águas e a Agência de Água, os Comitês de Bacia Hidrográfica, os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipal)

Neste sentido, o art. 23 da CF, ao definir as competências para proteção ao meio ambiente, dispõe que lei complementar deverá fixar as normas para a cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os Municípios.

De acordo com a Lei nº 9.984/00, compete à **AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA**, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, a missão de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, devendo sua atuação obedecer aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos;

Caberá à ANA, portanto, em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos: **supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos**; outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º; fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União; **planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos**, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas (art. 4º, I, IV, V, X e XII da Lei nº 9.884/00);

Com fundamento no artigo 14, parágrafo 1º e artigo 44, ambos da Lei nº 9.433/97 e do artigo 4º, § 4º, da Lei nº 9984/2000, por meio da **Resolução nº 429, de 04 de agosto de 2004, a ANA – Agência Nacional de Águas definiu critérios e procedimentos técnicos de análise de pedidos de outorga, bem como delegou competência para emissão de outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União⁹¹, para os Estados de São Paulo e Minas Gerais, no âmbito das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá⁹².**

⁹¹ A intervenção hidráulica que a SABESP realiza na bacia do rio Piracicaba, para transposição de 31 m³/s para a Bacia do Alto Tietê, se localiza, conforme retro explanado, envolve Bacias diferentes e corpos d'água de **dominialidades diferentes: uma parcela desta vazão apresenta dominialidade da União e a outra do Estado de São Paulo**, conforme Nota Técnica nº 019/2006/SOC-ANA - Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE. Dados de Referência Acerca da Outorga do Sistema Cantareira. Agosto de 2013. V 01. Disponível em: http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/Renovacao_Outorga/DadosdeReferenciaAcercadaOutorgadoSistemaCantareira.pdf. Acesso: 21.set.2014

⁹² *Art. 1º Delegar aos Estados de São Paulo e Minas Gerais, por intermédio das suas respectivas entidades outorgantes o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE e o Instituto Mineiro de Gestão das Águas – IGAM, a competência para outorgas preventivas e do direito de uso dos recursos hídricos de domínio da União na Bacia Hidrográfica dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, no âmbito do respectivo território, incluindo-se os Rios Piracicaba, Jaguari*

Dessa forma, a **renovação da outorga do Sistema Cantareira passou a ser de competência do DAEE – DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, devendo, ainda, respeitar as condições de operação estabelecidas na **Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 428, de 04 agosto de 2004**⁹³.

É importante frisar que, por expressa disposição legal, contida no artigo 11 da Resolução nº 429, de 04 de agosto de 2004, mesmo **nas hipóteses de delegação da outorga aos órgãos estaduais, os usos dos recursos hídricos permanecem sujeitos à fiscalização da ANA, bem como das próprias entidades outorgantes delegatárias.**

Neste sentido é a lição de Paulo Affonso Leme Machado:

“A delegação da outorga do uso do recurso hídrico de seu domínio NÃO LIBERA A UNIÃO DA CORRESPONSABILIDADE DE ZELAR PELA IMPLEMENTAÇÃO ADEQUADA DAS NORMAS DA OUTORGA. A responsabilidade originária sobre o bom uso dos rios federais é da União, por força da Constituição Federal 20, III). Dessa forma, merece ser inserida na regulamentação norma no sentido de que os Estados e o Distrito Federal comunicarão à União outorgas concedidas e as medidas de suspensão, de racionamento e medidas punitivas efetuadas.⁹⁴

Consta, ainda, como premissa a ser observada pelas entidades delegatárias, que, **NOS ATOS DE OUTORGA, DEVERÃO OBSERVAR AS RES-TRIÇÕES DECORRENTES DO BALANÇO ENTRE DISPONIBILIDADE HÍDRICA E DEMANDA,** em termos quantitativos e qualitativos, realizado de forma integrada no âmbito das **BACIAS**.

Como outorgante de recurso hídrico ou como outorgante delegado de recurso hídrico alheio, tanto a ANA como o DAEE, portanto, possuem a obrigação de fiscalizar se as condições da autorização estão sendo regularmente seguidas, bem como adotar as medidas necessárias para o **CONTROLE**

até a confluência com o Rio Camanducaia (MG) (46,31°W; 22,84°S), Atibaia, Camanducaia ou Guardinha, Camanducaia (MG), os Ribeirões do Cancã ou da Cachoeirinha, dos Godóis, e os Córregos do Abel e Guaraiúva no âmbito da Bacia Hidrográfica do Rio Piracicaba. A delegação acima foi restringida para: Art. 2º A delegação de competência referida nesta Resolução compreende os atos de outorga preventiva e de outorga de direito de uso..

⁹³ Outras informações sobre o histórico da outorga do Sistema de Cantareira e de sua delegação poderão ser obtidas na referida Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE, p. 21.

⁹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Dire 22ª Ed. p. 541.

QUANTITATIVO E QUALITATIVO DOS USOS DA ÁGUA, para garantia o efetivo exercício dos direitos de acesso a tal recurso natural, fiscalizando a outorga de direito de uso de recursos hídricos e o cumprimento de seus objetivos, enquanto **INSTRUMENTO DA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS**, previsto nos artigos 5º, 11 a 18 da Lei 9.433/97, não ignorando, todavia, as prioridades de usos da Bacia Doadora.

Dispõem os órgãos outorgantes do dever legal, diante da verificação de situações de interesse público, de determinar a **SUSPENSÃO PARCIAL OU TOTAL, EM DEFINITIVO OU POR PRAZO DETERMINADO DA OUTORGA**, nas circunstâncias previstas no artigo 15 da Lei nº 9.433/97 e no artigo 3º da Resolução ANA nº 833, de 05 de dezembro de 2011.

Paulo Affonso Leme Machado enfatiza nesta senda que:

*“Ainda que esteja escrito no caput do art. 15 que a ‘outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa ...’, parece-nos que, nos dois casos mencionados, **afasta-se qualquer discricionariedade do órgão público, devendo o mesmo agir vinculadamente ao princípio apontado no referido art. 1º, III. Não agindo a Administração Pública, incumbirá ao Poder Judiciário agir, através de ação judicial**”⁹⁵.*

A **Resolução ANA nº 436, de 1º de abril de 2013**⁹⁶ (DOC. 12-C) também estabeleceu procedimentos e diretrizes gerais para delegar competência aos Estados e Distrito Federal para emissão de outorga preventiva e de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, permanecendo, a delegação, no caso presente, ao DAEE em relação a nova outorga de direito de uso dos recursos hídricos do Sistema Cantareira.

Cumprindo com seu papel original e concedido, o **DAEE** expediu a Resolução Conjunta com a ANA nº 428/2004, pelo qual foi disposto sobre as condições de operação dos reservatórios Jaguari-Jacareí, Cachoeira e Atibainha, localizados na Bacia do Rio Piracicaba, pertencentes ao Sistema Cantareira. Desde então, têm sido expedidos comunicados, resoluções e outros atos, sempre de forma conjunta, no tocante às regras operacionais relativas ao referido sistema produtor, revelando a imprescindibilidade de ambos estarem no polo passivo, à medida que a gestão é conjunta.

⁹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 22ª Ed. Revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, p. 510.

⁹⁶ <http://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2013/436-2013.pdf>

O **Ministério Público**, em fevereiro de 2014 formulou **RECOMENDAÇÃO** ao DIRETOR-PRESIDENTE DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA e SUPERINTENDENTE DO DEPARTAMENTO DE ÁGUAS ENERGIA ELÉTRICA - DAEE, por meio do **Ofício 73/14, datado de 03/02/2014**, para a revisão das regras operativas da outorga concedida pela portaria 1213/04, suspensão parcial da outorga, diante da ocorrência das circunstâncias previstas no artigo 15 da Lei nº 9.433/97 e no artigo 3º da Resolução ANA nº 833, de 05 de dezembro e a suspensão do banco de águas da SABESP, além de outras providências (**DOC. 07-A**). Tal ofício foi reiterado posteriormente, por meio dos Ofícios 159/14 e 160/14 (**DOC. 07-B E 07-C**).

Apesar das evidências mencionadas no tocante aos baixos níveis de precipitações, da diminuição dos volumes acumulados nos reservatórios, previsões climáticas desfavoráveis, as vazões de retirada autorizadas pelos tomadores de decisão (ANA/DAEE) **não foram reduzidas no tempo oportuno e nos limites necessários a minimizar os riscos (e danos) atuais e futuros**. Foram abandonadas, ainda, as curvas de aversão a risco e os mecanismos legais expressamente previstos para garantia, com a necessária antecedência, de níveis aceitáveis de segurança de abastecimento público, que não devem ser inferiores a 95%,

Também não o foram pela SABESP, que é assessorada pelo LabSid/Poli-USP, que dispõe do modelo matemático de simulação denominado LabsSidAcquaNet, integrante do SSD (Sistema de Suporte à Decisão). Este mesmo sistema é utilizado pelos órgãos gestores (ANA/DAEE), para nortear suas decisões.

A SABESP - Companhia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo, sociedade de economia mista, é a beneficiária da outorga concedida pela Portaria do DAEE nº 1213/04 e a operadora do Sistema Cantareira. Todos os atos e providências delineados nesta ação, ademais, afetarão diretamente as condições da outorga e o atendimento das demandas na Região Metropolitana de São Paulo e das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá.

Assim, a Sabesp, em decisão conjunta com os órgãos gestores (ANA e DAEE), todavia, **assumiram riscos elevadíssimos e inadmissíveis** na operação dos sistemas produtores de água, extrapolando as dimensões da gestão empresarial, explorando ao máximo, o Sistema Cantareira, ao ponto de leva-lo ao risco de esgotamento.

Ao mesmo tempo, as intervenções operacionais eventualmente possíveis de serem implementadas tanto no sistema produtor como no sistema distribuidor devem ser concretizadas pela SABESP, em tempo bastante oportuno, para redução dos efeitos.

O elevado grau de incerteza e a gravidade das consequências podem ensejar, no caso de não adoção de uma postura de cautela, colapso não so-

mente no abastecimento, como na saúde pública, na economia e nas demais atividades **NAS DUAS REGIÕES ENVOLVIDAS (PCJ E RMSP), O QUE, POR SI SÓ DEMONSTRAM A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.**

“A responsabilidade civil, administrativa e criminal do órgão público que emitir a outorga não termina com esse ato. Cumpre a esse órgão público “regulamentar e fiscalizar os usos” (arts. 29, II, e 30, I, da Lei 9433/97).

(...) Caso contrário, a outorga tomar-se-á um ato sem nenhum resultado benéfico para o meio ambiente e para os bons usuários. Cabe a propositura de ação civil pública visando ao “cumprimento da obrigação de fazer” a fiscalização, pois essa atividade não pode ser efetuada segundo o arbítrio da Administração (Lei 7.347/1985)⁹⁷.

A Sabesp sempre foi, portanto, conhecedora de todos os perigos, assumidos deliberadamente, **ignorando os conceito de segurança hídrica e as condições de riscos admissíveis** que devem pautar as suas decisões estratégicas, táticas e operacionais, devendo, portanto, responder pelos resultados e adotar medidas para tentar reverter a situação crítica que lamentavelmente alcançamos.

VIII – PERTINÊNCIA SUBJETIVA E COMPETÊNCIA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PIRACICABA

Tratando do direito (fundamental) subjetivo público ao “...meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida...” (art. 225, “caput”, da Constituição), clássico exemplo de direito difuso, transindividual, indivisível, titulado por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, do Código do Consumidor c/c art. 21 da Lei nº 7.347/85), o MINISTÉRIO PÚBLICO, mais que legitimado, está obrigado a provocar o PODER JUDICIÁRIO à sua tutela (arts. 127 e 129, III, da CRFB; arts. 5º, III, ‘d’, e 6º, VII, ‘b’, da LC 75/93; art. 1º, I, e 5º, “caput”, da Lei 7.347/85).

A possibilidade de litisconsórcio entre o Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual é evidente, pois pertencentes à mesma instituição

⁹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. 21ª Ed. p. 534/535

e regidos pelo princípio da unidade e indivisibilidade (art. 127, §1º, da CF). Tal possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos é prevista, ainda, no artigo 5º, § 5º, da Lei da Ação Civil Pública, sendo conveniente principalmente em casos como o presente, em que a ação é endereçada a entes estatais de esferas federativas diversas.

Há de se ter em consideração que a competência constitucional “comum” em matéria ambiental, prevista no artigo 23, *caput*, deriva a SOLIDARIEDADE de seus titulares. Nesse sentido, aliás, adverte Paulo de Bessa Antunes, “*não é difícil perceber que diversas das matérias que integram a competência privativa da União estão, concomitantemente, arroladas nas competências comum e concorrente dos diversos integrantes da Federação*”⁹⁸.

A competência jurisdicional da **Justiça Federal** também é certa, pois integra o polo passivo desta lide ente descentralizado da União (ANA), previsto no artigo 109, I, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, a ação conta, em seu polo ativo, com o **MPF**, o que vem sendo reconhecido pela jurisprudência do STJ como causa bastante para firmar a competência federal⁹⁹.

⁹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa.. Federalismo e competências ambientais no Brasil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.106

⁹⁹ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. ROMPIMENTO DE DUTO DE ÓLEO. PETROBRAS TRANSPORTES S/A - TRANSPETRO. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DOS PORTOS. LEI 8.630/93. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI 7.347/85. 1. Cinge-se a controvérsia à discussão em torno a) da tempestividade do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF e b) da competência para o julgamento de Ação Civil Pública proposta com a finalidade de reparar dano ambiental decorrente do vazamento de cerca de 1.000 (mil) litros de óleo combustível após o rompimento de um dos dutos subterrâneos do píer da Transpetro, no Porto de Rio Grande. (...) 3. Em relação ao segundo fundamento do Recurso Especial, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal fixa a competência da Justiça Federal. 4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de atribuir à Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse processual que justifique a presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas na lide, consoante teor da Súmula 150/STJ. 5. **A presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal**, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão. (...) 13. Recurso Especial não provido. (REsp 1057878/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 21/08/2009)

A Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), por seu turno, ressaltou a competência da Justiça Federal em seu artigo 93 – competência de foro a modificar-se sempre que o fato nela se inserir, não adstrita às demandas que versem sobre matéria ali disciplinada, por conta do disposto no artigo 117 da Lei 8.078/90, que acrescentou à Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) o artigo 21, *in verbis*: “*Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*”.

Em relação ao Juízo, sobressai ademais a competência da **JUSTIÇA FEDERAL**, uma vez que:

1) A outorga do Sistema Cantareira, concedida à SABESP por meio da Portaria DAEE 1213/04, autoriza a transposição de 31 m³/s da Bacia do Piracicaba para a Bacia do Alto Tietê. O Rio Piracicaba, por banhar mais de um estado da Federação (Minas Gerais e São Paulo) é considerado **rio federal, nos termos do art. 20, III, da Constituição Federal**. Assim, sobressai no caso em testilha a competência da Justiça Federal¹⁰⁰, conforme explanado no item I da inicial, por envolver Bacias diferentes e corpos d’água de domínialidades diferentes: uma parcela desta vazão apresenta **dominialidade da União e a outra do Estado de São Paulo**, conforme Nota Técnica n.º 019/2006/SOC-ANA¹⁰¹.

2) Por envolver o **direito de uso de recursos hídricos de domínio da União**, a competência da outorga é da **AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA** que, com fundamento no artigo 14, parágrafo 1º e artigo 44, ambos da Lei n.º 9.433/97 e do artigo 4º, § 4º, da Lei n.º 9984/2000, por meio da **Resolução n.º 429, de 04 de agosto de**

¹⁰⁰ **STJ**: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO ESTADUAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL QUE CONFRONTA COM RIO FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. De acordo com a Nota Técnica n. 18/2005/NGI e a Resolução n. 399 da Agência Nacional de Águas - ANA, **o Rio Piracicaba, por banhar mais de um estado da Federação, é considerado federal, nos termos do artigo 20, III, da Constituição Federal**. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal da 3ª Vara de Piracicaba- SJ/SP. (CC 97.359/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/06/2009, DJe 24/06/2009)

¹⁰¹ Nota Técnica Conjunta ANA/DAEE. **Dados de Referência Acerca da Outorga do Sistema Cantareira**. Agosto de 2013. V 01. Disponível em: http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/Renovacao_Outorga/DadosdeReferenciaAcercadaOutorgadoSistemaCantareira.pdf. Acesso: 21.set.2014

2004, a delegou para os Estados de São Paulo e Minas Gerais, no âmbito das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá¹⁰².

3) A delegação da outorga do uso do recurso hídrico de seu domínio **NÃO LIBERA A UNIÃO DA CORRESPONSABILIDADE DE ZELAR PELA IMPLEMENTAÇÃO ADEQUADA DAS NORMAS DA OUTORGA**, razão pela qual, a ANA figura no polo passivo da presente ação.

4) Os impactos combatidos nesta ação, bem como aqueles que se pretende sejam evitados, repercutem diretamente na **área da Subseção Judiciária de Piracicaba** – embora a esta não se limitem.

Assim, competência “*ratione loci*” funcional em relação local do dano, a competência para o julgamento é de uma das Varas Federais sediadas na 9ª Subseção, **bem como o instituto da prevenção territorial, a competência para o julgamento do feito é da Vara Federal da 9ª Subseção de Piracicaba.**

IX - A TUTELA ANTECIPADA:

Os requisitos da antecipação de tutela meritória, previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam: a) prova inequívoca do alegado; b) verossimilhança da alegação; e, c) receio de dano irreparável, ou de difícil reparação ao ambiente e ao meio sócio-econômico, já foram amplamente demonstrados ao longo desta inicial.

Evidente a violação a dispositivos legais expressos, agindo os réus com flagrante abuso de direito e causando prejuízos incalculáveis ao meio ambiente e à coletividade.

Flagrante, ademais, que os fatos narrados no decorrer desta inicial exigem, em razão do **perigo da demora processual**, um provimento jurisd-

¹⁰² Art. 1º Delegar aos Estados de São Paulo e Minas Gerais, por intermédio das suas respectivas entidades outorgantes o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE e o Instituto Mineiro de Gestão das Águas – IGAM, a competência para outorgas preventivas e do direito de uso dos recursos hídricos de domínio da União na Bacia Hidrográfica dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, no âmbito do respectivo território, incluindo-se os Rios Piracicaba, Jaguari até a confluência com o Rio Camanducaia (MG) (46,31°W; 22,84°S), Atibaia, Camanducaia ou Guardinha, Camanducaia (MG), os Ribeirões do Cancã ou da Cachoeirinha, dos Godóis, e os Córregos do Abel e Guaraiúva no âmbito da Bacia Hidrográfica do Rio Piracicaba. A delegação acima foi restringida para: Art. 2º A delegação de competência referida nesta Resolução compreende os atos de outorga preventiva e de outorga de direito de uso.

cional emergencial. **Tanto que já se anuncia amplamente a iminência de aprovação da captação do VOLUME MORTO II, avançando, com isso, no consumo voraz dos níveis de água dos reservatórios.**

A continuidade da utilização indiscriminada da água conforme sobejamente demonstrado, implica em **agravamento da já comprometida disponibilidade hídrica superficial, bem como de reiterado e grave quadro de desabastecimento das regiões envolvidas (PCJ e RMSP), bem como da ocorrência de novos desastres ambientais e de comprometimento da saúde pública**

Conforme site oficial da SABESP¹⁰³, em 30 de setembro de 2014, o Sistema Equivalente contava com apenas **6,55% do volume útil atual (Volume útil operacional acrescido do Volume Morto de 182,7hm³)**.

Assumiram os réus, ANA, o DAEE e a SABESP, como visto, **riscos sérios e inaceitáveis a toda à população atendida por este sistema produtor (Cantareira), que está sendo levado ao esgotamento dos volumes disponíveis, podendo comprometer, ainda, se nada for feito, os demais sistemas produtores da RMSP, com o deplecionamento em cadeia, uma vez que estes também estão sendo sobrecarregados para atendimento da demanda.**

Os pareceres e relatórios técnicos que instruem a inicial são conclusivos quanto aos equívocos deliberados praticados na gestão do Sistema Cantareira e no fundado receio de ineficácia do provimento final.

Se as curvas de aversão ao risco tivessem sido aplicadas nos momentos adequados, se regras básicas tivessem sido adotadas e se fossem realizados os ajustes necessários ao longo deste ano, levando-se em conta “o estado de armazenamento dos reservatórios, as vazões afluentes dos meses anteriores e as demandas hídricas dos usuários localizados a jusante dos reservatórios”, **certamente não teríamos atingido tão dramática situação, beirando um colapso.**

Surpreende notar, como visto, que têm sido **CATEGORICAMENTE DESCONSIDERADOS os mecanismos de planejamento e de gestão delineados pelos próprios órgãos gestores (ANA/DAEE):**

- Definição de horizonte de planejamento de curto prazo até **30 de novembro de 2014** para utilização do estoque de água disponível no Sistema Cantareira;
- Estabelecimento de reserva estratégica ao final do período;
- Metodologia de alocação de vazões, tendo em conta o volume disponível, o volume estratégico definido para o final do período de

¹⁰³ <http://www2.sabesp.com.br/mananciais/BalancoHEq.aspx>. Acesso: 30.set.14

- planejamento de curto prazo e a vazão afluyente ao Sistema Equivalente;
- Realização da redução das vazões de retirada da SABESP, para o ajuste necessário entre as disponibilidades e as demandas por água nas regiões atendidas pelo Cantareira;

O desrespeito a outros aspectos relativos ao planejamento e à sua execução devem ser destacados:

- **As regras instituídas na Resolução ANA/DAEE nº 120/14 não têm sido cumpridas pelo GTAG, criado justamente para otimizar a gestão do Sistema Cantareira;**
- **As autoridades outorgantes (ANA/DAEE) além de não exigir o cumprimento de tais atribuições, permanecem em silêncio por meses (último Comunicado GTAG nº 10 é datado de 30 de junho de 2014), sem qualquer ajuste das vazões de retirada ou adoção de medidas de restrição da SABESP;**
- Mesmo verificando que o horizonte de planejamento definido pelo GTAG não será atendido (Novembro de 2014) e que a cada dia é mais preocupante a situação de armazenamento dos reservatórios do Sistema Cantareira, não estão sendo impostas medidas de restrição à SABESP compatíveis com a gravidade da situação e com os horizontes de planejamento definidos;
- Não se concebe o adiamento de decisões necessárias, uma vez que é evidente que, como é intuitivo, isso agravará sobremaneira as consequências, os impactos negativos, bem como a severidade das medidas de restrição a serem impostas;
- As medidas adotadas até o momento se revelam desvinculadas da necessária recuperação da capacidade de reserva dos reservatórios em prazo razoável, da retomada de níveis aceitáveis de permanência do abastecimento público (95%), inclusive com a oportuna retomadas das curvas de aversão ao risco.

Não se cogita de qualquer plausibilidade, portanto, nesta lacuna de regras operativas, de reiterados descumprimento das metodologias (curvas de aversão ao risco e 95% de segurança no abastecimento público), dos planos definidos pelos próprios órgãos gestores não só para o enfrentamento da crise hídrica, mas também para a retomada, quanto antes possível, da gestão regular do Sistema Cantareira.

Há que se observar, ainda, que **NÃO FORAM OFICIALMENTE ADOTADAS ATÉ O MOMENTO MEDIDAS RESTRITIVAS DE REDUÇÃO DE**

CAPTAÇÃO NA RMSP, DE FORMA A ATENDER TAIS PREMISSAS TÉCNICAS, insistindo a SABESP, **com a anuência dos órgãos gestores, em subestimar a dimensão, a gravidade e as consequências desta crise hídrica, a curto, médio e longo prazo.**

Limitou-se a SABESP apenas a adotar, como visto, “**Programa de Bônus**” para acelerar a redução do consumo, sem prejuízo da realização de outras obras emergenciais, mas todas iniciativas que ficam aquém da necessidade de redução das vazões de retirada provenientes do Sistema Cantareira (**DOC. 08**).

Há que se levar em conta que, com as medidas pleiteadas, não se pretende o desabastecimento generalizado da RMP.

Diante da necessária redução ou mesmo enquanto não restabelecida a normalidade da situação, a SABESP poderá contar as obras que vêm realizando, com a eficiência de seus serviços para a redução de perdas e outras estratégias de uso racional, com a adoção de medidas de contingência para evitar o desperdício pelos usuários, pela revisão das outorgas concedidas na Bacia do Alto Tietê, bem como com outros sistemas auxiliares de abastecimento disponíveis na RMSP, dentre eles, as represas Billings e Guarapiranga, além dos demais, que, como visto, se encontram com níveis bem mais favoráveis do que o Sistema Cantareira.

AS BACIAS PCJ NÃO DISPÕE DE MANANCIAS DE GRANDE PORTE DISPONÍVEIS PARA SEU ABASTECIMENTO, de forma que, não pode assistir passivamente ao esgotamento dos reservatórios. E as Barragens de Duas Pontes e Pedreira anunciadas pelo Governo Estadual, se concretizadas, somente entrarão em operação em 2018.

Tal situação, levada às últimas consequências, portanto, além de **INACEITÁVEL**, seria **IRRESPONSÁVEL**, pois, neste caso, a Bacia do Piracicaba, que é a bacia hidrográfica natural dos rios que alimentam o Sistema Cantareira e que, há mais de 40 anos tem suas águas transpostas pela SABESP para abastecimento da RMSP, **SIMPLESMENTE ENTRARIA EM COLAPSO HÍDRICO**, ensejando tragédias ambientais, grande sacrifícios humanos, risco à saúde pública e impactos na indústria, agricultura e economia em geral e para os demais usos.

Assim, embasados pelos fundamentos que norteiam o sistema de gerenciamento dos recursos hídricos e, diante dos impactos que poderão advir com a exploração do **2º Volume Morto (VOLUME MORTO II)**, **QUE ESTÁ PRESTES A SER APROVADO**, conforme **NOTA DE ESCLARECIMENTO DIVULGADA PELA ANA EM 30/09/14 (DOC. 11)**, o que poderá trazer sérias implicações ao abastecimento público, especialmente se houver continuidade das baixas afluições.

Inviável o adiamento da decisão judicial, o Sistema Equivalente se encontra com apenas **6,55%**¹⁰⁴, já considerando o **Volume Morto I** que está sendo utilizado nas Represas Jacareí/Jaguari e Atibainha e que correspondeu a **um volume adicional ao anteriormente outorgado de 182.47 milhões de m3 da disponibilidade do Sistema Cantareira.**

Enquanto não for imposto um **LIMITE FINAL MÁXIMO** de utilização das águas disponíveis no Sistema Cantareira, evidentemente continuará a SABESP contando com a possibilidade de avanço da captação por bombeamento **ATÉ O POSSÍVEL ESGOTAMENTO DOS RESERVATÓRIOS.**

Assim, desde logo, **há que ser concedida a medida pleiteada, nos termos abaixo mencionados, para impor restrições e limites ao direito de uso pela SABESP deste manancial, concedida por meio da Portaria 1213/04.**

Mesmo diante das **incertezas em relação à possibilidade ou não de chuvas, as previsões dos órgãos competentes alertam para uma lenta variação sazonal, indicando, com isso, a probabilidade de manutenção de poucas chuvas, abaixo das mínimas históricas.**

Diante disso, importa invocar o princípio da precaução, como balizador das decisões a serem adotadas. **Este momento crítico se revela avesso a comportamentos improvisados ou voltados a insensatez do imediatismo.**

Note-se que o princípio da precaução decorre diretamente da Carta Magna (art. 225), haja vista a inserção de vários mecanismos preventivos do dano ambiental.¹⁰⁵

Sabe-se que a reparação de um dano ao meio ambiente é extremamente difícil, quando não impossível, e por isto todos os esforços devem ser envidados para evitar que ele aconteça.

Por tais razões, um dos pilares do Direito Ambiental é o **princípio da precaução**, que visa evitar a ocorrência de prejuízo ao meio ambiente.

¹⁰⁴ <http://www2.sabesp.com.br/mananciais/BalancoHEq.aspx>

¹⁰⁵ Neste sentido: "a) o dever de exigência do estudo prévio de impacto ambiental pelos órgãos públicos ambientais; b) a previsão de participação popular em audiência públicas, permitindo a discussão prévia à aprovação de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente; c) o dever estatal de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; d) o dever estatal relativo à preservação – que só se alcança com a prevenção – dos processos ecológicos essenciais; e) a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético, bem como a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético". Cf. GOMES, Luis Roberto. O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa – O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 188-189.

O princípio nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), dispõe:

“Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.”

O princípio da precaução foi definitivamente introduzido no arcabouço legal brasileiro, a partir de 1994, como norma cogente, ao ratificar o Congresso Nacional as duas Convenções internacionais aprovadas na ECO/92: a Convenção sobre a Diversidade Biológica¹⁰⁶ e a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima¹⁰⁷. Deverá, portanto, ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios prescritos no art. 37, *caput*, da CF/88. Não atua com *eficiência* a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, causando prejuízos pelos quais será co-responsável.¹⁰⁸ Contraria a moralidade e a legalidade administrativas o adiamento de tais medidas, que devam ser tomadas de plano.¹⁰⁹

Assim, tratando-se de princípio constitucional, nem mesmo a legislação e muito menos a Administração Pública podem contrariá-lo, de sorte que, se afigura imprescindível a intervenção do Poder Judiciário, sem que isso de forma alguma venha a representar qualquer usurpação das competências administrativas.

Corolário lógico do princípio da precaução é a necessidade da **inversão do ônus da prova na ação civil pública**:

¹⁰⁶ Através do Decreto Legislativo 2, de 03/02/94. A Convenção sobre a Diversidade Biológica, em seu preâmbulo, reza: “... quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”.

¹⁰⁷ Através do Decreto Legislativo 1, de 03/02/94. A Convenção sobre a Mudança do Clima, por sua vez, prevê no art. 3º, 3: “As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menos custo possível”.

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 66.

¹⁰⁹ *Ibid*., p. 65.

“O princípio da precaução, além de acarretar a inversão do ônus da prova nas ações coletivas ambientais, estabelece também uma verdadeira regra de julgamento a ser seguida pelos juízes. (...) E, por fim, a consagração do princípio da precaução estabeleceu verdadeira regra de julgamento na atividade judicial, no sentido da procedência da ação coletiva em defesa do meio ambiente, diante de elementos indiciários quanto à ocorrência efetiva ou potencial de degradações ambientais, amparados cientificamente e demonstrados, que não forem contrariados pelo degradador.”¹¹⁰

Ressalte-se que seria injusto remeter o ônus da prova à sociedade (beneficiária do cumprimento das normas ambientais). Esta, na maioria das vezes, não tem os dados técnicos necessários para demonstrar os danos à sociedade, o que não é o caso do poluidor, que detém todas as informações necessárias sobre os fatos, até porque foi ele quem os realizou.

Não bastasse a possibilidade de inversão do ônus da prova com base nos princípios da precaução/prevenção, também é possível e necessária tal medida através da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90), o qual também traz normas processuais de interesse coletivo, sendo aplicável às ações civis públicas por expressa disposição do artigo 21 da Lei 7.347/95.

Destarte, fica **evidente a necessidade de inversão do ônus da prova na demanda que ora se propõe, quer para apreciação dos pedidos de antecipação da tutela, quer para os pedidos definitivos**, cabendo aos réus a confecção de provas que refutem os elevados riscos narrados na presente ação, que podem comprometer seriamente o futuro das duas regiões envolvidas (RMSP e PCJ), altamente dependentes do Sistema Cantareira.

É importante deixar claro que, **não se pretende com a intervenção do Poder Judiciário, releva frisar, que seja realizada a “GESTÃO DIRETA DO SISTEMA CANTAREIRA”**. O intuito é o de impor aos RÉUS (órgãos gestores) pelo menos, **sejam observadas e cumpridas as premissas técnicas**, reconhecidas e determinadas pelos próprios órgãos gestores, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias, bem como a execução do planejamento necessário, de forma a coibir o agravamento crescente dos impactos atuais e futuros ao abastecimento público, à saúde pública e ao meio ambiente respeitando-se sempre as regras basilares de transparência, eficiência e participação.

110 Mirra, Álvaro Luiz Valery, *op. Cit.*, p. 101 e 102..

Caberá aos órgãos gestores, neste diapasão ou mesmo com a extinção do GTAG, estipular a alocação de vazões, em curtos períodos de tempo, tendo em conta o volume disponível, o volume estratégico a ser alcançada até o final do período de planejamento de curto prazo, as vazões de afluência e, como é óbvio, a necessidade de recuperação dos reservatórios do Sistema Equivalente.

Os órgãos gestores (ANA/DAEE) vale notar, já estabeleceram inclusive **PRAZOS** para a implantação de ações efetivas pela SABESP para enfrentamento da crise, exigindo a **apresentação de plano operacional, fixando, ainda, novos horizontes de planejamento (abril/maio de 2015 e outubro de 2015)**.

Tal planejamento há anos já vem sendo cobrado da Concessionária em questão, para o adequado atendimento dos múltiplos usos da Região Metropolitana de São Paulo, não havendo qualquer surpresa em limitar que medidas efetivas sejam adotadas para que não ocorra o esgotamento dos reservatórios e o desabastecimento geral das populações envolvidas, o que fatalmente ocorrerá se forem mantidos os atuais patamares de retirada, enquanto persistirem as condições climáticas adversas (baixos índices pluviométricos e escassez hídrica), acarretando incomensuráveis prejuízos a todos os dependentes do Sistema Cantareira.

O provimento jurisdicional de urgência se faz premente, ademais, para que sejam prevenidos os irreversíveis e graves danos ambientais, de maneira a se efetivar uma gestão integrada entre recursos hídricos e meio ambiente, nos moldes preconizados na Lei 9.433/97 (em especial no art. 31), na Lei 6938/81 e no artigo 3º, incisos I e VII, da Lei Estadual 7.663/91.

A partir do momento em que determinada atividade passe a colocar em risco a integridade do patrimônio ambiental, cabe ao **Direito** utilizar-se de seus **mecanismos** para **cessar a ameaça ou paralisar os efeitos nocivos**. Ora, se a situação fática está a exigir urgência na prestação jurisdicional, sob pena de tornar abalada a cabal tutela ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há que se conceder a medida cautelar.

Como existem diversas variáveis (estado do sistema, vazões de afluência, horizontes de planejamento, demanda e outras) a serem consideradas na gestão do Sistema Cantareira, há que se estabelecer algumas **PREMISSAS** a serem cumpridas pelos réus, para balizar suas decisões bem como mecanismos de ajustes, em curtos lapsos temporais. Vale consignar que, **as premissas que se pretende que sejam adotadas são justamente aquelas definidas pelos próprios órgãos gestores**, as quais, inadvertidamente, têm sido descumpridas, como demonstrado no decorrer desta ação.

O provimento jurisdicional emergencial ora pleiteado compõe parcela do próprio pedido inicial, de forma que o seu deferimento consubstancia-se em adiantamento provisório daquele pedido, configurando-se, assim, anteci-

pação de parte do mérito da demanda, ou seja, tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

O artigo 12, caput e § 2º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) também confere fundamento à medida pretendida, bem como as disposições contidas no artigo 461 do Código de Processo Civil, em especial o parágrafo 3º, que autoriza ao juiz, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final a conceder liminarmente a tutela, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Assim, presentes os requisitos autorizadores, **liminarmente**, requer-se a concessão de **antecipação da tutela**, independentemente de justificação prévia e de oitiva da parte contrária, a fim de que sejam determinadas por Vossa Excelência as seguintes medidas:

1. ANA e ao DAEE, na qualidade de órgãos outorgante:

A - EM RELAÇÃO À GESTÃO DO SISTEMA CANTAREIRA:

A.1. A revisão **imediata** das vazões de retirada da SABESP, a fim de que seja cumprido o horizonte de planejamento da utilização do estoque de água disponível no Sistema Cantareira, estabelecido em **30 DE NOVEMBRO DE 2014** pelos órgãos gestores e SABESP, de forma a assegurar que o **VOLUME MORTO I** não seja consumido integralmente antes dessa data;

A.2. Que sejam definidas, ainda, novas vazões de retirada para a SABESP, a fim de que o Sistema Cantareira, até **30 de abril de 2015 (início da estiagem de 2015)**, atinja, no mínimo, **O MESMO VOLUME ÚTIL DO SISTEMA EQUIVALENTE DE 30 DE ABRIL DE 2014 (10% do Volume Útil Original do Sistema Equivalente¹¹¹, ou seja, 97,39hm³)**. Tal providência se afigura possível e necessária, uma vez que, nesses patamares, já foram enfrentadas sérias dificuldades de abastecimento no ano de 2014, supondo que este deve ser, no mínimo, o patamar a ser alcançado em 2015, sem prejuízo de ser buscada, concomitantemente, a recuperação dos reservatórios.

A.3. Que sejam adotadas as medidas necessárias para assegurar, **no menor tempo possível**, não ultrapassando o prazo máximo de **05 (cinco) anos**, **A RECUPERAÇÃO DO SISTEMA CANTAREIRA, EM SEU VOLUME ÚTIL INTEGRAL**,¹¹² a fim de alcançar o restabelecimento da re-

¹¹¹ Sem cômputo do volume morto (ou reserva técnica), considerando apenas o volume útil operacional;

¹¹² Disponível em: HYPERLINK "http://www.agua.org.br/noticias/668/sistema-cantareira-suporta-mais-100-dias-de-estiagem-a-persistir-os-atuais-niveis-de-chuva.aspx" <http://www.agua.org.br/noticias/668/sistema-cantareira-suporta-mais-100-dias-de-estia>

gularidade do abastecimento, em níveis aceitáveis de segurança, **que não devem ser inferiores a 95% de garantia de abastecimento público**. Para tanto, deverão ser estabelecidas **metas de recuperação** do sistema a serem atingidas visando à recuperação da capacidade de reservação do sistema, considerando os níveis a serem alcançados até ABRIL (início do período de estiagem), e OUTUBRO (início do período das chuvas) de cada ano, até a integral recuperação, naquele prazo máximo estabelecido (5 anos);

A.4. Que, em função das incertezas envolvidas no regime hidrológico futuro e de eventuais imprevistos, seja definido um **VOLUME ESTRATÉGICO A SER PRESERVADO AO FINAL DE CADA PERÍODO DE PLANEJAMENTO**¹¹³;

A.5. Que, independentemente do descumprimento das funções e/ou eventual extinção do GTAG, a fim de garantir a otimização da gestão do Sistema Cantareira e a administração diferenciada de seu armazenamento, enquanto perdurar este período de ocorrências climáticas extraordinárias, que sejam integral e rigorosamente **ASSUMIDAS PELOS ÓRGÃOS GESTORES (ANA E DAEE), as atribuições definidas na Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 120, de 10 de fevereiro de 2014**¹¹⁴;; em especial no tocante à necessidade de definição **SEMANAL, DAS VAZÕES MÉDIAS A SEREM PRATICADAS NOS PRÓXIMOS SETE DIAS** nas liberações para jusante dos aproveitamentos Jaguari-Jacareí, Cachoeira, Atibainha e Paiva Castro, nas transferências pelo Túnel 5 e na Estação Elevatória de Santa Inês (EESI), bem como definindo medidas de restrição ou suspensão de usos da água aos usuários¹¹⁵;

A.6. Que, na definição das vazões a serem praticadas, sejam **OBRI-GATORIAMENTE** considerados pelos órgãos outorgantes, além do estado de armazenamento dos reservatórios, as **VAZÕES AFLUENTES REAIS**, considerando, ainda, nas decisões no tocante à alocação de vazões e às

¹¹³

¹¹⁴ Conforme Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 120, de 10 de Fevereiro de 2014

¹¹⁵

¹¹⁶ Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias:

I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;

II - ausência de uso por três anos consecutivos;

III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;

IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;

V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;

VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.

medidas de restrições, os **CENÁRIOS MAIS CONSERVADORES** (previsões de menores vazões de aflúncias);

A.7. Que sejam devidamente **MOTIVADAS** as decisões por parte dos órgãos gestores relativas às **vazões de retirada**, demonstrando **claramente**: as **PREMISSAS ADOTADAS** nas simulações; que as **VAZÕES AUTORIZADAS SÃO APTAS A VIABILIZAR O ATENDIMENTO DOS HORIZONTES DE PLANEJAMENTO** (30 de novembro de 2014, 30 de abril de 2015 e 01 de outubro de 2015 e assim, sucessivamente), **AS METAS PARA A RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE DE RESERVAÇÃO DO SISTEMA CANTAREIRA, a NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DE UM VOLUME ESTRATÉGICO** ao final do período de planejamento e o **ACOLHIMENTO E/OU REJEIÇÃO DOS PEDIDOS FORMULADOS PELOS COMITÊS DAS BACIAS PCJ (CTMH), NA CONDIÇÃO DE BACIA DOADORA, NO EXERCÍCIO DA GESTÃO COMPARTILHADA.**

A.8. Que seja **OBSTADA OU CESSADA (SE JÁ INICIADA)** a captação das águas existentes no “**Volume Morto II**” dos reservatórios do Jaguari/Jacareí e Atibainha, **abaixo da cota 815m (reservatório Jaguari/Jacareí) e da cota 777m no Reservatório do Atibainha,** visando evitar a continuidade do uso indiscriminado de tal reserva técnica e o agravamento da situação, principalmente levando-se em conta que já foi autorizada a utilização do Volume Morto I naquelas cotas mencionadas, sem que providências compatíveis com a gravidade da situação tenham sido adotadas pela SABESP;

A.9. Se, apenas por hipótese remota, for **IMPRESCINDÍVEL**, para não acarretar COLAPSO no abastecimento, a **utilização do VOLUME II, que sejam liberadas apenas parcelas dessa reserva estratégica**, com o máximo de cautela, **na medida da estrita necessidade a ser comprovada, respeitando-se os limites de planejamento e as metas mencionadas nos itens a.2. e a.3, providenciando-se os necessários ajustes semanais das vazões de retirada e das medidas de restrição.**

A.10. Que, os órgãos outorgantes, se abstenham de autorizar, de qualquer forma, captações de novas parcelas do Volume Morto para atender a RMSB que **AFETEM OU COMPROMETAM o descarregamento por gravidade de volumes d’água para a Bacia do Piracicaba** por meio das estruturas hidráulicas existentes nos reservatórios do Sistema Cantareira, a saber: **a estrutura do Reservatório Jaguari faz a tomada d’água para a manutenção de vazão a jusante entre as cotas 810,33m a 806,33m; A estrutura do Reservatório Jacareí faz a tomada d’água para a manutenção de vazão a jusante entre as cotas 810,33m e 806,33m; Reservatório Atibainha: entre as cotas 775,37m a 774,27m.** Vale lembrar que, conforme esclarecido no item IV, **as novas cotas pleiteadas pela SABESP para a captação da 2ª parcela do volume morto (VOLUME MORTO 2) - Jaguari-Jacareí: 815,00**

e 807.00; Atibainha: cotas 777.00 e 775.00 -, estão abaixo das cotas de tomada d'água das estruturas hidráulicas que garantem o abastecimento das Bacias PCJ.

A.11. Que a metodologia da **Curva de Aversão a Risco** do Sistema Cantareira, definida na Portaria DAEE nº 1213/04, seja empregada após o reestabelecimento de, pelo menos, 30% do volume útil original do reservatório;

A.12. Enquanto perdurar a situação emergencial ora retratada, **INFORMAR, DIVULGAR e DISPONIBILIZAR, de forma constante, ampla e integral** aos demais órgãos de gerenciamento de recursos hídricos, aos municípios da região, aos serviços de água e à população em geral sobre a situação da estiagem e os seus reflexos para o Sistema Cantareira, sobretudo no tocante aos eventuais riscos de desabastecimento, indicando e/ou determinando as medidas necessárias visando ao adequado gerenciamento dos recursos hídricos.

A.13. Que seja providenciada a **imediate exclusão da SABESP** da função de ASSESSORAMENTO no **GTAG-CANTAREIRA**, diante do evidente conflito de interesses e, caso ocorra a extinção deste grupo, **que seja vetada qualquer participação direta da SABESP nas decisões a respeito da gestão do Sistema Cantareira e das medidas de restrição**, que devem ficar adstritas aos órgãos gestores, ANA e DAEE, com a participação dos Comitês de Bacias envolvidos (PCJ e Alto Tietê).

A.14. Que se **abstenham de adotar quaisquer decisões ou medidas que restrinjam a atuação dos Comitês da Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí**, assegurando o exercício da gestão descentralizada, integrada e participativa, em especial pela Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico – CTMH.

A.15. Que, desde logo, seja reconhecida a **nulidade do PARAGRÁFO ÚNICO, DO ARTIGO 2º, da Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 910/2014 e da Portaria DAEE 1396/14**, que cerceou o direito de participação dos Comitês PCJ, por meio da CTMH, no exercício de suas atribuições e no direito conquistado de gestão compartilhada do Sistema Cantareira, na forma delineada na Portaria 1213/04;

B - EM RELAÇÃO À VAZÃO DEFLUENTE PARA A BACIA DO PIRACICABA:

B.1. Que, no exercício do controle quantitativo e qualitativo da outorga concedida por meio da Portaria 1213/04 (arts. 11 e 12 da Lei 9433/91), sejam realizados os ajustes necessários, de forma que seja **preservada a vazão necessária à jusante do Sistema Cantareira descarregada para a Bacias do Piracicaba**, com fundamento do **artigo 15 da Lei nº 9.433/97** e

do artigo 3º da Resolução ANA nº 833, de 05 de dezembro de 2011, a fim de não comprometer o regime, a quantidade ou a qualidade da água desta bacia doadora.

B.2. Para o cumprimento do postulado no item b.1, deverão os órgão outorgantes, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, inclusive pessoal dos agentes públicos, dentre outras exigências legais, **manter a vazão defluente necessária à Bacia do Piracicaba**, devendo para tanto:

B.2.1. Respeitar, no mínimo, a vazão máxima outorgável correspondente à **50% da $Q_{7,10}$** , (vazão de referência das Bacias PCJ), mantendo-se, a vazão defluente do Sistema Cantareira para as Bacias PCJ em **3.75 m³/s** (cf. art. 6º, II da Resolução ANA nº 429/2004 – ITEM II-5 da inicial);

B.2.2. Atender aos usos prioritários de interesse coletivo para os quais não se disponha de fontes alternativas¹¹⁶ (art. 15, V, da Lei 9433/91), valendo lembrar que as Bacias PCJ não contam com sistemas de abastecimento alternativos aos existentes;

B.2.3. Que seja suficiente para prevenir ou reverter grave degradação ambiental (art. 15, VI, da Lei 9433/91), evitando-se novos danos aos ecossistemas e a vida aquática, decorrentes da redução das vazões para as Bacias PCJ e o colapso no ecossistema como um todo, com diversos impactos sobre a biota envolvida, nela inserido o homem (artigo 3º, inciso I e VII, da Lei 7663/91 e artigo 31 da Lei 9.433/97), **assegurando, ainda, a qualidade da água e a manutenção da saúde pública;**

B.2.4. Atender a necessidade premente de água de forma a prevenir situações de calamidade nas Bacias PCJ, decorrentes das condições climáticas adversas que têm sido verificadas (art. 15, III, da Lei 9433/91);

2. À SABESP:

Requer-se que sejam determinadas as seguintes providências, em caráter de antecipação de tutela:

2.1. Para a garantia da fiscalização e do monitoramento das vazões de retirada pela SABESP, nas condições determinadas pela ANA/DAEE, que seja, **de imediato**, disponibilizado o **acesso público, contínuo e integral de toda a série histórica relativa às seguintes informações** - a saber, a.1) das estações de monitoramento dos níveis de água dos reservatórios, a.2) das vazões de transferência através das estruturas hidráulicas; a.3) das estações fluviométricas de responsabilidade da SABESP a montante dos reservatórios, bem como a.4) todas as estações de medição fluviométricas e pluviométricas da SABESP que estejam na área de contribuição das Bacias PCJ - por meio da interligação desses dados na Sala de Situação do PCJ.

2.2. Que se abstenha de **restringir, dificultar ou impedir** as eventuais vistorias ou inspeções que se fizerem necessárias, sem prévio aviso, pelos órgãos outorgantes, inclusive representantes dos Comitês das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí, no exercício **da gestão compartilhada, descentralizada e participativa;**

2.3. O integral cumprimento das determinações dos órgãos outorgantes.

Em relação a todos os réus, para a eventualidade de **não cumprimento das OBRIGAÇÕES DE FAZER** postuladas, requer-se, nos termos do artigo 273, parágrafo 3º e do artigo 461, parágrafo 4º, ambos do Código de Processo Civil, que seja fixada **multa diária, para cada uma delas, separada e cumulativamente**, no valor equivalente a **5.000 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESP)** por ato de descumprimento, que deverão ser devidamente atualizadas, com correção monetária e juros legais, até o efetivo pagamento sem prejuízo da adoção das medidas judiciais cabíveis relativas à **responsabilidade civil, administrativa e penal.**

Para a hipótese de **descumprimento da OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER** contida, requer-se que seja fixada multa no mesmo valor de 10.000 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESP) por ato, nos mesmos termos acima mencionados.

A multa diária cominatória estabelecida incidirá da data da vulneração e enquanto perdurar a ilegalidade, sem desonerar o cumprimento da obrigação principal, incluindo execução específica, na forma estatuída no artigo 461 c.c. artigo 475-I do Código de Processo Civil.

Para a comprovação do cumprimento das obrigações determinadas, deverão os réus apresentar nos autos **relatórios mensais, indicando as providências adotadas, até que tal medida, se o caso, seja dispensada por este D. Juízo.**

IX- PEDIDOS FINAIS:

Diante de todo o exposto, propõem o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** a presente **ação civil pública**, com fulcro na Lei nº 7.347/85, para que sejam **citados os réus** (com a faculdade do art. 172, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil) para, querendo, contestarem o pedido, **sob pena de revelia e confissão**, seguindo o processo o **rito ordinário**, com a integral **PROCEDÊNCIA** da pretensão inicial, condenando-se os réus:

A) A cumprir, **em caráter de definitividade**, as obrigações contidas nos pedidos liminares e que ficam aqui definidas como objeto principal da ação, inclusive no tocante às penalidades;

B) Ao pagamento das custas e demais despesas processuais, inclusive daquelas que tiverem, **porventura, que ser antecipadas.**

Requer-se finalmente, a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, à vista do disposto no artigo 18 da Lei 7.347/85 e artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor e que as intimações quanto aos atos e termos processuais sejam procedidas na forma do artigo 236, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil.

Todas as multas porventura incidentes deverão ser destinadas a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados - FID, de que tratam a Lei Federal nº 7.347/85 e a Lei Estadual nº 13.555 de 09/06/2009, a qual altera a Lei Estadual nº 6.536/89, a serem depositados no Banco do Brasil, Agência. 1897-X, Conta Corrente: 13.9656-0 ou, **preferencialmente**, revertidas ao custeio ou execução de projetos ambientais a serem desenvolvidos na área das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, em consonância com o Plano de Bacias de seus Comitês.

Por fim, protesta-se pela produção de todos os meios de prova legalmente admitidos, notadamente pericial (com perícia multidisciplinar a ser realizada por profissionais habilitados nas áreas de hidrologia, engenharia ambiental, biologia, química, engenharia, geologia e outras necessárias, tendo em vista a complexidade do caso, nos termos do artigo 431-B, do Código de Processo Civil), documental e testemunhal, pugnando-se pelo depoimento pessoal dos representantes legais dos réus.

Desde já, indica-se o Assistente Técnico de Promotoria (ATP) do Ministério Público do Estado de São Paulo, **MICHEL METRAN DA SILVA**, para acompanhamento dos trabalhos periciais a serem porventura realizados no decorrer da ação, sem prejuízo de outros profissionais a serem indicados pelo MPE ou MPF, em caso de necessidade.

Atribui-se, para todos os fins, o valor de **R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).**

Termos em que,
P. Deferimento.

Piracicaba, 30 de setembro de 2014

ALEXANDRA FACCIOLLI MARTINS
Promotora de Justiça - GAEMA-PCJ Piracicaba

GERALDO NAVARRO CABAÑAS
Promotor de Justiça - GAEMA-PCJ Campinas

IVAN CARNEIRO CASTANHEIRO
Promotor de Justiça - GAEMA-PCJ Piracicaba

LEANDRO ZEDES LARES FERNANDES
Procurador da República de Piracicaba

RODRIGO SANCHES GARCIA
Promotor de Justiça - GAEMA-PCJ Campinas

X - RELAÇÃO DE DOCUMENTOS ANEXOS:

DOC. 01 - Cópia integral do IC 06/13

DOC. 02 – Pareceres do Assistente Técnico do Ministério Público:

- 2.a) Análise crítica dos cenários de escassez hídrica
- 2.b) Sistema Cantareira: Rumo a Uma gestão Compartilhada

DOC. 03 - RELATÓRIO TÉCNICO ELABORADO PELO LADSEA-UNICAMP, POR FORÇA DE CONVÊNIO COM O CONSÓRCIO PCJ, visando apoio ao Programa de Monitoramento das águas com foco em estudos hidrológicos e melhorias na operação de reservatórios, com destaque ao Sistema Cantareira, para estudar regras operativas e as bases para a renovação da outorga da transposição para a Bacia do Alto Tietê;

DOC. 04 – Apresentações:

- 04.A) CPTEC-INPE - Eventos Climáticos Extremos: ARIANE FRASSONI DOS SANTOS
- 04.B) UNICAMP/CONSÓRCIO PCJ – Seminário Gerenciamento da Escassez de Água na Indústria – CIESP-CAMPINAS – 17 de julho de 2014.

DOC. 05 - Portarias DAEE:

- 5.a) Portaria DAEE nº 1213/04
- 5.b) Portaria DAEE nº 1396/14

DOC. 06 - Ofícios DAEE:

- 6.a) Ofício/SUP/1615/2013
- 6.b) Ofício/SUP/0231/2014
- 6.c) Ofício/SUP/062-6/2014
- 6.d) Ofício/DPO/4046/2014
- 7.e) Ofício/SUP/1124/2014

DOC. 7: RECOMENDAÇÕES DO MP

- 7.a) Ofício 73/14: Suspensão do Banco de águas
- 7.b) Ofício 160/14-act: reiteração de recomendação ofício 73/14

7.c) Ofício 159/14-act: reiteração de recomendação ofícios 73/14 e 137/14-act

DOC. 08 - Ofícios ARES e ARSESP (Agências Reguladoras)

- 8.a) Ofício DE-060/2014 – ARES
- 8.b) Ofício DE-284/2014 - ARES
- 8.c) E-mail de complementação ao Ofício DE-284/14 – ARES
- 8.d) Ofício OF/P/0023/2014 - ARSESP

DOC. 09 - Notas Técnicas Conjuntas ANA/DAEE

- 9.a) “Subsídios para Análise do Pedido de Outorga do Sistema Cantareira e para a Definição das Condições de Operação dos seus Reservatórios” - de julho de 2004:
- 9.b) Nota Técnica Conjunta datada de 07 de fevereiro de 2014,

DOC. 10 - Nota Técnica DAEE/DPO – Sistema Cantareira

DOC. 11 – Agência Nacional de Água

- 11.a) Nota de esclarecimento da ANA, divulgada em 30 de setembro de 2014
- 11.b) Ofício PGE 158/2014 - ANA

DOC. 12 - Resoluções ANA:

- 12.a) Resolução ANA nº 429/04
- 12.b) Resolução ANA nº 833/11
- 12.c) Resolução ANA nº 436/13

DOC. 13 - Resoluções Conjuntas ANA/DAEE: DOC. 11

- 13.a) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 428/04
- 13.b) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 429/04
- 13.c) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 614/10
- 13.d) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 120/14
- 13.e) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 335/14
- 13.f) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 336/14

- 13.g) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 699/14
- 13.h) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 910/14
- 13.i) Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 1052/14

DOC. 14 - Boletim Mensal ANA de Agosto de 2014

DOC. 15 - Boletim Diário GTAG de 30/09/14

DOC. 16 - Comunicados Conjuntos ANA/DAEE: DOC. 15

- 16.a) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 230/14
- 16.b) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 231/14
- 16.c) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 232/14
- 16.d) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 233/14
- 16.e) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 234/14
- 16.f) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 235/14
- 16.g) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 236/14
- 16.h) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 237/14
- 16.i) Comunicado Conjunto ANA/DAEE nº 238/14

DOC. 17 - Comunicados GTAG:

- 17.a) Comunicado GTAG-Cantareira nº 01, de 18 de fevereiro de 2014
- 17.b) Comunicado GTAG-Cantareira nº 02, de 27 de fevereiro de 2014
- 17.c) Comunicado GTAG-Cantareira nº 03, de 14 de março de 2014
- 17.d) Comunicado GTAG-Cantareira nº 04, de 28 de março de 2014
- 17.e) Comunicado GTAG-Cantareira nº 05, de 11 de abril de 2014
- 17.f) Comunicado GTAG-Cantareira nº 06, de 25 de abril de 2014
- 17.g) Comunicado GTAG-Cantareira nº 07, de 16 de maio de 2014
- 17.h) Comunicado GTAG-Cantareira nº 08, de 29 de maio de 2014
- 17.i) Comunicado GTAG-Cantareira nº 09, de 13 de junho de 2014
- 17.j) Comunicado GTAG-Cantareira nº 10, de 30 de junho de 2014

DOC. 18. COMITÊS PCJ

- 18.a) Ata da 136ª Reunião Ordinária da Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico e do GT- Cantareira ocorrida em 29 de agosto de 2014;

18.b) Apresentação na 137ª Reunião Ordinária da Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico e do GT- Cantareira ocorrida em 30 de setembro de 2014, acompanhada de cópia das ocorrências encaminhadas à Coordenação relativas ao mês de setembro de 2014.

DOC. 19 – Informações CETESB sobre qualidade da água (impactos ambientais)

DOC. 20 - CT-Indústria:

DOC. 21 – SABESP:

21.a) Relatório Anual 20-F 2013 da SABESP

21.b) Relatório de Gestão – MAGG-005/14 – SABESP

21.c) Abastecimento de Água na RMS

DOC. 22: Termos de declarações:

22.a) Professora Doutora DEJANIRA DE FRANCESCHI DE ANGELIS e Professora Doutora, MARIA APARECIDA MARIN MORALES,, Professoras Adjunta e Livres Docentes pela UNESP-Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Instituto de Biociências de Rio Claro – IB).

22.b) Professora Doutora SILVIA REGINA GOBBO, doutora em CIÊNCIAS BIOLÓGICAS (ZOOLOGIA) - Museu Nacional UFRJ (2006), docente na UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA.

DOC. 23: Mídia digital contendo todos os documentos relacionados e, ainda, arquivo dos projetos do Sistema Cantareira (DATA OPER)

Saúde Fantasma

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PITANGUEIRAS/SP.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo Promotor de Justiça subscritor, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos artigos 5º, inciso XLIX, 129, incisos II e III, e art. 37, §5º, todos da Constituição Federal, bem como no artigo 10, incisos V e X, da Lei nº 8.429/92, propor a presente,

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

em face de:

1. PETRONÍLIO JOSÉ VILELA, brasileiro, casado, filho de José Mesias Vilela e de Martha Calheiros Vilela, portador do RG nº 11.742.775 SSP-SP, Ex-Prefeito do Município de Taquaral, residente e domiciliado na cidade de Taquaral, na Rua São Miguel nº 383, Centro, nesta comarca de Pitangueiras;

2. CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, brasileiro, solteiro, filho de Divaldo Luiz dos Santos e Maria de Lourdes Oliveira dos Santos, portador do RG nº 41.914.036-0 SSP-SP, farmacêutico, residente e domiciliado na cidade de Taquaral, na Rua Cafezal nº 27, Centro, nesta Comarca de Pitangueiras;

3. DIVALDO LUIZ DOS SANTOS, brasileiro, casado, filho de Victor dos Santos e Nair Ribeiro dos Santos, portador do RG nº 17.017.985-0 SSP-SP e do CPF nº 792.321.408-53, comerciante, residente e domiciliado na cidade de Taquaral, na Rua Cafezal nº 27, Centro, nesta comarca de Pitangueiras;

4. TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN, brasileira, casada, portadora do RG nº 20.093.878-SP e do CPF nº 827.893.558-00, re-

sidente e domiciliada na cidade de Marília/SP, na Rua Paulo Centroni nº 385, Jardim América, CEP 17505-324;

5. ALINE CRISTINA DOS SANTOS, brasileira, casada, filha de Divaldo Luiz dos Santos e Maria de Lourdes Oliveira dos Santos, portadora do RG nº 35.181.381-0 SSP-SP, microempresária, residente e domiciliada na cidade de Taquaral, na Rua Cafezal nº 27, Centro, nesta de comarca Pitangueiras, tudo pelos motivos de fato e de direito doravante minudenciados.

1. DO INTRÓITO

Foi instaurado no âmbito desta Promotoria de Justiça o Inquérito Civil nº. 14.0387.0000940/2012-2, após o recebimento de representação formulada por JESUS VICENTE DA SILVA, o qual narrou irregularidades na aquisição medicamentos, entre os anos de 2008 a 2012, em função de suposta fraude e favorecimento de pessoas ligadas ao círculo pessoal do então Prefeito **PETRONILIO JOSÉ VILELA** (fls. 05/73).

Aludidas ilegalidades, **de natureza grave**, foram devidamente comprovadas por intermédio de inúmeras diligências encetadas na fase inquisitiva no bojo do aludido inquérito, que constataram que **as empresas, as quais supostamente forneceram medicamentos à Prefeitura, estavam todas ligadas a CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, então Chefe de Gabinete do então Prefeito PETROLÍNIO JOSÉ VILELA.**

Noutra perspectiva, se apurou que algumas das empresas sequer existiram fisicamente, assim como sequer apresentaram comprovação contábil de entrada e saída das mercadorias supostamente vendidas para a Prefeitura Municipal de Taquaral, fatos a demonstrar um inequívoco esquema instituído para o desvio de recursos públicos municipais.

Nesta senda, a presente demanda tem por escopo o reconhecimento da **nulidade das referidas contratações celebradas pela Prefeitura de Taquaral**, com a consequente **restituição de todos os recursos públicos desviados** em virtude da suposta compra de medicamentos.

Pretende-se, ainda, que se reconheça a prática dos atos de improbidade administrativa capitulados no art. 10, incisos I, VIII, XI e XII e art.11, *caput*, todos da Lei nº 8.429/92, com a consequente aplicação das sanções previstas no art. 12, incisos II, do mesmo diploma normativo, aos agentes arrolados como requeridos.

Requer-se, subsidiariamente, acaso não reconhecida a prática de atos ímprobos que causem lesão ao erário, a aplicação das sanções pertinentes

à violação dos princípios regentes da atividade administrativa havida (art. 12, inc. III, da LIA).

2. DO INQUÉRITO CIVIL Nº nº. 14.0387.0000940/2012-2

No bojo do inquérito civil instaurado para a apuração dos fatos, como dito, foram descortinadas as inúmeras fraudes que geraram vultoso prejuízo material para o Município de Taquaral.

De fato, conforme se infere dos documentos encartados aos autos, foi levado a cabo pelo requerido **PETRONÍLIO JOSÉ VILELA, entre os anos de 2009 a 2012, a irregular e, por vezes simulada, contratação das empresas D.L. SANTOS & OLIVEIRA LTDA.-ME, TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL – ME e A.C. DOS SANTOS – ME.**

Segundo apurou-se, o demandado **CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, farmacêutico responsável por todas as empresas epigrafadas¹**, foi também durante o período aventado - **mandato 2009-2012, Chefe de Gabinete na Prefeitura Municipal de Taquaral**, cargo em comissão exercido por ser pessoa da confiança do gestor público (fls. 192), o que atesta a amizade havida entre eles e o favorecimento nas contratações das empresas a ele ligadas.

De outra banda, **todas as empresas acima mencionadas pertenciam nominalmente a pessoas da família de CRISTIANO LUIS DOS SANTOS**, de modo que, razoável concluir, foram artificialmente criadas para a facilitação de fraudes perpetradas em prejuízo do erário.

Nessa linha, foi apurado que o estabelecimento empresarial D.L. SANTOS & OLIVEIRA LTDA.-ME pertencia nominalmente ao pai de **CRISTIANO**, o requerido **DIVALDO LUIS DOS SANTOS**.

De outra parte, a empresa TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL – ME, pertencia nominalmente à tia de **CRISTIANO**, a requerida **TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN**, que **textualmente informou que funcionava apenas como “Laranja” na aludida empresa.**

Por derradeiro, a empresa A.C. DOS SANTOS – ME, se encontra registrada nominalmente em nome da irmã de **CRISTIANO**, a requerida **ALINE CRISTINA DOS SANTOS**, empresa essa, nada obstante, representada pelo próprio demandado **CRISTIANO**.

Não fosse isso suficiente, apurou-se que **duas das empresas estão situadas no mesmo imóvel**, conforme relatório da polícia civil de fls. 86/91, ao passo que **outra está situada em uma residência em que nunca houve**

1 Cf. informações advindas do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo a fls. 93/96

qualquer empresa instalada, fato a deixar mais do que evidente o espúrio expediente levado a cabo para o desvio de recursos públicos.

Pois bem, segundo os informes policiais, em diligência pelos endereços situados na **Rua Cafezal nº 314 e Rua Santa Luzia nº 04, respectivamente pertencentes às empresas TEREZA AUGUSTA e A.C. DOS SANTOS**, logrou-se apurar que se **trata do mesmo imóvel e estabelecimento: “Drogaria Nossa Senhora Aparecida”**, com acesso tanto pela Rua Cafezal nº 314, como pela Rua Santa Luzia nº 04, como se vê das fotografias abaixo reproduzidas e extraídas do relatório da polícia civil já mencionado.



De outra banda, apurou-se que o imóvel situado à **Rua Santa Luzia nº 08**, no qual supostamente estaria instalada a empresa D.L. SANTOS & OLIVEIRA, **nunca teve ali farmácia instalada e em funcionamento, tratando-se de um imóvel residencial**, vizinho aos estabelecimentos epígrafados, como se vê da imagem abaixo, cuja fotografia foi retirada pela polícia civil.



Dessa feita, descortinou-se, sem sombra de dúvidas, que as contratações das aludidas empresas pela Prefeitura Municipal de Taquaral deu-se com o objetivo de propiciar inescrupuloso e acintoso desvio de significativos recursos públicos pertencentes à Municipalidade de Taquaral.

Ao cabo da investigação, se apurou que o dano ao erário oriundo da aludida parceira ilícita entre todos os requeridos, resultado dos **recursos públicos desviados**, atingiu a expressiva monta de **R\$ 106.230,30 (cento e seis mil, duzentos e trinta reais, trinta centavos)**, conforme se vê das tabelas abaixo, valores esses que deverão ser efetivamente ressarcidos aos cofres públicos, devidamente corrigidos, sem prejuízo das demais sanções civis cabíveis.

A esse propósito, passemos à análise de cada um dos procedimentos relacionados com as nulas contratações das aludidas empresas e dos artifícios utilizados para o desvio de vultosa monta de recursos públicos.

2.1. D.L. SANTOS & OLIVEIRA LTDA.-ME.

Como acima informado, após a requisição de relatório fotográfico relacionado com o local de instalação e funcionamento da empresa D.L. SAN-

TOS & OLIVEIRA LTDA.-ME, observou-se que ali nunca funcionou estabelecimento comercial (fls. 86 e 89).

Outrossim, apesar das informações colhidas junto ao Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo darem conta de que a telada empresa encerrou suas atividades somente em 24/06/2009 (fls. 93/96), tem-se que ela, na verdade, **encontra-se formalmente inativa desde JULHO de 2007, NÃO ESTANDO AUTORIZADA, DESDE AQUELA DATA, A EMITIR NOTAS FISCAIS**, conforme Relatório da Delegacia Regional Tributária de Ribeirão Preto de fls. 214/215 e 222/230.

 <p>GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO SECRETARIA DA FAZENDA DELEGACIA REGIONAL TRIBUTÁRIA DE RIBEIRÃO PRETO</p> <p>Interessado: PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE PITANGUEIRAS Assunto: GERAL - CORRESPONDÊNCIA Expediente: 12979-66388/2013</p> <p>Fls.: Rubrica: 214</p> <ol style="list-style-type: none">1. Em atendimento ao despacho de fls.09, executamos as verificações fiscais pertinentes nas três empresas selecionadas.2. Com relação ao contribuinte IE 785.057.532.113 - TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN -ME, foi constatado que teve funcionamento regular, porém a partir de 21/09/2007 encerrou as atividades de fato no endereço de sua sede, data esta informada pelo contribuinte na solicitação de baixa (encerramento) da empresa, conforme protocolado no posto fiscal eletrônico - PFE e registrado no cadastro do CADESP.3. As demais informações obtidas no relatório de apuração, termo de diligência fiscal e demais documentos juntados ratificam o efetivo encerramento da empresa nesta data. Foi constatada ainda a emissão de documentos indôneos a partir de 21/09/2007, hipótese prevista no item 3.2 do roteiro 2.10 - apuração de Indoneidade de Documentos Fiscais, implantado pelo Ofício Circular DEAT - Série MTF nº 012009, ter existido o estabelecimento e, após a cessação de atividades, ter emitido de notas fiscais indôneas. As notas fiscais indôneas foram emitidas para a prefeitura de Taquaral.4. Com relação ao contribuinte IE 785.059.960.113 - A C DOS SANTOS -ME, diligenciamos este estabelecimento e constatamos que se encontra em atividade regular. A empresa não apresentou os livros fiscais e documentos fiscais solicitados após a devida notificação fiscal, sendo lavrado AIM 4.023.331-5 pelo não-atendimento (juntado neste). Verificamos que esta empresa emitiu 74 Notas fiscais eletrônicas - NFE, com destino a Prefeitura de Taquaral, no período de 03/10/11 até 10/12/12, no valor total de R\$ 52.122,03 (restituição juntada), sendo este montante de vendas compatível com os DANFES de aquisições de mercadorias destinados ao contribuinte no período.5. Com relação ao contribuinte IE 785.000.275.115 - D L SANTOS & OLIVEIRA LTDA -ME, verificamos que esta empresa não informou nenhuma atividade de compra ou venda de mercadorias a partir de julho/2007 conforme emitido das DIAs e extrato do simples nacional	<p>do período. Também não possui nenhum registro de Autorização para Impressão de Documentos Fiscais - AIDF e não possui ECF cadastrado, portanto não possui impressos autorizados para emissão de documentos fiscais e também não possui emissão de NFE-nota fiscal eletrônica. Em contato com o sócio sr. Diválbio Luiz dos Santos, este informou que a empresa se encontra inativa.</p> <p>6. Conclui-se que somente o contribuinte IE 785.059.960.113 - A C DOS SANTOS -ME possui volume de emendas e saldos compatível com as supostas vendas para a Prefeitura de Taquaral para o período de 03/10/11 até 10/12/12. Foi constatado que contribuinte 785.057.532.113 - TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN -ME, encerrou as atividades de fato no endereço de sua sede desde 21/09/2007, sendo considerados indôneos todos os documentos emitidos pela empresa a partir desta data. Com relação ao contribuinte D L SANTOS & OLIVEIRA LTDA -ME, constatou-se que a empresa está inativa desde julho/2007 e que não possui impressos autorizados para emissão de notas fiscais.</p> <p>7. Encaminhe-se ao DRT/6AF2 para prosseguimento.</p> <p>Ribeirão Preto, 27 de maio de 2013.</p> <p>Marco Paulo Guadelli AFR RG 36.682.398X</p>
---	--

Isto porque, **tal empresa NÃO INFORMOU QUALQUER ATIVIDADE DE COMPRA OU VENDA DE MERCADORIAS A PARTIR DAQUELA DATA**. Vale observar o extrato das GIAs e o extrato do simples nacional referente ao período, como informado pela Secretaria da Fazenda.

Destaque-se que a empresa, ademais, **não possui registro de Autorização para Impressão de Documentos Fiscais – AIDF, assim como ECF cadastrado, deixando de possuir impressos autorizados para a emissão de documentos fiscais ou de notas fiscais eletrônicas**.

É certo, nada obstante, que ainda que tenha sido autorizada a emitir notas fiscais nas datas acima mencionadas, anteriores aos períodos de contratação pela Prefeitura Municipal aqui versados, tal se deu, como é razoável concluir em virtude de manobras artificiais relativas a falsas informações

prestadas acerca da existência da empresa, uma vez que, como se viu, essa nunca efetivamente existiu.

No local apontado como sede da empresa, como se vê do relatório da polícia civil e da pesquisa realizada por esse órgão ministerial, **está situada a residência de REGINALDO POLITO** (fls.86 e 275).

De outra parte, é fato que, apesar da flagrante situação de inatividade e de não dispor de qualquer autorização para emitir documentos fiscais, **a empresa em comento, por intermédio do empresário DIVALDO e de seu filho farmacêutico e chefe de Gabinete CRISTIANO, fora contratada pela Prefeitura Municipal de Taquaral, na gestão do Prefeito PETRONÍLIO, no mês de janeiro de 2009, tendo ela emitido, desde então, os anexos documentos fiscais todos fraudulentos, com o único objetivo de escamotear o desvio de recursos públicos repassados.**

Para dar concretude às supostas compras, foram emitidas por **PETRONÍLIO** notas de empenho, autorizando as compras dos medicamentos fornecidos, em tese, pela farmácia de **DIVALDO, justificadas pelos recibos ideologicamente falsos apresentados por este.**

Assim, considerando tratar-se de empresa inexistente, que não tinha endereço físico, tampouco disponibilidade de estoque para o fornecimento de medicamentos, tudo obviamente não passou de um expediente utilizado para o desvio de verbas públicas.

Nesse contexto, forçoso concluir que as notas fiscais constantes do 2º apenso são ideologicamente falsas, na medida em que expressam a venda de medicamentos por empresa inexistente e que não tinha os produtos supostamente vendidos para fornecimento.

Desta feita, em razão disso, foi causado prejuízo aos cofres públicos no importe de **R\$ 994,07 (novecentos e noventa e quatro reais, sete centavos)** a ser ressarcido pelos requeridos **PETRONÍLIO, DIVALDO e CRISTIANO**, consoante se observa da anexa tabela, além das demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa pertinentes:

NOTA DE EMPENHO	EMIÇÃO	LICITAÇÃO	VALOR	
113 (fls. 03 – 2º apenso)	14/01/2009	DISPENSA	540	
122 (fls. 06 – 2º apenso)	15/01/2009	DISPENSA	454,07	
			994,07	TOTAL

2.2. TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL – ME.

Como outrora noticiado pela Polícia Civil, a empresa TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL – ME., pertencente a tia de **CRISTIA-**

NO, TEREZA AUGUSTO DE OLIVEIRA MARIN, e administrada por seu pai, **DIVALDO**, fora constituída sob o endereço na Rua Cafezal nº 314, exatamente onde se localiza a empresa da irmã de **CRISTIANO, ALINE CRISTINA, A.C. DOS SANTOS** (Rua Santa Luzia nº 04), pois se trata do mesmo imóvel e estabelecimento: “Drogaria Nossa Senhora Aparecida”, com acesso tanto por uma rua quanto pela outra (fls. 86 e 88).

Esta foi contratada, com dispensa de licitação, pela Prefeitura Municipal de Taquaral, sob a gestão do então Prefeito **PETRONÍLIO**, **no período compreendido entre os meses de agosto a dezembro de 2009 e de janeiro a dezembro de 2010, para também fornecer medicamentos.**

Outrossim, apesar das informações colhidas junto ao Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo darem conta de que a telada empresa encerrou suas atividades somente em 13/02/2008 (fls. 93/96), tem-se que ela, na verdade, **encontra-se inativa desde 21/09/2007, NÃO ESTANDO AUTORIZADA, DESDE AQUELA DATA, A EMITIR NOTAS FISCAIS, sendo todos os documentos fiscais emitidos após essa data INIDÔNEOS e FALSOS**, conforme Relatório da Delegacia Regional Tributária de Ribeirão Preto de fls. 205/211 e 214/215 já mencionado.

Isto porque, **tal empresa solicitou baixa junto ao posto fiscal na data de 21 de setembro de 2007 e após tal período, todos os documentos, autorizados ou não, de emissão atribuída a ela, são inidôneos.**

Sobreleva notar que a própria requerida, a fls. 153, **asseverou a impossibilidade da contratação de sua farmácia pelo Município de Taquaral, em razão de seu pequeno porte, em especial, para o fornecimento e medicamentos na monta de R\$ 80.229,95.**

A proprietária nominal da empresa ainda afirmou que apenas figurava como “LARANJA” da empresa, a qual era administrada por seu cunhado DIVALDO LUIZ DOS SANTOS (fls.152).

Todavia, apesar da flagrante situação de inatividade, a empresa em comento, de propriedade de **TEREZA**, por intermédio do administrador **DIVALDO**, cunhado da primeira (fls. 24/27) e de seu filho farmacêutico e chefe de Gabinete **CRISTIANO**, fora contratada pela Prefeitura Municipal de Taquaral, na gestão do Prefeito **PETRONÍLIO**, no longo período aventado, tendo ela emitido, desde então, inúmeros documentos fiscais ideologicamente falsificados.

Assim, tudo foi realizado com o escopo de dar ares de legalidade para o desvio de verbas públicas que se levou a efeito.

Para dar concretude, ainda, às supostas compras, foram emitidas pelo demandado **PETRONÍLIO** notas de empenho, autorizando tais compras dos medicamentos fornecidos, em tese, pela farmácia de **TEREZA** e **DIVALDO**, **justificadas pelas notas fiscais ideologicamente falsas apresentadas por eles.**

Não há dúvidas, nesse contexto, que a exemplo da empresa anteriormente mencionada, sua contratação somente se deu para o desvio de verbas públicas e em razão dos laços de amizade existentes entre os envolvidos e o gestor público.

De fato, não há sequer comprovação da aquisição de medicamentos da empresa representada por **TEREZA** e administrada por **DIVALDO**, até porque não houve a elaboração de contrato ou procedimento de dispensa de licitação, quando esta nem mesmo existia regularmente; nem mais poderia emitir notas fiscais.

Nesta senda, imperioso o ressarcimento do prejuízo havido aos cofres públicos no montante de **R\$ 28.916,8 (vinte e oito mil, novecentos e dezesseis reais, oitenta centavos)** a ser suportado pelos requeridos **PETRO-NÍLIO, DIVALDO, TEREZA e CRISTIANO**, nos termos em que apregoados pela anexa tabela, além das demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa aplicáveis:

NOTA DE EMPENHO	EMISSÃO	LICITAÇÃO	VALOR
3432/09 (fls. 10 – 2º apenso)	17/08/2009	DISPENSA	135,3
3444/09 (fls. 13 – 2º apenso)	19/08/2009	DISPENSA	165
3761/09 (fls. 17 – 2º apenso)	01/09/2009	DISPENSA	109,89
3817/09 (fls. 21 – 2º apenso)	04/09/2009	DISPENSA	152,71
3880/09 (fls. 25 – 2º apenso)	14/09/2009	DISPENSA	165
3886/09 (fls. 28 – 2º apenso)	14/09/2009	DISPENSA	133,4
3943/09 (fls. 31 – 2º apenso)	17/09/2009	DISPENSA	265,76
3953/09 (fls. 34 – 2º apenso)	18/09/2009	DISPENSA	118,24
4134/09 (fls. 37 – 2º apenso)	25/09/2009	DISPENSA	76,5
4194/09 (fls. 40 – 2º apenso)	29/09/2009	DISPENSA	295,78
4195/09 (fls. 43 – 2º apenso)	29/09/2009	DISPENSA	156,49
4298/09 (fls. 47 – 2º apenso)	02/10/2009	DISPENSA	201,4
4316/09 (fls. 50 – 2º apenso)	05/10/2009	DISPENSA	313,04
4346/09 (fls. 53 – 2º apenso)	06/10/2009	DISPENSA	106,16
4399/09 (fls. 56 – 2º apenso)	09/10/2009	DISPENSA	256,83
4444/09 (fls. 59 – 2º apenso)	15/10/2009	DISPENSA	237,28
4501/09 (fls. 62 – 2º apenso)	20/10/2009	DISPENSA	235,02
4543/09 (fls. 65 – 2º apenso)	23/10/2009	DISPENSA	100,44
4701/09 (fls. 68 – 2º apenso)	27/10/2009	DISPENSA	269,63
4800/09 (fls. 72 – 2º apenso)	03/11/2009	DISPENSA	475,13

4866/09 (fls. 75 – 2º apenso)	05/11/2009	DISPENSA	337,92
4938/09 (fls. 78 – 2º apenso)	11/11/2009	DISPENSA	449,27
4978/09 (fls. 81 – 2º apenso)	13/11/2009	DISPENSA	333,48
5233/09 (fls. 84 – 2º apenso)	24/01/2009	DISPENSA	319,27
5246/09 (fls. 87 – 2º apenso)	25/11/2009	DISPENSA	102
5437/09 (fls. 91 – 2º apenso)	02/12/2009	DISPENSA	258,69
5488/09 (fls. 94 – 2º apenso)	04/12/2009	DISPENSA	145,35
61/10 (fls. 98 – 2º apenso)	05/01/2010	DISPENSA	665,2
154/10 (fls. 101 – 2º apenso)	15/01/2010	DISPENSA	457,01
200/10 (fls. 104 – 2º apenso)	22/01/2010	DISPENSA	586,95
560/10 (fls. 108 – 2º apenso)	04/02/2010	DISPENSA	669,4
651/10 (fls. 111 – 2º apenso)	11/02/2010	DISPENSA	207,36
678/10 (fls. 114 – 2º apenso)	15/02/2010	DISPENSA	515,71
1065/10 (fls. 118 – 2º apenso)	04/03/2010	DISPENSA	606,2
1077/10 (fls. 121 – 2º apenso)	05/03/2010	DISPENSA	506,52
1159/10 (fls. 124 – 2º apenso)	11/03/2010	DISPENSA	204,12
1169/10 (fls. 127 – 2º apenso)	12/03/2010	DISPENSA	640,64
1241/10 (fls. 130 – 2º apenso)	22/03/2010	DISPENSA	500,36
1546/10 (fls. 134 – 2º apenso)	05/04/2010	DISPENSA	903,96
1583/10 (fls. 137 – 2º apenso)	09/04/2010	DISPENSA	327,7
1629/10 (fls. 140 – 2º apenso)	15/04/2010	DISPENSA	791,1
1630/10 (fls. 143 – 2º apenso)	15/04/2010	DISPENSA	1213,18
1691/10 (fls. 146 – 2º apenso)	20/04/2010	DISPENSA	752,92
1835/10 (fls. 149 – 2º apenso)	23/04/2010	DISPENSA	473,34
1839/10 (fls. 152 – 2º apenso)	23/04/2010	DISPENSA	407,53
1840/10 (fls. 155 – 2º apenso)	23/04/2010	DISPENSA	560,34
1990/10 (fls. 159 – 2º apenso)	03/05/2010	DISPENSA	265,53
2003/10 (fls. 162 – 2º apenso)	03/05/2010	DISPENSA	519,8
2036/10 (fls. 165 – 2º apenso)	05/05/2010	DISPENSA	506,92
2159/10 (fls. 168 – 2º apenso)	14/05/2010	DISPENSA	596,8
2281/10 (fls. 171 – 2º apenso)	24/05/2010	DISPENSA	502,89
2291/10 (fls. 174 – 2º apenso)	25/05/2010	DISPENSA	842,51
2526/10 (fls. 178 – 2º apenso)	04/06/2010	DISPENSA	1058,53
2657/10 (fls. 181 – 2º apenso)	15/06/2010	DISPENSA	388,38
3145/1'0 (fls. 185 – 2º apenso)	14/07/2010	DISPENSA	108,4

3526/10 (fls. 189 – 2º apenso)	04/08/2010	DISPENSA	371,14
3758/10 (fls. 192 – 2º apenso)	25/08/2010	DISPENSA	16,97
3767/10 (fls. 195 – 2º apenso)	25/08/2010	DISPENSA	641,96
3999/10 (fls. 199 – 2º apenso)	03/09/2010	DISPENSA	497,89
4047/10 (fls. 202 – 2º apenso)	09/09/2010	DISPENSA	638,59
4048/10 (fls. 205 – 2º apenso)	09/09/2010	DISPENSA	387,61
4108/10 (fls. 208 – 2º apenso)	15/09/2010	DISPENSA	807,43
4109/10 (fls. 211 – 2º apenso)	15/09/2010	DISPENSA	110,93
4183/10 (fls. 214 – 2º apenso)	22/09/2010	DISPENSA	666,99
4411/10 (fls. 218 – 2º apenso)	01/10/2010	DISPENSA	465,01
4494/10 (fls. 222 – 2º apenso)	05/10/2010	DISPENSA	247,11
4495/10 (fls. 225 – 2º apenso)	05/10/2010	DISPENSA	122,07
4554/10 (fls. 228 – 2º apenso)	15/10/2010	DISPENSA	412,36
4642/10 (fls. 231 – 2º apenso)	25/10/2010	DISPENSA	241,34
4926/10 (fls. 235 – 2º apenso)	05/11/2010	DISPENSA	318,47
4990/10 (fls. 239 – 2º apenso)	12/11/2010	DISPENSA	559,84
5241/10 (fls. 242 – 2º apenso)	26/11/2010	DISPENSA	437,15
5353/10 (fls. 245 – 2º apenso)	30/11/2010	DISPENSA	279,66
		28.916,8	TOTAL

2.3. A.C. DOS SANTOS – ME.

A contratação da última empresa mencionada, A.C. DOS SANTOS – ME., no período compreendido entre os meses de **fevereiro a dezembro de 2011 e de janeiro a dezembro de 2012**, ora se deu sem o respectivo procedimento de dispensa de licitação, em afronta aos ditames constitucionais e à Lei nº 8.666/93, ora se deu por intermédio dos procedimentos licitatórios nº 016 e 018/2011 – Convites nº 014 015/2011, que tinham por objeto a aquisição de inúmeros medicamentos e insulinas a serem distribuídos à Prefeitura Municipal de Taquaral.

Como alhures apontado pelas investigações levadas a cabo pela Polícia Civil, a inquinada empresa, pertencente a irmã de **CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, ALINE CRISTINA DOS SANTOS**, mas administrada pelo primeiro, fora constituída sob o endereço na Rua Santa Luzia nº 04, exatamente onde se localiza a empresa da tia deles, **TEREZA, AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL – ME** (Rua Cafezal nº 314), eis que se trata do mesmo imóvel e estabelecimento: “Drogaria Nossa Senhora Aparecida”, com acesso tanto por uma quanto pela outra rua (fls. 86 e 87).

Não fossem tais dados suficientes, consoante os já destacados relatórios da Delegacia Regional Tributária de Ribeirão Preto de fls. 213 e 214/215, a inquinada empresa possuiu volume de entradas e saídas compatíveis com as supostas vendas realizadas à Prefeitura de Taquaral **SOMENTE durante o período de 03/10/2011 a 10/12/2012 (quando foram emitidas 74 Notas fiscais eletrônicas – NFE, no valor de R\$ 52.122,03 – cinquenta e dois mil, cento e vinte e dois reais, três centavos).**

Outrossim, mister destacar que no período **compreendido pelas licitações (03 a 09 de 2011), somente em duas únicas oportunidades, os medicamentos foram adquiridos pela Municipalidade de Taquaral, por intermédio do alcaide PETRONÍLIO, em decorrência do convite à licitante vencedora A.C. SANTOS ME., na monta total de R\$ 1.019,62 (um mil e dezenove reais, sessenta e dois centavos), tendo sido as inúmeras outras 85 compras, estas no valor total de R\$ 75.299,81 (setenta e cinco mil, duzentos e noventa e nove reais, oitenta e um centavos) feitas com dispensa de licitação**, sem sequer observar os ditames legais quanto ao procedimento de dispensa, o que corrobora o benefício das empresas apaugadas do então Prefeito, pelos laços afetivos com seu Chefe de Gabinete **CRISTIANO** e o descaso com o erário público municipal.

Ademais, serve também de lastro para a irregularidade aqui volvida, o fato da empresa **nem mesmo possuir livros fiscais e documentos outros exigidos pelo Fisco (por isso do AIIM nº 4.023.331-5 lavrado em desfavor dela), não estando, portanto, sob o ponto de vista fiscal e contábil, apta a fornecer produtos para entes públicos**, ainda que tivesse volume de entrada e saída compatível (conf. Parecer do órgão técnico do MINISTÉRIO PÚBLICO – CAEX, a fls. 239/251).

Ocorre que, apesar da flagrante situação de irregularidade, até porque respondia a processos junto à Prefeitura em decorrência de débitos fiscais, a exemplo da primeira empresa, como afirmado por **ALINE** a fls. 272 e por **DIVALDO** a fls. 274, quando ouvidos na Delegacia de Polícia, fora propositamente contratada pela Prefeitura Municipal de Taquaral, na gestão do então Prefeito **PETRONÍLIO**, por quase dois anos, para lastrear o desvio dos recursos públicos municipais e direcionamento de licitações em patente prejuízo ao erário.

Ora, o gestor do Município de Taquaral supostamente adquiriu diversos medicamentos da empresa representada por **ALINE CRISTINA** e administrada pelo irmão **CRISTIANO**.

Nesta senda, mister considerar o prejuízo aos cofres públicos havido, agora, na vultosa monta de **R\$ 76.319,43 (setenta e seis mil, trezentos e dezenove reais, quarenta e três centavos)** a ser totalmente ressarcido pelos requeridos **PETRONÍLIO, ALINE CRISTINA e CRISTIANO**, consoante se

observa da tabela abaixo, além das demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa cabíveis, ante à nulidade da contratação ocorrida:

NOTA DE EMPENHO	EMISSÃO	LICITAÇÃO	VALOR
554/11 (fls. 03 – 3º apenso)	11.02.11	DISPENSADA	654,44
918/11 (fls. 07 – 3º apenso)	03.03.11	DISPENSADA	726,75
1026/11 (fls. 10 – 3º apenso)	15.03.11	DISPENSADA	658,53
1300/11 (fls. 13 – 3º apenso)	25.03.11	DISPENSADA	651,53
1490/11 (fls. 17 – 3º apenso)	05.04.11	DISPENSADA	395,99
1491/11 (fls. 20 – 3º apenso)	05.04.11	DISPENSADA	214,87
1081/01 (fls. 23 – 3º apenso)	15.04.11	CONVITE	414,14
1577/11 (fls. 26 – 3º apenso)	15.04.11	DISPENSADA	59,78
1578/11 (fls. 29 – 3º apenso)	15.04.11	DISPENSADA	827,48
1769/11 (fls. 32 – 3º apenso)	25.04.11	DISPENSADA	827,48
1770/11 (fls. 35 – 3º apenso)	25.04.11.	DISPENSADA	426,47
2061/11 (fls. 39 – 3º apenso)	13.05.11	DISPENSADA	91,27
2064/11 (fls. 42 – 3º apenso)	25.05.11	DISPENSADA	539,06
2066/11 (fls. 45 – 3º apenso)	13.05.11	DISPENSADA	481,74
2247/11 (fls. 48 – 3º apenso)	25.05.11	DISPENSADA	591,17
2483/11 (fls. 53 – 3º apenso)	03.06.11	DISPENSADA	472,37
2484/11 (fls. 57 – 3º apenso)	03.06.11	DISPENSADA	230,96
2604/11 (fls. 61 – 3º apenso)	15.06.11	DISPENSADA	209,64
2614/11 (fls. 64 – 3º apenso)	15.06.11	DISPENSADA	1124,14
2995/11 (fls. 69 – 3º apenso)	05.07.11	DISPENSADA	512,34
2997/11 (fls. 72 – 3º apenso)	05.07.11	DISPENSADA	231,9
3106/11 (fls. 75 – 3º apenso)	12.07.11	DISPENSADA	507,88
3258/11 (fls. 78 – 3º apenso)	25.07.11	DISPENSADA	1020,43
3478/11 (fls. 82 – 3º apenso)	01.08.11	DISPENSADA	794,8
3484/11 (fls. 85 – 3º apenso)	15.08.11	CONVITE	605,48
3688/11 (fls. 88 – 3º apenso)	15.08.11	DISPENSADA	516,89
3700/11 (fls. 91 – 3º apenso)	15.08.11	DISPENSADA	884,88
3779/11 (fls. 94 – 3º apenso)	05.09.11	DISPENSADA	735,6
4091/11 (fls. 97 – 3º apenso)	30.08.11	DISPENSADA	1231,9
4117/11 (fls. 101 – 3º apenso)	05.09.11	DISPENSADA	511,78
4231/11 (fls. 105 – 3º apenso)	15.09.11	DISPENSADA	821,22

4232/11 (fls. 108 – 3º apenso)	15.09.11	DISPENSADA	568,1
4295/11 (fls. 111 – 3º apenso)	23.09.11	DISPENSADA	513,47
4301/11 (fls. 114 – 3º apenso)	23.09.11	DISPENSADA	649,15
4591/11 (fls. 118 – 3º apenso)	03.10.11	DISPENSADA	566,14
4592/11 (fls. 121 – 3º apenso)	03.10.11	DISPENSADA	862,67
4753/11 (fls. 124 – 3º apenso)	14.10.11	DISPENSADA	1063,1
5151/11 (fls. 128 – 3º apenso)	04.11.11	DISPENSADA	748,42
5267/11 (fls. 131 – 3º apenso)	24.11.11	DISPENSADA	330,12
5270/11 (fls. 134 – 3º apenso)	14.11.11	DISPENSADA	581,47
5291/11 (fls. 137 – 3º apenso)	14.11.11	DISPENSADA	1337,37
5400/11 (fls. 140 – 3º apenso)	25.11.11	DISPENSADA	750,67
5401/11 (fls. 143 – 3º apenso)	25.11.11	DISPENSADA	578,92
5645/11 (fls. 147 – 3º apenso)	02.12.11	DISPENSADA	651,53
5647/11 (fls. 150 – 3º apenso)	02.12.11	DISPENSADA	882,64
5736/11 (fls. 153 – 3º apenso)	15.12.11	DISPENSADA	1319,71
6005/11 (fls. 156 – 3º apenso)	16.12.11	DISPENSADA	1213,09
000029/12 (fls. 160 – 3º apenso)	02.01.12	DISPENSADA	731,36
256/12 (fls. 163 – 3º apenso)	20.01.12	DISPENSADA	1952,02
547/12 (fls. 167 – 3º apenso)	02.02.12	DISPENSADA	1213,09
669/12 (fls. 170 – 3º apenso)	16.02.12	DISPENSADA	809,68
765/12 (fls. 173 – 3º apenso)	17.02.12	DISPENSADA	516,89
770/12 (fls. 176 – 3º apenso)	17.02.12	DISPENSADA	884,88
8835/12 (fls. 179 – 3º apenso)	24.02.12	DISPENSADA	1994,9
1324/12 (fls. 183 – 3º apenso)	16.03.12	DISPENSADA	1959,52
1399/12 (fls. 186 – 3º apenso)	23.03.12	DISPENSADA	1230,36
1820/12 (fls. 190 – 3º apenso)	13.04.12	DISPENSADA	1438,82
1879/12 (fls. 193 – 3º apenso)	19.04.12	DISPENSADA	508,82
1944/12 (fls. 196 – 3º apenso)	27.04.12	DISPENSADA	693
2140/12 (fls. 200 – 3º apenso)	04.05.12	DISPENSADA	922,26
2238/12 (fls. 201 – 3º apenso)	14.05.12	DISPENSADA	647,94
2303/12 (fls. 204 – 3º apenso)	18.05.12	DISPENSADA	614,86
2402/12 (fls. 207 – 3º apenso)	31.05.12	DISPENSADA	547,16
2630/12 (fls. 211 – 3º apenso)	06.06.12	DISPENSADA	462,81
2631/12 (fls. 214 – 3º apenso)	06.06.12	DISPENSADA	695,1

2737/12 (fls. 217 – 3º apenso)	15.06.12	DISPENSADA	699,98
2812/12 (fls. 221 – 3º apenso)	22.06.12	DISPENSADA	993,52
2922/12 (fls. 225 – 3º apenso)	29.06.12	DISPENSADA	932,96
3236/12 (fls. 229 – 3º apenso)	13.07.12	DISPENSADA	1515,64
3351/12 (fls. 232 – 3º apenso)	20.07.12	DISPENSADA	1716,84
3425/12 (fls. 236 – 3º apenso)	27.07.12	DISPENSADA	1584,05
3667/12 (fls. 240 – 3º apenso)	03.08.12	DISPENSADA	1157,34
3823/12 (fls. 244 – 3º apenso)	10.08.12	DISPENSADA	1010,08
3902/12 (fls. 247 – 3º apenso)	17.08.12	DISPENSADA	1362,33
3951/12 (fls. 251 – 3º apenso)	20.08.12	DISPENSADA	1216,37
4030/12 (fls. 255 – 3º apenso)	27.08.12	DISPENSADA	1755,59
4293/12 (fls. 260 – 3º apenso)	06.09.12	DISPENSADA	944,57
4398/12 (fls. 264 – 3º apenso)	17.09.12	DISPENSADA	1766,67
4490/12 (fls. 268 – 3º apenso)	19.09.12	DISPENSADA	1766,97
4512/12 (fls. 269 – 3º apenso)	21.09.12	DISPENSADA	901,81
4754/12 (fls. 275 – 3º apenso)	01.10.12	DISPENSADA	1441,34
4838/12 (fls. 279 – 3º apenso)	05.10.12	DISPENSADA	1739,93
5047/12 (fls. 282 – 3º apenso)	19.10.12	DISPENSADA	1735,54
5253/12 (fls. 285 – 3º apenso)	26.10.12	DISPENSADA	1051,05
5443/12 (fls. 289 – 3º apenso)	09.11.12	DISPENSADA	1167
5560/12 (fls. 293 – 3º apenso)	19.11.12	DISPENSADA	1521,06
6004/12 (fls. 297 – 3º apenso)	07.12.12	DISPENSADA	568,02
		76.319,43	TOTAL

3. DA NULIDADE DAS CONTRATAÇÕES

Conforme já se pôde constatar, todas as despesas acima assinaladas estão eivadas de irregularidades graves, quer pela inexistência física das empresas e falta de estoque para o fornecimento de medicamentos, a atestar o desvio de verbas havido, quer pelo direcionamento da seleção das empresas da mesma família, frise-se, pertencente ao Chefe de Gabinete daquela gestão, tudo com a mais cabal e absoluta violação aos princípios regentes da atividade administrativa, notadamente **legalidade, impessoalidade e moralidade**.

Assim, todas as despesas em comento são absolutamente nulas e devem ser ressarcidas ao erário.

Isto porque algumas das empresas nem bem existiam ou encontravam-se inativas, com débitos fiscais junto à Prefeitura, irregulares sob o pon-

to de vista fiscal e contábil, e, pior, sem compatível estoque para dar suporte para as supostas vendas fraudulentas.

A propósito, apurou-se no curso das investigações que todas as notas fiscais expedidas pelas empresas de **DIVALDO** e **TEREZA**, repise-se, para dar suporte à prestação de contas, eram notas frias, ou seja, falsificadas, uma vez que se referiam à venda de medicamentos não efetivamente repassados à Municipalidade de Taquaral.

Em virtude disso, observado o vultoso prejuízo causado ao erário, como dito alhures, o total de recursos públicos destinados às empresas, que atingiu o montante de R\$ 106.230,30 (cento e seis mil, duzentos e trinta reais, trinta centavos).

Nesta toada, não há dúvidas de que as contratações inquinadas pela Prefeitura Municipal de Taquaral, por intermédio de **PETRONÍLIO**, não passou de um mero estratagema espúrio destinado ao desvio de recursos públicos, o que, a par de configurar inúmeros crimes contra a Administração Pública, também configura a prática de atos de improbidade administrativa capitulados nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

Ante a violação dos princípios reitores da atividade administrativa na seleção das farmácias pertencentes aos demais requeridos, nulas são as respectivas contratações daí advindas.

Em sendo **nulo**, por corolário, mostra-se impossível a convalidação e não produz efeitos válidos no mundo fenomênico, por ser praticado com desvio de poder e contrariamente às normas jurídicas em vigor, ainda que se alegue que medicamentos foram repassados, ou seja, que o serviço fora prestado, o que se admite somente por amor à retórica.

Com efeito, a declaração se mostra necessária, em especial na parte dispositiva da sentença, uma vez que somente com a decretação da nulidade dos referidos acordos, invalidando os atos praticados (**causa**) se justifica a condenação nos termos do artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1.992 – Lei de Improbidade Administrativa (**efeito**).

Destarte, percebe-se que o ordenamento jurídico possui os meios suficientes para extinguir, de uma vez por todas, práticas inconstitucionais e ilegais como a ora aventada, bastando, somente, aplicá-los.

É como ensina o escólio de Diógenes Gasparini:

Com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei, e qualquer desvio de suas imposições pode nulificar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, ‘disciplinar’, ‘civil’ e ‘criminalmente’. [...] Em suma, ninguém está acima da lei.²

² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000. pp. 07-08.

De outra banda, ante a notória má-fé dos envolvidos, que sequer executaram os termos da avença, juntando aos autos notas fiscais falsas, não há dúvida de que deverão ser condenados a ressarcir tudo o que foi indevidamente pago, sem prejuízo das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

STJ: *A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. (1ª T., Resp. nº. 579.541/SP, Rel. Min. José Delgado, j. em 17/02/2004, DJU de 19/04/2004, p.165). No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp nº. 440.178/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 08/06/2004, DJU de 16/08/2004, p.135)*

Assim, não há dúvida de que todos os requeridos deverão ressarcir tudo o que ilegalmente perceberam às custas dos contribuintes do Município de Taquaral, além de pagar as multas civis e demais consectários previstos na lei de improbidade administrativa.

4. DO SUBSTRATO JURÍDICO SUBJACENTE À LIDE

A Constituição da República, em seu artigo 1º, parágrafo único, erigiu a soberania popular como princípio basilar do Estado brasileiro, impondo aos agentes públicos a fiel observância ao interesse público em todos os seus atos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Ao estruturar a Administração Pública, em seu artigo 37, caput, fundamentou-a com base nos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cuja observância é **obrigatória** à administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não podendo o administrador público, em **nenhuma hipótese**, deles se afastar.

Por consequência lógica, percebe-se a necessidade de todos os atos administrativos, sejam estes de império, de gestão ou de expediente, vincu-

lados ou discricionários, terem por objetivo maior a consecução do **interesse público**.

Cuida-se, pois, de um dever-poder imposto ao agente público, eis que a utilização do poder estatal não está vinculada à vontade de seu exercente, mas sim ao interesse público, como bem aponta o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos, vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como 'poderes' ou como 'poderes-deveres'. Antes se qualificam e melhor se designam como 'deveres-poderes', pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.³

Idênticos são os ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho:

*Muito embora os princípios expressos no art. 37, 'caput', da CF/88 sejam de evidente importância, tanto que aí estão inseridos, existem também princípios implícitos, como o do 'interesse público', também chamado de finalidade pública, que merece destaque, nesse contexto, por ser fundamental para toda discussão administrativo-constitucional. **O interesse público deve guiar a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito**, tendo em vista que, especialmente no paradigma do Estado constitucional, o Estado deve ser movido por interesses que transcendam o plano dos direitos subjetivos envolvidos na relação de que toma parte.⁴*

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2.002. pp. 43-44.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2.009. p. 876.

Nada obstante, o administrador **PETRONÍLIO** olvidou-se do interesse público, assim como da Constituição Federal, ao realizar contratos e efetuar pagamentos despropositados e lesivos ao patrimônio público, além de propiciadores de enriquecimento ilícito das empresas farmacêuticas ligadas ao seu Chefe de Gabinete CRISTIANO.

5 – DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS D.L. SANTOS & OLIVEIRA LTDA.-ME, TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL-ME e A.C. DOS SANTOS-ME.

O artigo 50 do Código Civil, ao versar sobre as disposições gerais das pessoas jurídicas, prevê as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Cuida-se de dispositivo cujo intuito é coibir a utilização temerária e fraudulenta das sociedades por seus próprios sócios. O seu intuito não é anular a personalidade jurídica, mas tão somente “afastá-la em situações-limite, onde comprovada a sua utilização em desconformidade com o ordenamento jurídico e mediante fraude”.⁵

Ainda, pauta-se na teoria oriunda do direito anglo-saxão denominada *disregard of legal entity*, ou seja, desconsideração da pessoa jurídica. São os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

“Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser ‘desconsiderada’, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em conta a sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural pro-

⁵ BERTOLDI, Marcelo e PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006. p. 144.

cura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros. Não se trata de considerar sistematicamente nula a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não levar em consideração. Tal não implica, como regra geral, negar validade à existência da pessoa jurídica.”⁶

Ao discorrer sobre a fraude, afirma:

“A modalidade de fraude é múltipla, sendo impossível enumeração apriorística. Dependerá do exame do caso concreto. Poderá ocorrer fraude à lei, simplesmente, fraude a um contrato ou fraude contra credores.”⁷

Ressai evidente, daí, que as empresas **D.L. SANTOS & OLIVEIRA LTDA.-ME, TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL – ME e A.C. DOS SANTOS – ME**, utilizadas artificialmente com vistas ao desvio de recursos, não podem fornecer proteção jurídica aos responsáveis por sua administração, in casu, os demandados **CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, DIVALDO LUIZ DOS SANTOS, TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIM e ALINE CRISTINA DOS SANTOS**, que se enriqueceram, direta e indiretamente, dos valos desviados do Município de Taquaral.

Impossível, portanto, se conceder a proteção da personalidade jurídica aos requeridos, eis que se utilizaram das pessoas jurídicas para fins estritamente ilícitos, motivo pelo qual foram demandados na qualidade de pessoas físicas.

6. DO CARÁTER SOLIDÁRIO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELOS ILÍCITOS PRATICADOS

O artigo 942, *caput*, do Código Civil estabelece que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Desse modo, tendo em vista o teor dos dispositivos legais, os demandados respondem solidariamente pelos ilícitos praticados, devendo ser todos responsabilizados pelos prejuízos causados ao erário municipal.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2.004. p. 309.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2.004. p. 309.

7. DA LICITAÇÃO

Outra premissa a ser considerada para a análise das ilegalidades acima apontadas é a de que a licitação é um processo administrativo, isonômico, em decorrência do qual a Administração Pública seleciona a proposta **mais vantajosa** (custo, eficiência) para a contratação de uma obra, serviço, compra, alienação ou locação.

É a base, a fonte de legalidade e legitimidade para o contrato administrativo, consagrada na ordem jurídica como princípio de obediência irrestrita à administração pública direta ou indireta, nas três esferas do Poder Público, chancelando-a como regra destinada à preservação dos postulados da **impessoalidade**, que tem origem na *isonomia*, e da *moralidade*, como fatores de eficiência do poder público para obter a melhor e mais vantajosa proposta a atender ao interesse público, conforme assinala Hely Lopes Meirelles (**Licitação e Contrato Administrativo** - RT, 10ª ed., pag. 19) e Celso Antonio Bandeira de Mello (**Licitação** - RT, 1ª ed.).

Tem, igualmente, a finalidade de proibir a discriminação entre os licitantes, colocando-os em situação de igualdade, como a de trazer garantias à Administração Pública da execução satisfatória da obra ou serviço a ser contratado.

Ademais, por ela se demonstra, se motiva, se fundamenta, o ato administrativo de contratação posterior – demonstrando-se a necessidade da despesa e do serviço ou da compra (observado que a motivação é um dos elementos do ato administrativo, sem o qual tal ato é nulo).

É, sem dúvida, o instrumento conferido ao administrador público, quando contrata em nome do Poder Público, para a observância dos princípios constitucionais contidos no artigo 37 da Lei Maior, quais sejam: o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de modo que todos os seus atos estejam revestidos de **lisura e transparência**, voltados apenas e tão-somente para o interesse público maior, **sem qualquer influência de interesses particulares**.

Tais princípios constitucionais vinculativos da Administração decorrem exatamente de nosso Estado cuidar-se de uma República, constituída em Estado Democrático de Direito – e que, portanto, visa ao bem comum acima do bem individual, que busca o interesse público como sua finalidade e que, para tal, submete-se ao império do Direito (CF, art. 1º, *caput*).

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda, que são *licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes* (**Curso de Direito Administrativo** – 15. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 493).

E continua:

Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus 'pressupostos lógicos', em duas hipóteses:

a) quando o 'objeto pretendido é singular', sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;

b) quando só há um 'ofertante', embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito.

...

Em rigor, nos dois casos cogitados não haveria como falar em 'dispensa' de licitação, pois só se pode dispensar alguém de um dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível. Por isso a legislação optou por denominá-las como casos de 'inexigibilidade de licitação'... (Ob. Cit. p. 494)

Em razão dessa diversidade de hipóteses de inviabilidade lógica de disputa entre ofertantes é que a Lei nº 8.666/93 trouxe os casos de dispensa de licitação no seu artigo 24, combinado com o art. 17 e de inexigibilidade no 25.

Como explicado alhures, **a dispensa contempla situações em que a licitação é possível, mas por questões outras, por outros interesses públicos, o certame torna-se dispensável.**

O art. 26 da mencionada lei, inclusive, determina que todas as exceções sejam, necessariamente, justificadas e comunicadas, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. Mas não é só, conforme previsão de parágrafo único, o processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento serão instruídos, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III – justificativa do preço; e

IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Por outro lado, qualquer violação às regras da licitação ou aplicação das situações epigrafadas em casos que não o sejam tornará o ato administrativo nulo, responsabilizando-se os agentes que dele participaram, a ele deram causa ou dele se beneficiaram, seja por dolo, seja por culpa (arts. 2º/5º da Lei nº 8.429/92).

Tal nulidade decorre de as normas de licitação serem regras de **direito público, cogentes** e tutelares de **interesse indisponível** (o interesse público, difuso, da Sociedade). E uma vez violadas, da violação decorre **nulidade absoluta**, impassível de convalidação, com efeitos ex tunc (*quod nullum est, nullum effectum producit*).

A respeito do tema importante observação foi feita pelos juristas Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, em sua obra **As Tendências do Direito Público – no limiar de um novo milênio** (Ed. Saraiva, ano 2000, pag. 299) no sentido de que:

O que a Constituição considera da maior relevância é a moralidade pública, a retidão da Administração Pública, a obediência estrita da legalidade no atuar do Poder Público e a observância do princípio da economicidade. A licitação surge como decorrência dessas preocupações constitucionais, ou seja, ela só se impõe como instrumento para alcançar o verdadeiro desiderato constitucional. O objetivo não é a realização da licitação pela licitação. - destacamos

Com a licitação, portanto, pretende-se de início conferir igual oportunidade a todos de participar da disputa a fim de contratar com o Poder Público. Pretende-se também que o Poder Público obtenha a **melhor oferta**, não apenas em termos de custo da prestação do serviço – economicidade – mas de qualidade de serviços e de garantias para a sua eficiente prestação.

Tal não ocorreu no presente caso, vez que a Prefeitura, por intermédio de seu gestor, ora requerido **PETRONÍLIO**, sequer realizou, em muitas das oportunidades em que realizou as despesas, no idos de janeiro de 2009 a fevereiro de 2011, qualquer procedimento licitatório ou de dispensa, fosse o caso, para a aquisição de medicamentos em favor da Municipalidade de Taquaral.

Motivação alguma foi documentada para tal desiderato (para aferição do atendimento do interesse público – fim do ato administrativo; CF, art. 37, caput, 5º, LIV e Constituição do Estado de São Paulo, art. 111) e por preço absolutamente indecifrável (por ausente qualquer critério para sua aferição).

Ademais, a falta de contrato escrito, pura e simplesmente, impossibilita aferição correta de tal ato (tudo para disfarçar a frustração à licitude do certame ou da dispensa da licitação e a fraude para o locupletamento ilícito

havido), o que também torna nulas as despesas nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações.⁸

Há de ressaltar, ainda, sobre as suspeitas quanto ao não repasse de quaisquer medicamentos por todas as elencadas empresas no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, quando sequer existiam ou possuíam lastro para adquirir e disponibilizar mercadorias (estoque), sequer eram regulares sob o ponto de vista fiscal e contábil e ainda possuíam débitos fiscais municipais, o que inviabilizava suas contratações.

Especificamente, em relação aos certames de nº 016 e 018/2011 – **Convites nº 014 e 015/2011**, que tinham por **objeto a aquisição de inúmeros medicamentos e insulinas a serem distribuídos à Prefeitura Municipal de Taquaral**, com validade entre os meses de **março a setembro de 2011**, tem-se que desrespeitadas, uma vez mais, as regras dispostas na legislação aplicada pelos requeridos **PETRONÍLIO, CRISTIANO e ALINE CRISTINA**.

Isto porque, a empresa dos últimos requeridos fora convidada pelo primeiro a participar de certame licitatório, mesmo quando, repise-se, se **encontrava irregular sob o ponto de vista contábil e fiscal** (por isso do AIIM nº 4.023.331-5 lavrado em face dela), **e com dívidas fiscais perante a Municipalidade; cabalmente inapta a celebrar contrato com o Poder Público. Acrescente-se que sem volume considerável de mercadoria em estoque e compatível com as vendas realizadas à Prefeitura de Taquaral por determinado período.**

Inobservados, portanto, os respectivos ditames legais referente à habilitação para participação em procedimentos licitatórios:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

...

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

⁸ Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. **É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração**, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)...

Pautando-se, deste modo, nos princípios e finalidades acima, o legislador traçou as regras básicas para o “devido processo licitatório”, especialmente por meio da Lei nº 8.666/93. E tais regras, como acima exposto, foram frontalmente violadas por todos os envolvidos, tornando as compras inquiradas (se é que existiram) nulas e sendo responsáveis todos os que nelas interferiram ou delas se beneficiaram, causando lesão ao Erário Público, com o fim de se locupletarem ilicitamente do Patrimônio Público.

Descumpridos foram os termos dos artigos 2º (licitação ou dispensa e contrato), 7º (projeto básico), 12 (conteúdo mínimo do projeto básico do serviço), 14 (caracterização do objeto e indicação de recursos), 15 (registro de preço e pesquisa de mercado), 16 (publicidade à compra havida), 26 (ausência de procedimento formal em caso de licitação dispensável), 27 e ss. (habilitação), 54 (contrato administrativo), 55 (cláusulas necessárias do contrato), 60 (forma verbal para as despesas de “pronto pagamento” – até R\$ 4.000,00 e somente em excepcional adiantamento, com necessidade justificada e comprovada), 61 (número do processo de dispensa), 64 (convocação para ‘termo de contrato’), todos da Lei nº 8.666/93.

Por consequência, foram violados o inciso XXI e o caput do artigo 37 da Constituição Federal, como longamente demonstrado anteriormente.

Pelo que se apurou, o primeiro requerido utilizou-se de artifícios para burlar a lei e o procedimento licitatório que era necessário, deixando de atuar conforme a hipótese de dispensa do certame, para, diretamente, adquirir de modo irregular supostos medicamentos fornecidos pelos demais requeridos, resultando em prejuízo ao erário municipal.

Assim, verifica-se que **PETRONÍLIO**, praticou atos de improbidade administrativa, consistentes na realização de contratação direta, sem a tramitação de procedimento de dispensa, ou com procedimento licitatório na modalidade convite, das empresas dos requeridos **DIVALDO e TEREZA, inativas há tempos, e sem qualquer idoneidade fiscal para tanto**, ou da empresa de **ALINE e CRISTIANO, também irregular sob o ponto de vista fiscal e contábil, com débitos fiscais perante a Prefeitura, todas sem volume de entradas e saídas compatíveis com as supostas vendas realizadas à Prefeitura de Taquaral para o fornecimento de medicamentos à Municipalidade de Taquaral.**

Realmente, em pelo menos quatro aspectos a contratação dessas firmas contrariaram aquelas normas: a) num, pela ausência de licitação; b) noutro, pela ausência de procedimento legal de dispensa de licitação; c) ausência de contrato formal, e ainda, d) quando da licitação, pela contratação de empresa impossível de se habilitar nos cadastros das empresas participantes de licitações.

Descumpridos foram diversos dispositivos da Lei de Licitações, como já destacado. O primeiro requerido, enquanto Prefeito do Município de Taquaral, resolveu que as empresas pertencentes aos correqueridos forneceriam inúmeros medicamentos ao Poder Executivo Municipal, fazendo tabula rasa da obrigação constitucional de licitação, deixando de lado toda a ordem legal vigente.

Nesse mesmo contexto, realizou procedimento licitatório, na modalidade adequada – convite –, contudo, permitiu a participação e ainda contratou por vencedora em alguns itens, empresa irregular sob o ponto de vista fiscal e contábil (com débitos fiscais junto à Prefeitura e sem volume de entrada e saída de mercadorias compatíveis com as vendas, em tese, feitas) e de pessoa a ele diretamente ligada.

Assim, praticou condutas ilícitas, ilegais e abusivas, porque de um lado feriu frontalmente disposição expressa de lei e de outro quebrou abertamente princípios constitucionais reitores da Administração Pública, além de afrontar o direito fundamental da igualdade.

Disso resultaram quatro graves consequências: uma, afronta à Constituição Federal e à Lei Federal; duas, quebra de princípios constitucionais reitores da Administração Pública; três, lesão ao direito fundamental da igualdade; e finalmente, prejuízo ao patrimônio público.

Indiscutivelmente, competia a **PETRONÍLIO**, enquanto administrador público, fazer licitação a fim de verificar qual fornecedor venderia referidos medicamentos por um preço menor e não contratar diretamente as empresas requeridas, sem submetê-las ao crivo da disputa. Depois, realizando procedimento licitatório, deveria permitir a participação somente de empresas habilitadas e regulares, seja no âmbito jurídico, técnico, econômico-financeiro, fiscal e laboral.

Dessa forma, o erário foi prejudicado, pois, dada à ausência de processo licitatório ou de processo de dispensa de licitação ou de processo licitatório irregular, não teve condições de comprar o referido objeto pelo melhor preço, estipulado após disputa entre os interessados.

Com efeito, caberia ao ordenador da despesa certificar-se de que todos os requisitos exigidos pela Lei 8.666/93 se faziam presentes, notadamente os requisitos de habilitação, bem como que havia justificativas racionais e explícitas para a seleção do contratado.

Nesse prisma, na forma do disposto no artigo 7º, § 6º da Lei de Licitações, “A infringência do disposto neste artigo implica a **nulidade dos atos ou contratos** realizados e a **responsabilidade de quem lhes tenha dado causa**”. Referida previsão legal é de inteira aplicação às despesas em estudo.

Demais disso, existiam outras empresas que poderiam executar o serviço contratado, de modo que a contratação dessas em particular não encontrou nenhuma justificativa no processo de contratação, o qual não existiu.

Com efeito, acaso se tratasse de dispensa de licitação nos casos em que a compra foi feita diretamente, seria de rigor a elaboração de procedimento administrativo prévio que pudesse justificar a hipótese legal em que se funda a contratação direta.

Sobre a obrigatoriedade da formalização de tal procedimento, assevera Marçal Justen Filho:

*Tal como afirmado inúmeras vezes, é incorreto afirmar que a contratação direta exclui um ‘procedimento licitatório’. **Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública.** Há uma séria ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. ‘Ausência de licitação’ não significa desnecessidade de observar formalidades prévias(...).*

*A Lei que evitar a fraudulenta invocação de dispositivos legais autorizadores da contratação direta. **Deverá ser comprovada e documentada a presença dos requisitos legais que autorizam a con-***

tratação direta. (...) Nenhum gestor de recursos públicos poderia escusar-se a justificar uma contratação direta sob o fundamento de que a hipótese não estava prevista no artigo 26.⁹

Destarte, a dispensa da licitação, quando autorizada por Lei, desonera o Administrador, única e exclusivamente, do dever de instaurar procedimento licitatório. Todos os demais preceitos legais atinentes à contratação pelo Poder Público, inclusive a aferição dos requisitos de habilitação, devem ser observados, o que, conforme será demonstrado a seguir, não ocorreu.

A propósito, tem razão o renomado Marçal Justen Filho, quando averba que:

A configuração da contratação direta, sem licitação, não autoriza o não-preenchimento dos requisitos de habilitação e contratação. O sujeito que não satisfizer os requisitos de habilitação deve ser excluído não apenas da licitação. Também será vedada a sua contratação direta.¹⁰

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União já deixou assentado que: ***Os processos de dispensa de licitação devem conter documentos que indiquem a prévia pesquisa de preços de mercado, em relação ao objeto a ser contratado/adquirido, e a habilitação do respectivo fornecedor-prestador de serviços*** (Acórdão n.2.896/2006, 1. C, rel. Min. Augusto Nardes).

É certo que, acaso não se tratasse de má-fé, ter-se-ia instaurado procedimento de dispensa de licitação, se cotado preços, e se pesquisado acerca das empresas contratadas, ocasião em que se constataria que estavam inativa, ou inapta a emitir notas fiscais; que não existia, ou que não se encontrava regular sob o ponto de vista fiscal e contábil; ou seja, que não cumpriam requisitos de habilitação fiscal e jurídica.

Assim, verifica-se que o requerido **PETRONÍLIO** praticou atos de improbidade administrativa, consistentes na realização de despesas nulas em favor das empresas pertencentes aos correqueridos, seus apaniguados, com o escopo de se facilitar o desvio de recursos públicos.

9 Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12º ed. São Paulo: Malheiros, p. 366 e 370.

10 Op. cit. p.369.

8. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Disserta a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, a rigor, pode-se dizer que as expressões moralidade administrativa e probidade administrativa significam a mesma coisa, haja vista que se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública e, ao se exigir probidade ou moralidade, tem-se que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa com observância da lei; é preciso a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (**Direito administrativo** – 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 767).

Neste íterim, tudo que for contrário ao narrado pela lição epigrafada tratar-se-á de ato de improbidade. Nessa linha de raciocínio, vem a Lei nº 8.429/92 definir tais atos de improbidade em três dispositivos diversos, sendo certo que os que aqui nos interessam estão capitulados nos arts.10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, estatui que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Aludida norma constitucional de eficácia limitada foi regulamentada pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1.992, a qual em seu artigo 3º determina serem suas disposições aplicáveis a todos aqueles que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Márcio Fernando Elias Rosa, em sua obra, define os malfadados atos de improbidade administrativa:

Improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.¹¹

¹¹ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1.999. pp. 39-40.

Um pouco adiante, os artigos 9º, 10 e 11 definem, em rol meramente exemplificativo, os atos caracterizadores de improbidade administrativa.

8.1. DA LESÃO AO ERÁRIO

Ao agir da forma narrada, o requerido **PETRONÍLIO** incorreu na tipificação prevista pelo artigo 10, incisos I, VIII, XI e XII, da Lei nº 8.429/1.992, definidor dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.

O artigo em questão assim dispõe:

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. 1.º desta Lei, e notadamente:

De seu turno, os seus incisos expõem, em rol meramente exemplificativo, as condutas consideradas lesivas ao erário aplicáveis in casu:

I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1.º desta Lei;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

A análise dos dispositivos demonstra a sua aplicabilidade ao caso em comento, uma vez que o alcaide **PETRONÍLIO**, ao firmar as contratações das empresas ligadas ao Chefe de Gabinete **CRISTIANO** e seus familiares, os demais requeridos, sem qualquer amparo legal, à revelia dos procedimentos licitatórios, acabou causando significativo prejuízo ao erário, **concorrendo** para a incorporação ao patrimônio daquelas de valores integrantes do acervo patrimonial do Município de Taquaral.

O agente político agiu, portanto, de forma patentemente dolosa e negligente ao contratar seus apaniguados, o que implicou em significativo prejuízo

aos cofres da cidade, como já narrado. E ao efetuar tais parcerias ruinosas, **permitiu e concorreu** para que os demais se enriquecessem ilicitamente com o percebimento indevido de **R\$ 106.230,30 (cento e seis mil, duzentos e trinta reais, trinta centavos).**

Em síntese, causou **lesão ao erário**, compreendido como o conjunto de bens que compõem o patrimônio público, na medida em que retirou dos contribuintes do Município **enorme** quantia em dinheiro para entregá-la fraudulentamente às empresas pertencentes aos demais requeridos ligados a ele por fortes laços de amizade.

Não resta outra conclusão senão a de que o Prefeito **PETRONÍLIO** agiu de forma **dolosa**, tendo os correqueridos **concorrido** para a prática dos atos de improbidade administrativa que causaram lesão ao erário municipal.

Sem prejuízo, o **dolo** se faz presente na violação aos princípios regentes da Administração Pública na seleção das empresas inquinadas, na desnecessidade das avenças e na falta de fiscalização do cumprimento de seus termos, com a aceitação de empresas inexistentes, inativas, sem estoque disponível, que emitiram notas fiscais ideologicamente falsas.

Ausente, pois, qualquer dúvida possível acerca da inconstitucionalidade e da ilegalidade das condutas praticadas por todos eles, todas elas maculadas pela ilicitude, pelo dolo e pela má-fé, tal como pelo descaso com a cidadania, com a probidade na gestão dos negócios públicos, com o erário municipal e, especialmente, com os municípios de Taquaral.

8.2. DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao agirem na forma descrita, os acionados também incorreram na tipificação prevista pelo artigo 11 da Lei nº 8.429/1.992, definidor dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Afrontaram, desse modo, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, cuja observância é obrigatória à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do artigo 37, caput, da Lei Suprema.

Destarte, o artigo 4º da Lei nº 8.429/1.992 reitera a disposição constitucional, ao afirmar serem os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia obrigados a “velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Destarte, afrontou os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade e da eficiência, eis que as contratações realizadas eram desne-

cessária e extremamente onerosas às burras públicas, haja vista se tratar de serviço que poderia, ou melhor, deveria ter sido executado por outras regulares empresas da cidade e região.

O **dolo** na conduta dos acionados é patente, consubstanciando-se na afronta da ordem constitucional e infraconstitucional visando favorecer pessoas determinadas em detrimento de toda a sociedade de Taquaral.

Frise-se, uma vez mais, ainda que tivessem agido culposamente, e não a título doloso, o que se admite apenas para ilustração, nenhuma diferença haveria para fins de aplicação das sanções pertinentes.

É o que demonstram as lições de Wallace Paiva Martins Júnior:

*Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9 e 11 e tornando impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. **Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave).***¹²

Entendimento parecido defende Carlos Alberto Ortiz ao discorrer sobre o artigo 11 da Lei nº 8.429/1.992, sustentando estar “implícita a culpa em sentido lato na violação dos deveres decorrentes desses princípios”.¹³

Não resta alternativa, dentro do ordenamento jurídico pátrio, senão reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa na conduta dos demandados.

E, por consequência lógica, de rigor a aplicação das sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1.992, restaurando a ordem jurídica violada com a decretação da **nullidade** dos atos ilicitamente praticados e, principalmente, com a condenação do então alcaide e das demais pessoas arroladas na qualidade de requeridas.

9. DA INDISPONIBILIDADE DE BENS

Com a finalidade de restabelecer a moralidade administrativa e garantir o ressarcimento dos prejuízos causados ao patrimônio público, a Constituição Federal impõe a indisponibilidade dos bens daqueles que, no exercício

¹² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2.001. p. 230.

¹³ ORTIZ, Carlos Alberto Apud MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2.001. p. 230.

de função pública, praticarem atos de improbidade administrativa (artigo 37, § 4º), providência cautelar prevista no artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1.992.

Ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos autores de atos de improbidade administrativa e pessoas que dele se beneficiam¹⁴, essa norma dispõe o seguinte:

*Quando o ato de improbidade administrativa causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, **para a indisponibilidade dos bens do indiciado.***

Ainda que assim não fosse, o Código de Processo Civil contempla a determinação judicial das medidas cautelares inominadas, permitindo-se, pois, que se confira atuação concreta à previsão constitucional de indisponibilidade de bens.

Por outro lado, o artigo 942 do Código Civil determina que os bens dos responsáveis pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado.

O conjunto da legislação citada, que se ajusta com perfeição ao caso, torna indeclinável o dever de ressarcir o dano gerado pela improbidade administrativa, ensejando a presença do **fumus boni iuris**.

Esta medida torna-se indispensável, considerando o elevado valor do prejuízo **R\$ 106.230,30** que somado ao valor da multa civil a ser aplicada em 2 vezes o valor do dano, totaliza na monta de **R\$ 318.690,90 (trezentos e dezoito mil, seiscentos e noventa reais, noventa centavos)**, havendo, portanto, a real possibilidade de dilapidação do patrimônio pessoal e a conseqüente ineficácia do provimento jurisdicional principal.

Nesse sentido é, inclusive, o posicionamento de nossos pátrios tribunais:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. GARANTIA DE EVENTUAL EXECUÇÃO. LIMITES. VALOR DO DANO AO ERÁRIO, ACRESCIDO DE POSSÍVEL IMPOSIÇÃO DE MULTA CIVIL, ESTIMADO PELO AUTOR DA AÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATÉ A INSTAURAÇÃO

¹⁴ Lei nº 8.429/1.992, artigo 7º, “caput”.

DE LIQUIDAÇÃO. PODERES DE CAUTELA E DE CONDUÇÃO DO FEITO PELOS MAGISTRADOS. OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS LEGAIS SOBRE VEDAÇÃO À INDISPONIBILIDADE. 1. É pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Precedentes. 2. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo ao erário na esfera de vinte e cinco milhões de reais. Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela). 3. Ocorre que, contando a ação civil pública com vinte e cinco réus, e dado o desenvolvimento incipiente da instrução processual, não é possível aferir, agora, o grau de participação de cada parte na consecução de eventuais condutas ímprobas. 4. Daí porque aplica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, até a liquidação, devem permanecer bloqueados tanto quantos bens foram bastantes para dar cabo da execução em caso de procedência da ação, na medida em que vigora entre os réus uma responsabilidade do tipo solidária. Precedentes. 5. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial. 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1195828 MA 2009/0242485-5, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 02/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2010) - destacamos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTRIÇÃO DE INDISPONIBILIDADE. LIMITAÇÃO. 1. CONFORME REITERADO POSICIONAMENTO DO EGRÉGIO STJ, A INDISPONIBILIDADE DEVE RECAIR SOBRE TANTOS BENS QUANTOS BASTEM PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE EVENTUAL CONDENAÇÃO, INCLUÍDA A MULTA CIVIL. 2. VERIFICANDO-SE QUE OS BENS OFERTADOS PELO RÉU SOBEJAM O VALOR ESTIMADO PELO PARQUET PARA RES-

SARCIMENTO DO ESTIMADO PREJUÍZO AO ERÁRIO, BEM COMO DA MULTA CIVIL, HÁ QUE SER LEVANTADA A INDISPONIBILIDADE DOS DEMAIS IMÓVEIS QUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO DO DEMANDADO. 3. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (TJ-DF - AGI: 20130020154119 DF 0016264-72.2013.8.07.0000, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 19/03/2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/03/2014 . Pág.: 211) – grifo nosso

Consigne-se, ainda, que o direito material acha-se suficientemente demonstrado nos documentos que instruem esta inicial, o mesmo ocorrendo com a possibilidade do perigo que poderá representar a demora da prestação jurisdicional final, mormente com a provável interposição de recursos protelatórios, nem sempre decididos com a celeridade que se deseja.

Fica claramente evidenciada a necessidade de amparo judicial urgente para afastar de pronto os riscos de perecimento dos bens que representam a garantia de eficácia da sentença de mérito, ensejando a presença do *periculum in mora*.

É, por oportuno, a posição **reiterada** por **diversas vezes** pelo E. Superior Tribunal de Justiça em casos análogos ao ora examinado:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DANO AO ERÁRIO – DESVIO DE DINHEIRO PÚBLICO – EMISSÃO DE CHEQUE DA CÂMARA LEGISLATIVA À EMPRESA INEXISTENTE – MEDIDAS LIMINARES – PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS.

1 – O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.

*2 – Comprovados fatos que, em tese, são tipificados como atos de improbidade e de autoria calçada em fortes indícios, em avançada apuração, pode-se estabelecer **um juízo de probabilidade que autoriza certas providências acautelatórias.***

*3 – **Demonstrado e até apurado o quantitativo de dano ao erário, oriundos dos atos de improbidade, há em favor do autor das providências, o MP, fumus boni iuris.***

*4 – **Embora eventual, é provável a dilapidação patrimonial dos envolvidos nos fatos em apuração, restando evidenciada a circunstância do periculum in mora.***

5 – *A indisponibilidade dos bens e a busca e apreensão de documentos, como medidas cautelares, prescindem de contraditório antecedente.*

6 – *Recurso especial conhecido e provido em parte.*¹⁵ - destacamos

Denota-se, pois, a **presunção de dilapidação do patrimônio dos acionados**, especialmente em razão da vultosa lesão perpetrada aos cofres do Município de Taquaral, estando presente, uma vez mais, o **periculum in mora**, nos termos do entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça.

Ainda:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DILAPIDAÇÃO DOS BENS. RECEIO DO JULGADOR. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DA CAUTELAR VINCULADA. I - Para se aferir se presentes ou não as condições que permitiram a decretação da indisponibilidade de bens do requerente, inevitável seria o revolvimento do panorama probatório, o que é vedado a teor da Súmula 7 do Tribunal Superior. II - **A indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, demonstra receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento.** III - Neste panorama, para avaliar o baldrame em que foi esteiada a convicção do julgador pelo “receio” em desfavor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial, inviabilizando a cautelar vinculada a tal recurso. IV - **A indisponibilidade recairá sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano resultante do enriquecimento ilícito, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Também por este viés faz-se de rigor o exame do conjunto probatório para aquilatar tal incidência. Precedente: REsp nº 401.536/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 06/02/2006, p. 198.** V - **Agravo regimental improvido.**¹⁶ - sublinhamos*

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1134638/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, v.u., j. 27.10.2009, DJe 23.11.2009.

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 11139/SP, Agravo Regimental na medida cautelar 2006/0021479-0, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 14.03.2006, DJ 27.03.2006, p. 152

Desnecessária, portanto, a comprovação de ocultação, desvio ou dilapidação dos bens de **PETRONÍLIO** e dos demais envolvidos, eis que, em face de todo o conjunto probatório, demonstrando com segurança a prática de diversas **inconstitucionalidades** e **ilegalidades** pelos acionados, assim como o dolo em suas condutas, presume-se a provável dilapidação do patrimônio dos demandados, especialmente diante do vultoso importe a ser ressarcido ao erário municipal.

Como não poderia deixar de ser, é a posição **unânime** da C. Sexta Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*Agravo de Instrumento – Ação Civil Pública – Liminar indeferida em Primeiro Grau ante o entendimento do Juiz de ausência de periculum in mora – Liminar concedida para determinar a indisponibilidade dos bens dos agravados até o montante apontado na inicial – **Presença do periculum in mora caracterizado pela possibilidade de desfazimento do patrimônio dos réus da ação – Recurso provido.**¹⁷ – grifo nosso*

É a fundamentação do DD. Desembargador Relator:

*De acordo com o art. 7º, da Lei nº 8.429/92 o bloqueio dos bens do acusado de ato de improbidade pode ser determinado **antes mesmo da propositura da ação civil, já na fase administrativa, desde que o ato ímprobo possa causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito.***

*Dessume-se que dos documentos que estão nos autos, e que instruem a ação civil pública, apontam, **em exame superficial**, que houve fraudes cometidas pelos agravados diante do desvio de dinheiro dos cofres da municipalidade, sem a emissão de qualquer empenho prévio ou documento fiscal correspondente, relativo aos anos de 2002 e 2003.*¹⁸ – destaque nosso

Com efeito, arrematou:

¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 635.825-5/9-00, rel. Des. Moreira de Carvalho, 6ª Câmara de Direito Público, Comarca de Franca. v.u. j. 15.12.2008.

¹⁸ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 635.825-5/9-00, rel. Des. Moreira de Carvalho, 6ª Câmara de Direito Público, Comarca de Franca. v.u. j. 15.12.2008.

*A decisão agravada entendeu estar ausente o periculum in mora para a concessão da liminar, no entanto, **tal entendimento não pode prevalecer.***

*“Deve ser considerado que o ex-Prefeito Municipal e agravado responde por outras ações semelhantes. **Assim, mesmo que não haja concretamente a indicação da pretensão de desfazimento do patrimônio, a cautela conduz ao raciocínio de que se deve preservar intacto o patrimônio existente dos agravados.***

Isto porque, se de fato os agravados praticaram a conduta que lhes é atribuída, a aplicação da norma repressiva será concretizada. Por isso, ante o que consta dos autos, há indicação do direito da coletividade em ter ressarcido os cofres públicos do dinheiro que despendeu de forma irregular.¹⁹ - destacamos

Percebe-se, portanto, a necessidade de se **acautelar o interesse público** em desfavor do **interesse particular ilícito**. E, nesse caso, o interesse público é a restituição da elevada quantia de **R\$ 106.230,30** aos cofres da Municipalidade de Taquaral, bem como o pagamento de multa civil de duas vezes o valor desse dano (**R\$ 212.460,60**).

Requer-se, em razão de todo o exposto, seja decretada, liminarmente, a **INDISPONIBILIDADE** dos bens de **PETRONÍLIO JOSÉ VILELA, CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, DIVALDO LUIZ DOS SANTOS, TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN e ALINE CRISTINA DOS SANTOS**, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1.992, tão somente com relação aos valores necessários à garantia da integral reparação do prejuízo sofrido pelo erário municipal, bem como a multa civil pertinente, o que atingirá o montante de **R\$ 318.690,90 (trezentos e dezoito mil, seiscentos e noventa reais, noventa centavos – correspondente ao valor do dano + a multa civil de duas vezes o valor do dano).**

Assim, para a efetividade da indisponibilidade de bens postulada, requer-se:

a) sejam requisitadas à Delegacia da Receita Federal as declarações de bens e rendimentos dos últimos cinco anos em relação aos demandados, bem como a remessa de dossiês integrados de suas movimentações financeiras;

¹⁹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 635.825-5/9-00, rel. Des. Moreira de Carvalho, 6ª Câmara de Direito Público, Comarca de Franca. v.u. j. 15.12.2008.

b) seja oficiada à E. Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, comunicando a indisponibilidade dos bens imóveis dos acionados, para que seja participada a todos os órgãos de Registro Imobiliário do Estado de São Paulo;

c) seja oficiado ao Detran, comunicando a indisponibilidade de todos os automóveis licenciados em nome dos demandados;

d) seja comunicado ao Banco Central do Brasil, por intermédio do sistema eletrônico denominado Bacen Jud, acerca da indisponibilidade de todas as contas bancárias em nome dos demandados;

e) caso seja impossível a utilização do sistema Bacen Jud, seja oficiado ao Banco Central do Brasil, comunicando a indisponibilidade de todas as contas bancárias em nome deles;

f) seja determinada a publicação no Diário Oficial da r. decisão concessiva da medida liminar, a fim de que chegue ao conhecimento de todos a indisponibilidade dos bens até decisão final.

10. DOS PEDIDOS

Em face de tudo o quanto acima foi exposto, distribuída e autuada esta com os documentos que a instruem na forma dos arts. 283 do Código de Processo Civil e 109 da Lei Complementar Estadual nº 734/93, requer a Vossa Excelência se digne receber a presente inicial, e:

1) a priori, desconsiderar a personalidade jurídica das empresas D.L. SANTOS & OLIVEIRA LTDA.-ME., TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN TAQUARAL-ME. e A.C. DOS SANTOS-ME., para que os efeitos das apontadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares de seus respectivos administradores e sócios **DIVALDO LUIZ DOS SANTOS, TEREZA AUGUSTA DE OLIVEIRA MARIN, ALINE CRISTINA DOS SANTOS e CRISTIANO LUIS DOS SANTOS;**

2) bem como, em sede de liminar, determinar a indisponibilidade dos bens de todos demandados, como retro alinhavado;

3) a posteriori, ordenar a notificação dos requeridos para, se quiserem e no prazo de 15 (quinze) dias, oferecerem manifestações por escrito, as quais poderão ser instruídas com documentos e justificações e, em seguida, a citação dos mesmos para tomarem conhecimento da presente ação e respondê-la na forma do disposto na Lei nº 7.347/85 e Código de Processo Civil;

4) ordenar também a intimação do Município de Taquaral para, querendo, integrar o polo passivo da presente demanda, contestando a presente ação ou não, conforme o disposto no art. 17, § 3º da Lei nº 8.429/92 c.c. 6º, §3º, da Lei nº 4.717/65²⁰;

5) sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega e vista dos autos na Promotoria de Justiça de Pitangueiras, situada no fórum local, dado o disposto no art. 236, § 2º do CPC e art. 41, inciso IV, da Lei nº 8.625/93;

6) além da robusta prova documental que acompanha a inicial, a produção oportuna, em havendo necessidade, de todos os meios probatórios em Direito admitidos, sem exceção, notadamente a pericial, a testemunhal, o depoimento pessoal, a juntada de documentos novos e tudo o mais que se fizer necessário à completa elucidação e demonstração cabal dos fatos articulados na presente inicial;

7) dispensar o autor do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, à vista do disposto nos artigos 18 da Lei 7.347/85 e artigo 87 da Lei 8.078/90, que instrumentalizam o dever do Ministério Público de defender o patrimônio público imposto pelo art. 129, inc. III, da Constituição Federal;

8) julgar integralmente **procedente** a presente ação para o fim de:

a) declarar a nulidade das referidas contratações e respectivos pagamentos levadas a cabo pela Municipalidade de Taquaral, por intermédio do correquerido **PETRONÍLIO**, nos idos de 2009 a 2012;

b) determinar o ressarcimento ao erário do Município de Taquaral, no montante total de R\$ 106.230,30 (cento e seis mil, duzentos e trinta reais, trinta centavos), na medida da participação de cada requerido na lesão (como destacado alhures), a ser devidamente atualizado em momento oportuno;

²⁰ Lei nº 8.429/1.992, artigo 17, §§ 7º e 9º, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.245/2.001.

c) condenar solidariamente os requeridos ao pagamento de multa civil no valor de 2 vezes o valor do dano, nos moldes em que dantes apregoado, ou, se o caso, subsidiariamente, condená-los ao pagamento de multa civil de 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo alcaide;

d) suspender os direitos políticos do agente público por 08 (oito) anos, ou, se o caso, por 5 anos;

e) proibir as empresas pertencentes aos demais requeridos de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 05 (cinco) anos, ou, se o caso, subsidiariamente, cominar referida proibição pelo período de 3 anos; tudo consoante o apregoado no artigo 12, incisos II, ou, em assim não sendo entendido, conforme disposto no art. 12, inc. III, ambos da Lei nº 8.429/1.992;

9) sejam, por fim, os requeridos condenados a pagar as custas, emolumentos, encargos e demais despesas processuais, inclusive eventuais perícias requeridas no curso do processo.

Dá-se à causa o valor de **R\$ 318.690,90 (trezentos e dezoito mil, seiscentos e noventa reais, noventa centavos).**

Termos em que, Pede **DEFERIMENTO**.

Pitangueiras, 12 de agosto de 2014.

LEONARDO BELLINI DE CASTRO
Promotor de Justiça

ANA CAROLINA A F DE CARVALHO
Analista de Promotoria I

Composto e Diagramado pelo
Departamento de Publicações da APMP
Rua Riachuelo, 115 - 11º Andar - Centro
Tel. 3188-6464 - São Paulo - SP
e-mail: publica@apmp.com.br