

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5001322-72.2011.404.7101/RS

RELATOR : FERNANDO QUADROS DA SILVA
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: MUNICÍPIO DE SANTA VITÓRIA DO PALMAR
APELANTE : RUBEN NESTOR TEIXEIRA HERNANDEZ
ADVOGADO : JORGE LUIZ GOMES COITINHO
APELANTE : SERGIO CARLOS OCAMPOS MAS
ADVOGADO : LESTER PIRES CARDOSO
APELANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO : CRISTINA HIGUEROT FACHOLA
ADVOGADO : LESTER PIRES CARDOSO
APELADO : OS MESMOS
APELADO : TEREZA LILIAN GELEZAUSKAS ZEBRAITIS
ADVOGADO : LESTER PIRES CARDOSO

EMENTA

ADINISTRATIVO. AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. ART. 11 DA LEI N.º 7.347/85.

1. Em consonância com o disposto no art. 11 da Lei n.º 7.347/85, mantida a obrigação de fazer, qual seja, a obrigação dos réus de adequarem o seu empreendimento às normas ambientais, e, no caso de descumprimento dos prazos assinalados para a implementação das medidas determinadas, salvo efetiva comprovação da necessidade de dilação dos mesmos, o pagamento de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais), solidária entre os réus Rubens Hernandez e Sérgio Mas, e mais R\$500,00 (quinhentos reais), pelo Município de Santa Vitória do Palmar.

2. A fixação de multa cominatória é instrumento processual de caráter punitivo necessário à garantia do efetivo cumprimento das obrigações impostas, sendo que, considerando o escopo de estimular o cumprimento da decisão judicial e dissuadir a parte ré à degradação ambiental, a multa deve ser fixada em patamar suficiente para tanto.

3. Igualmente mantida a obrigação dos réus de não fazer, essa consistente no impedimento de que os demandados efetuem qualquer nova

construção ou ampliação das construções já existentes na área em questão, salvo as obras necessárias à manutenção do estabelecimento, após a devida autorização dos órgãos competentes, também sob pena de cominação de multa diária, nos termos da liminar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencida a Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, dar parcial provimento à apelação dos réus Rubens Hernandez e Sérgio Mas, e julgar prejudicadas as apelações da União e do Ministério Público Federal, e, por unanimidade, negar provimento à apelação do Município de Santa Vitória do Palmar e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 28 de novembro de 2012.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de RUBENS NESTOR TEIXEIRA HERNANDEZ e outros, objetivando a reparação de danos ambientais causados pela construção de hotel em área de preservação permanente, na Estação Balneária Barra do Chuí, em virtude de licença de construção alegadamente irregular, conferida pelo Município de Santa Vitória do Palmar.

O Juízo *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, passiva, com relação às requeridas TEREZA LÍLIAN ZELEZAUKAS ZEBRAITIS E CRISTINA HIGUEROT FACHOLA, nos termos do artigo 267,

inciso VI, do Código de Processo Civil, rejeitando as demais preliminares, e quanto aos co-réus, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para:

a) declarar que os lotes 01, 02, 03, 04, 14 e 15, situados na Rua 29, Quadra 36, do Loteamento Alvorada, Barra do Chuí, Santa Vitória do Palmar, estão localizados em Área de Preservação Permanente;

b) condenar os réus Sérgio Mas e Ruben Hernandez, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais causados ao meio ambiente, fixados no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85;

c) condenar o Município de Santa Vitória do Palmar, independentemente da condenação dos co-réus, mas ainda solidariamente, ao pagamento de indenização por danos extra-patrimoniais causados ao meio ambiente, fixados no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85;

d) condenar os requeridos Sérgio Mas e Rubens Hernandez, em obrigação de fazer, consistente na elaboração e implementação de medidas de adequação do seu empreendimento às normas ambientais, em especial quanto à destinação dos esgotos cloacais, a ser efetuado com a participação dos órgãos ambientais (FEPAM e IBAMA), no prazo de 130 (cento e oitenta dias), a partir do trânsito em julgado da sentença, bem como na adoção de medidas compensatórias, relacionadas às demais Áreas de Preservação Permanente similares no Município, também com participação dos órgãos ambientais, devendo ser destinadas a essas medidas, no mínimo, 05% (cinco por cento), e no máximo, 10% (dez por cento) do faturamento anual do estabelecimento, pelo período de dez anos, a serem iniciadas também no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do trânsito em julgado;

e) condenar o Município de Santa Vitória do Palmar a adotar, a par das medidas já constantes do termo de ajustamento de conduta das fls. 908/910, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do trânsito em julgado, com a participação dos órgãos ambientais (FEPAM e IBAMA), plano de manejo dos efluentes cloacais dos empreendimentos situados na zona costeira do Balneário Alvorada;

f) para o caso de descumprimento dos prazos assinalados para a implementação das medidas acima determinadas, salvo efetiva comprovação da necessidade de dilação dos mesmos, fixou multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais), solidária entre os réus Rubens Hernandez e Sérgio Mas, e mais R\$ 500,00 (quinhentos reais) pelo Município de Santa Vitória do Palmar;

g) ratificou a liminar deferida às fls. 281/283, determinando o impedimento de que os demandados Sérgio Mas e Ruben Hernandez efetuem qualquer nova construção ou ampliação das construções já existentes na área em questão, salvo as obras necessárias à manutenção do estabelecimento, após a devida autorização dos órgãos competentes, sob pena de cominação de multa fixada em RS 500.000,00 (quinhentos mil reais), independentemente da atuação dos órgãos competentes, na aplicação das demais medidas administrativas e penais cabíveis, valendo a presente sentença como título executivo para tal multa.

h) ratificando a liminar deferida às fls. 281/283, e modificando-a em parte, determinou que as restrições decorrentes das obrigações da presente sentença deverão ser anotadas nas matrículas dos imóveis, com a finalidade de torná-las obrigatórias para quem quer que venha a eventualmente adquirir as propriedades dos ora réus, seja qual for a forma de aquisição dessa propriedade, em substituição à proibição de registro de transferência antes anotada, que deve ser cancelada. Considerando a sucumbência mínima do Ministério Público Federal, e que o Município de Santa Vitória do Palmar é isento de custas, nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, condenou os requeridos Sérgio Mas e Ruben Hernandez ao pagamento de 2/3 das custas processuais. Sem condenação em honorários advocatícios. A sentença foi submetida ao reexame necessário (evento 4 - SENT194).

A parte ré apelou, alegando:

a) que não possui condições financeiras para levar a efeito as medidas compensatórias estipuladas pela sentença, relacionadas às demais áreas de compensação similares no Município, requerendo a sua desobrigação ao pagamento de no mínimo 0,5% e de no máximo 10% do faturamento anual do estabelecimento, de forma permanente, ou, alternativamente, que seja reduzido o percentual para 1% do faturamento líquido, assim como diminuído o prazo de pagamento dessa indenização para o período de um ano;

b) requerendo seja declarada apenas a obrigação à compensação em área similar ao de suas propriedades, dentro do município, mediante projeto particular em área costeira marítima, próxima ao empreendimento;

c) a revogação da condenação à indenização de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) com a diminuição da mesma para R\$5.000,00 (cinco mil reais), e a redução da multa diária de R\$100,00 (cem reais), e com aplicação apenas após o trânsito em julgado da sentença, em caso de descumprimento, prorrogados os prazos para pagamento e em prestações anuais;

d) a sua isenção ao pagamento das custas processuais, pelo fato de o Município ser isento (evento 4 - APELAÇÃO 199 e APELAÇÃO 226).

Também apelou o MPF, requerendo, em síntese, a reabertura da fase probatória, inclusive para fins de prova pericial, com o provimento dos pedidos de condenação dos réus a recuperarem totalmente a área, mediante demolição das construções e reposição das dunas e vegetação nativa, em conformidade com Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRDA) (evento 4 - APELAÇÃO 203).

A União também apelou, alegando:

a) o interesse de agir da apelante quanto ao requerido nas alíneas G, H e J da inicial;

b) a legitimidade passiva das demandadas TEREZA LÍLIAN ZELEZAUKAS ZEBRAITIS E CRISTINA HIGUEROT FACHOLA;

c) a necessidade de produção de prova pericial;

d) a procedência do pedido quanto à condenação dos réus a recuperarem totalmente a área, mediante demolição das construções e reposição

das dunas e vegetação nativa, em conformidade com Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRDA) (evento 4 - APELAÇÃO 210);

Também apelou o MUNICÍPIO DE SANTA VITÓRIA DO PALMAR, alegando, em síntese que, em se tratando de APP, nos termos do disposto no Código Florestal (Lei n.º 4.771/65, com a redação dada pela Lei n.º 7.803/89) a sua fiscalização é competência da UNIÃO, não podendo o ente municipal ser responsabilização por eventual omissão quanto ao ponto (evento 4 - APELAÇÃO 228).

Apresentadas as contrarrazões, E COM O PARECER DO REPRESENTANTE DO PELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5001322-72.2011.404.7101/RS

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de RUBENS TEIXEIRA HERNANDEZ e outros, objetivando a reparação dos danos ambientais causados pela construção de hotel em área de preservação permanente, em virtude de licença de construção alegadamente irregular, conferida pelo Município de Santa Vitória do Palmar.

O magistrado de origem fundamentou no sentido de que resta incontroverso que o local onde foi construído o hotel de propriedade dos requeridos trata de Área de Preservação Permanente, por se tratar de região de restinga e conter vegetação fixadora de dunas, protegida já na época da construção do empreendimento (1989), pelos termos do artigo 2º, alínea f, da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal). Ressaltou que os danos são de ordem permanente, pois, com a construção do hotel, fica a vegetação nativa impedida de se refazer, razão pela qual, há a necessidade de adequação do seu empreendimento às normas ambientais, e, como medida de compensação ambiental, relacionadas às demais Áreas de Preservação Permanente similares no Município, devendo corresponder o valor investido nessas medidas mínimo, 05% (cinco por cento), e no máximo, 10% (dez por cento) do faturamento anual do estabelecimento, pelo período de dez anos, e, com base na responsabilidade objetiva, fundada no risco integral, também reconheceu a responsabilidade do Município de Santa Vitória do Palmar.

Primeiramente, cumpre analisar a questão da responsabilização por eventual omissão pela fiscalização, por parte do ente municipal. No ponto, andou bem a sentença, cujo trecho transcrevo, adotando-o como razões de decidir:

Não se pode olvidar que, com base na legislação vigente do artigo 22 da Lei n.º 4.771/65, era possível se interpretar que o Município possuía atribuição de fiscalizar se as construções respeitavam a legislação ambiental.

*Art. 22. A União fiscalizará diretamente, pelo órgão executivo específico do Ministério da Agricultura, **ou em convênio com os Estados e Municípios, a aplicação das normas deste Código**, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis.*

Logo a seguir, em 1989, foi alterado o dispositivo retro mencionado, deixando mais clara ainda a atribuição de fiscalização por parte do Município nas áreas consideradas urbanas:

Art. 22. A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscalizará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis (redação dada pela Lei n.º 7.803 de 18.07.1989).

*Parágrafo único. **Nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único do art. 2º desta Lei, a fiscalização é da competência dos municípios, atuando a União supletivamente** (incluído pela Lei n.º 7.803 de 18.07.1989).*

De ser observado que a infração à legislação ambiental, no caso dos autos, é justamente com relação ao artigo 2º da referida lei, especificamente sua alínea 'f', o que faz concluir que os autores, dentro dos conhecimentos que possuíam à época, buscaram as autorizações dos órgãos competentes.

Outro ponto importante de ser salientado é que o IBAMA foi criado apenas em fevereiro de 1989, pela Lei n.º 7.735, de 22/02/1989, se tratando, portanto, de instituição recente na época dos fatos. A FEPAM, por sua vez, ainda não existia, pois foi criada pela Lei Estadual n.º 9.077, de 4 de junho de 1990, e implantada em 4 de dezembro de 1991 (fonte: <http://eta.fepam.rs.gov.br>).

Assim, nada a reparar na sentença quanto ao ponto, razão pela qual deve ser negado provimento ao apelo do Município de Santa Vitória do Palmar.

Também nada há a reparar na sentença quanto à necessidade de adequação do empreendimento às normas ambientais, porquanto, como bem ressaltado, não há controvérsia de que a edificação encontra-se situada em Área de Preservação Permanente.

Igualmente não há dúvidas de que, conforme bem observado pela sentença, é impossível o retorno ao *status quo ante*, e que '*há um extenso litoral a ser tutelado, e que necessita de medidas preservacionistas, que podem ser parcialmente custeadas por quem degradou anteriormente o meio ambiente, como forma de compensar os danos causados em período pretérito*' (EVENTO 4 - SENT194). Ademais, conforme defendido pelo Parquet, '*a boa fé dos réus no caso concreto é extremamente duvidosa, conforme demonstrou amplamente o Ministério Público Federal nas razões de seu recurso. A edificação iniciou-se em 1989, mais de vinte anos depois da edição do Código Florestal, que regulava a matéria. Além disso, o órgão florestal de então, isto é, o IBDF chegou a embargar a obra logo no seu início. É certo que esse embargo foi sustado, mas com expressa recomendação aos réus de que obtivessem autorização do órgão ambiental para o prosseguimento da obra. Os réus, porém, preferiram prosseguir na edificação, sem qualquer licença ambiental*' (EVENTO 10 - PAREC_MPF1).

Contudo, merece reparos a sentença no tocante à compensação ambiental determinada, uma vez que a condenação imposta distancia-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao dano causado, porquanto, além do prazo de dez anos ser demasiado longo, o valor fixado na condenação não é compatível com o porte do empreendimento. As medidas determinadas - compensação nas demais áreas de preservação similares no município, com participação dos órgãos ambientais, com valor destinado de, no mínimo, 05% (cinco por cento), e no máximo, 10% (dez por cento) do faturamento anual do estabelecimento, pelo período de dez anos, a serem iniciadas também no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do trânsito em julgado da sentença não são consentâneas com o porte do empreendimento.

No evento 4, APELAÇÃO 199, os réus juntaram cópia da declaração ao SIMPLES, na qual restou registrado que a maior receita bruta auferida pelo empreendimento, em janeiro de 2008, foi de R\$7.018,50 (sete mil e dezoito reais e cinquenta centavos), sendo que, nos meses subsequentes, esse valor caiu consideravelmente, o que pode ser explicado pelo fato de ser um hotel situado à beira mar, em que, ao que tudo indica, não há grande fluxo de pessoas no período considerado de baixa temporada turística. Por esse motivo, merece acolhida, em parte, a apelação dos réus SÉRGIO MAS e RUBEN HERNANDEZ, a fim que seja excluída a condenação ao pagamento de percentual incidente sobre o faturamento anual do estabelecimento, na forma como estipulado pela sentença.

Da mesma forma, deve ser excluída a condenação ao pagamento, pelos réus Sérgio Mas e Ruben Hernandez, solidariamente, de indenização por danos extra-patrimoniais causados ao meio ambiente, assim como a condenação ao pagamento, pelo Município de Santa Vitória do Palmar, solidariamente, também de indenização por danos extra-patrimoniais causados ao meio ambiente.

Em consonância com o disposto no art. 11 da Lei n.º 7.347/85, mantém-se a obrigação de fazer, qual seja, a obrigação dos réus de adequarem o seu empreendimento às normas ambientais, e, no caso de descumprimento dos prazos assinalados para a implementação das medidas determinadas, salvo efetiva comprovação da necessidade de dilação dos mesmos, o pagamento de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais), solidária entre os réus Rubens Hernandez e Sérgio Mas, e mais R\$500,00 (quinhentos reais), pelo Município de Santa Vitória do Palmar. A fixação de multa cominatória é instrumento processual de caráter punitivo necessário à garantia do efetivo cumprimento das obrigações impostas, sendo que, considerando o escopo de estimular o cumprimento da decisão judicial e dissuadir a parte ré à degradação ambiental, a multa deve ser fixada em patamar suficiente para tanto.

Também mantida a obrigação dos réus de não fazer, essa consistente no impedimento de que os demandados efetuem qualquer nova construção ou ampliação das construções já existentes na área em questão, salvo as obras necessárias à manutenção do estabelecimento, após a devida autorização

dos órgãos competentes, também sob pena de cominação de multa diária, nos termos da liminar deferida.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento à apelação dos réus Rubens Hernandez e Sérgio Mas, negar provimento à apelação do Município de Santa Vitória do Palmar, bem como negar provimento à remessa oficial, prejudicadas as apelos da União e do Ministério Público Federal.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5465658v10** e, se solicitado, do código CRC **44249EF9**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Fernando Quadros da Silva

Data e Hora: 30/11/2012 13:48

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 28/11/2012
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5001322-72.2011.404.7101/RS
ORIGEM: RS 50013227220114047101

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

PRESIDENTE : FERNANDO QUADROS DA SILVA

PROCURADOR : Dr(a)Eduardo Kurtz Lorenzoni

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

: MUNICÍPIO DE SANTA VITÓRIA DO PALMAR

APELANTE : RUBEN NESTOR TEIXEIRA HERNANDEZ

ADVOGADO : JORGE LUIZ GOMES COITINHO

APELANTE : SERGIO CARLOS OCAMPOS MAS

ADVOGADO : LESTER PIRES CARDOSO

APELANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

APELADO : CRISTINA HIGUEROT FACHOLA

ADVOGADO : LESTER PIRES CARDOSO
APELADO : OS MESMOS
APELADO : TEREZA LILIAN GELEZAUSKAS ZEBRAITIS
ADVOGADO : LESTER PIRES CARDOSO

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 28/11/2012, na seqüência 302, disponibilizada no DE de 16/11/2012, da qual foi intimado(a) UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR MAIORIA, DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DOS RÉUS RUBENS HERNANDEZ E SÉRGIO MAS, PREJUDICADOS OS APELOS DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, VENCIDA A DES. FEDERAL MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, E, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SANTA VITÓRIA DO PALMAR, BEM COMO NEGAR PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL.

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
ACÓRDÃO : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
VOTANTE(S) : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
: Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA
: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
: LENZ

Letícia Pereira Carello
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Letícia Pereira Carello, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5530807v1** e, se solicitado, do código CRC **5286EFFB**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Letícia Pereira Carello
Data e Hora: 28/11/2012 15:53