

# Judiciário ativo regulador: qual a saída?

## João Batista Gomes Moreira

Mestre e doutor em direito administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Trata-se de tema proposto no XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo para debate na honrosa companhia da professora Weida Zancaner e do professor e magistrado Sílvio Luiz Rocha, painel sob a presidência da professora Caroline Müller Bitencourt. A discussão é aqui retomada, com a narrativa de casos julgados, em três vertentes: a) uma, circunscrita ao papel regulador em sentido estrito, como tal, a atividade de controle judicial das agências reguladoras; b) outra, que poderia ser denominada papel quase-normativo do Poder Judiciário no julgamento de ações civis públicas; c) outra ainda, voltada para mais ampla atividade normativa exercida excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal com a finalidade (contramajoritária) de proteção de minorias, no célebre julgamento do caso Reserva Indígena *Raposa Serra do Sol*.

## 1 Controle judicial dos atos das agências reguladoras

Assim que as agências reguladoras começaram a funcionar, aconteceram algumas iniciativas de empresas de telefonia com a finalidade de substituir a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel pelo Poder Judiciário, em razão de omissão atribuída, possivelmente, a motivo que é bem assinalado por Floriano de Azevedo Marques:

Questão relevante sobre o controle dos poderes de conciliação diz respeito à hipótese de omissão do regulador no cumprimento dessa função. Afinal, a decisão dos conflitos no setor regulado pode, por vezes, ser encarada pelo regulador como um desgaste a ser evitado, levando-o a se esquivar de exercer o seu papel de árbitro ou mediador (Marques Neto, 2005, p. 122-123).

Representativo dessa tendência foi o ajuizamento de ações destinadas a fixar o chamado *preço de interconexão (vu-m)*. O que é o *preço de interconexão*? As empresas de telefonia utilizam na transmissão de suas mensagens trechos de redes umas das outras: quando um cliente da *VIVO* faz ligação para cliente da *TIM* ou da *CLARO*, sua mensagem percorre não só a rede da própria *VIVO*, mas também parte da rede da outra empresa. A *VIVO* é remunerada pelo serviço, na conta telefônica, mas em parte, portanto, à custa da utilização de rede alheia. A lei estabelece que a empresa cuja rede foi utilizada em ligação vinda de fora deve ser periodicamente reembolsada. A fixação do valor desse reembolso, não sendo possível acordo entre as partes, compete à Anatel.

Dispõe a Lei 9.472, de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações):

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo *preços isonômicos e justos*, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço (destaquei).

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrar as condições para a interconexão (destaquei).

A Anatel, inicialmente, omitiu ou atrasou o exercício dessa competência, o que, conforme já foi mencionado, estimulou a vinda de empresas de telefonia à Justiça Federal com a finalidade de obter a fixação de tal valor. Em votos nos recursos de decisões proferidas em primeira instância, foi aplicado o seguinte raciocínio:

A tentativa de substituir o processo administrativo pelo processo judicial ocorre, com alguma frequência, em casos sujeitos à disciplina pelas agências reguladoras.

A função administrativa é constituída, em caráter principal, pelas atividades-meio de todos os poderes ou funções do Estado e de três atividades-fim concentradas essencialmente no Poder Executivo – polícia administrativa, serviço público e intervenção econômica e social – a que, atualmente, deve acrescentar-se a regulação, que envolve, além da tradicional polícia administrativa, atividades quase-legislativas e quase-jurisdicionais. Se a Administração falha no exercício de suas atividades-fim – ex.: prestação de serviços públicos –, o Poder Judiciário, em princípio, é chamado não para suprir a omissão, executando diretamente a atividade, mas para impor à Administração o devido exercício daquela competência. Por isso, invariavelmente, a pessoa jurídica competente deve figurar no polo passivo da ação.

O exercício direto da atividade, pelo Poder Judiciário, só é possível acontecer, especialmente para preservar direitos fundamentais, em razão de previsível ineficácia de uma ordem à Administração para que cumpra o dever de executar determinada tarefa (ex.: quando seja notório o desmantelo da Administração naquele setor) e, ainda assim, somente enquanto permanece a omissão administrativa.

A conclusão desse raciocínio é que, em princípio (leia-se: em primeira mão), *não cabe ao Poder Judiciário prestar serviço público, exercer atividade de polícia administrativa ou efetuar a regulação de determinado setor*. Caso concreto é o da pretensão, frequentemente manifestada pelo Ministério Público (por meio de ação civil pública) de que o juiz interdite, diretamente (mediante ordem a ser cumprida por oficial de justiça), instituição de ensino superior, sob a alegação de que fora criada ou está funcionando ilegalmente. Há casos em que nem sequer é requerida a citação da União, pessoa competente, por meio do Ministério da Educação, para o exercício da polícia administrativa nessa hipótese. (Grifei).

A mesma conclusão pode ser extraída em relação à atividade administrativa de regulação. Se a Agência Reguladora se omite em sua atribuição de regular os interesses de determinado setor, não cabe ao Poder Judiciário, senão excepcionalmente (hipótese já citada), substituir aquela entidade em sua atribuição. A ação suscetível, em regra, de ser intentada nesse caso é para que o Poder Judiciário determine à Agência Reguladora que exercite sua competência. Nem é conveniente (uma vez que não dispõe imediatamente de condições técnicas), senão naquela hipótese excepcional, que o Poder Judiciário substitua a entidade reguladora em sua competência, inclusive cautelar (cf. art. 45 da Lei 9.784/1999), de conciliar, disciplinar e policiar a convivência das empresas em setores de atividades reguladas (Moreira, 2016, p. 372-373).

Em julgamentos na 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região afirmou-se, algumas vezes, a impropriedade de ação intentada para a fixação do preço de interconexão até que a Anatel, exercitando sua competência, estabelecesse tal valor. O objeto da ação, ali, restringia-se a suprir omissão da Agência enquanto esta não viesse e exercitasse sua competência legal. Pretendia-se, na verdade, uma espécie de medida cautelar, acessória do processo administrativo de fixação definitiva do mencionado preço. A ação tinha como objeto, assim, a fixação provisória de determinado valor enquanto esse valor não fosse estabelecido pela entidade reguladora, no devido processo administrativo. Não era viável – é de certa forma até absurdo – ação judicial cautelar de processo administrativo regulador.

Também não era viável ação destinada a fixar definitivamente, em primeira mão, o mencionado preço. Não é apropriado ingressar com ação para que o Judiciário, substituindo, exerça competência, em regra, da Administração. Não caberia à GVT ou a qualquer outra empresa de telefonia pedir ao juiz a fixação, seja cautelar ou definitiva, do preço de interconexão. O pedido poderia ser para que o juiz ordenasse à Anatel o exercício de sua atribuição em determinado prazo sob pena de multa para a hipótese de descumprimento.

Outra situação que se verificou foi que, uma vez intentada a ação, a Anatel, bem ou mal, veio e exerceu sua competência. Depois de intentada a ação e obtida antecipação de tutela, a Anatel fixou, por meio de arbitragem, o preço de interconexão, em decisão ainda sujeita a recurso administrativo, sem efeito suspensivo. Tratou-se de fato superveniente ao pedido inicial. Não poderia o juiz tomar em conta esse fato superveniente para permitir a discussão, nos mesmos autos, agora não mais sobre a fixação, mas sobre a proporcionalidade ou razoabilidade do valor administrativamente fixado. Alguém poderia invocar, na época, o art. 462 do Código de Processo Civil (art. 493 do atual Código), o qual estabelecia: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença” (regra válida, também, segundo a jurisprudência, para a fase recursal). Acontece que a aplicação desse dispositivo, conforme entendimento dos Tribunais, não pode significar mudança da causa de pedir inicial. Se a consideração do fato novo implicava mudança da causa de pedir, outra ação era necessária.

Uma quarta e última situação, que também ocorreu, foi o ingresso em juízo, já de início, para discutir a razoabilidade do preço fixado pela Anatel. Em recursos, cujo objeto era essa discussão relacionada ao citado art. 152 da Lei 9.472, de 1997, votei, por vezes, que não era possível interpretar tal artigo para concluir que o preço cobrado pela interconexão se destinava a cobrir exclusivamente o custo da operação. Era preferível voltar a um antigo parâmetro dado pela Emenda Constitucional 1/1969 para a fixação de tarifas (art. 167, II): “[...] tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”. Trata-se de parâmetro não repetido na Constituição de 1988, mas que se recomenda empregar, mesmo depois da atual Constituição, para efeito de exame da razoabilidade de tarifas. Era uma disposição de rara felicidade, estabelecendo critério para a fixação de tarifa ou preço público. No caso em apreço, em vez de levar em conta apenas o custo, ou seja, de considerar justo o preço de custo, é preferível essa orientação da Constituição passada. Preço justo é o que remunera o capital, permite o melhoramento e a expansão dos serviços e assegura o equilíbrio econômico e financeiro da relação entre as empresas.

Depois que as agências reguladoras passaram a funcionar a pleno vapor, as empresas ainda continuaram e continuam buscando o Poder Judiciário, mas agora, para o controle dos atos (incluído o controle de atos normativos – ex.: resolução do Conselho Nacional de Política Energética) efetivamente praticados. É comum o ingresso em juízo para fazer com que a Agência, em caso específico, observe o devido processo legal administrativo e a duração razoável do processo (art. 5º, LIV, LV e LXXVIII da Constituição). Não é raro também virem a juízo para discutir a validade e proporcionalidade de punições administrativas.

A propósito do controle dessas questões trazidas ao Judiciário, convém atentar para classificação feita por Eduardo Jordão (2016), em seu livro, tese de doutorado, *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*<sup>1</sup>. Diz que a matéria regulada tem, essencialmente, aspectos jurídicos, técnicos e políticos. O controle judicial é mais intenso nos aspectos jurídicos. Servem de exemplo os dois aspectos (jurídicos) citados: devido processo legal e duração razoável do processo. O controle de punições administrativas também é essencialmente jurídico, apesar de que para a perfeita compreensão dos fatos, na maioria das vezes, exigem-se conhecimentos e considerações técnicas.

É importante resumir outras observações feitas pelo mencionado autor:

1 O primeiro problema da adoção de medidas regulatórias pelo Poder Judiciário está em que os tribunais não estão *acostumados* a tratar de problemas típicos da regulação econômica. [...] Na maioria das vezes a atuação judicial consiste em aplicar o direito a fatos pregressos, cuja ocorrência efetiva as partes buscam demonstrar ou negar. Diversamente, com bastante frequência, as medidas regulatórias envolvem análises prospectivas e multipolares. [...] as questões regulatórias chegam ao Judiciário de forma segmentada e incompleta. Tomadas conjuntamente, estas duas circunstâncias podem significar a dificuldade para os tribunais de entenderem as opções efetuadas pelo regulador (ou, mesmo, a *desconsideração* destas opções) e sua interferência na coerência da política regulatória setorial (Jordão, 2016, p. 131 e 151).

2 [...] a especialização inferior dos tribunais em comparação às autoridades regulatórias é uma das principais razões para gerar a incidência de um controle judicial deferente no domínio da regulação econômica. A especialização superior das autoridades administrativas pode decorrer do maior aparelhamento técnico, pessoal e financeiro da instituição, mas também pode derivar da experiência adquirida no tratamento diuturno da matéria objeto da regulação (Jordão, 2016, p. 141).

3 Nos Estados Unidos a expertise institucional superior das agências é frequentemente destacada pelos tribunais para justificar a posição judicial respeitosa das escolhas administrativas. [...] um controle deferente sobre decisões regulatórias tende a desincentivar a propositura de novas contestações judiciais e a opção por um controle não deferente atua como um seu catalisador, estimulando e fomentando novos processos (Jordão, 2016, p. 144 e 150).

4 A dinâmica dos mercados exige soluções expeditas, quase imediatas. Pascale Idoux chega a referir ‘anulações platônicas’, aquelas cuja eficácia é totalmente esvaziada de efeito pelo simples decurso do tempo. [...] A dinâmica dos mercados faz com que soluções demoradas sejam frequentemente ineficazes (Jordão, 2016, p. 149 e 158).

5 [...] questões jurídicas devem ser atribuídas aos tribunais *também porque* eles tenderiam a compreendê-las e solucioná-las melhor. Nesses casos de decisões particularmente sensíveis do ponto de vista jurídico, portanto,

<sup>1</sup> O autor baseia-se em substancial pesquisa realizada nos modelos seguidos pela Itália, França, Estados Unidos e Canadá.

não há razão para que os tribunais limitem o controle. A situação é diferente no caso de decisões tecnicamente complexas ou de natureza política (Jordão, 2016, p. 165).

## 2 Atividade quase-normativa no julgamento de ações civis públicas

Com a finalidade de ilustrar este tópico, faz-se a transcrição de ementa de acórdão proferido na Apelação Cível 0032113-07.2012.4.01.3400/DF, pela 5ª Turma do Tribunal Regional da 1ª Região:

TRANSPORTE DE CARGA EM RODOVIAS FEDERAIS. EXCESSO DE PESO. PENAS ADMINISTRATIVAS LEGISLATIVAMENTE COMINADAS. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DO MPF, COM A FINALIDADE DE COMINAR PENA DE MULTA MAIS ELEVADA E RESPONSABILIZAR DETERMINADA EMPRESA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SUBSTITUIÇÃO DAS FUNÇÕES LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. INÉPCIA DA INICIAL QUANTO À ESPECIFICAÇÃO DOS DANOS E IMPRATICABILIDADE DESSA ESPECIFICAÇÃO.

1 O tráfego de veículo com excesso de peso pelas rodovias já conta com penas administrativas legislativamente previstas, as quais se presumem suficientes para inibir a referida conduta ilícita. Se de gravidade insuficiente ou não aplicadas, é caso de provocar o Poder Legislativo, para sua agravação, ou o Poder Executivo, para sua eficiente aplicação, incluída a medida mais eficiente de todas, a apreensão do veículo.

2 Não é necessário, nem possível, ação civil pública destinada a fixar pena substitutiva ou paralela às que são previstas em lei para a referida conduta. Nem tem o Poder Judiciário estrutura adequada para substituir o legislador e o administrador em casos dessa natureza. Teria, no mínimo, que se valer da Administração para a verificação das condutas suscetíveis de aplicação da multa cominada.

3 A atuação do Poder Judiciário é excepcional e subsidiária, nessa hipótese.

4 Se omissa a Administração em sua atividade de polícia, a ação do Ministério Público deve ser contra a entidade administrativa, para que cumpra seu dever.

5 Quanto à indenização, a petição inicial não individualiza, nem oferece elementos para a individualização dos danos. Aliás, é impraticável perícia para determinar a contribuição de empresa(s) específica(s) para os alegados danos.

6 Extinto o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 267, I e VI, do Código de Processo Civil. Prejudicada a apelação.

No mesmo sentido: AC 0003604-26.2009.4.01.3803/MG, relator então Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 de 03/12/2015, p. 1464; AC 0032039-50.2012.4.01.3400/DF, relator Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 de 07/10/2015, p. 822.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por meio de sua Terceira Turma, manifestou semelhante entendimento:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VEÍCULOS QUE TRANSITAM COM EXCESSO DE PESO. PROIBIÇÃO JUDICIAL PARA TRAFEGAR NAS RODOVIAS FEDERAIS. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MATERIAL E MORAL COLETIVO. INEXISTÊNCIA.

1 Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o fito de que a ré, empresa particular, seja condenada a se abster de trafegar em qualquer rodovia federal com excesso de peso, fixando, de modo permanente e automático, multa no percentual de 100% sobre o valor total da carga transportada, bem como condená-la ao pagamento do dano material causado ao patrimônio público federal consubstanciado na rodovia federal, no valor de, no mínimo, R\$ 200.000,00, e ao pagamento do dano moral coletivo causado aos cidadãos-usuários das rodovias públicas federais e ao meio ambiente, no valor de, no mínimo, R\$ 20.000,00.

2 O Código de Trânsito Brasileiro estabelece várias medidas repressoras com o objetivo de se fazer cumprir a regulamentação sobre o transporte de cargas nas rodovias nacionais. A própria Polícia Rodoviária Federal, em razão do poder de polícia que lhe cabe, é competente para fiscalizar e aplicar as medidas administrativas cabíveis no que diz respeito às infrações por excesso de peso.

3 Encargo que não pode ser transferido ao Poder Judiciário, uma vez que não pode atuar supletivamente, cabendo ao órgão responsável pela fiscalização das rodovias estruturar-se adequadamente para a prestação do serviço que lhe cabe. A atuação judicial somente é legítima em situações excepcionais, em que demonstrada a imprescindibilidade de sua intervenção diante das peculiaridades do caso concreto, que não restou justificada na espécie.

4 Ausência de fundamentação concreta no pedido de indenização por danos materiais. Impossibilidade de se aferir o dano, tendo em vista que a apelada não é a única a utilizar as rodovias federais.

5 Pedido de indenização por dano moral coletivo que não merece acolhimento, pois não houve demonstração de ofensa concreta aos interesses extrapatrimoniais da coletividade, sendo insuficiente, para a caracterização do dano

apontado, a simples alegação de inobservância às normas de trânsito. Precedente desta Terceira Turma (AC 565424/CE, DJe de 02/06/2014). Apelação improvida.

(TRF da 5ª Região. Terceira Turma. AC 08006523420144058401, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, 11/06/2015).

O caso fala por si só. Trata-se, como visto, de pretensão manifestada pelo Ministério Público Federal, por meio de ação civil pública, para que a Justiça Federal estabeleça pena pecuniária às transportadoras que trafeguem nas rodovias federais com carga acima do limite normativamente previsto. As multas fixadas pela legislação, nesse caso, têm valores ínfimos. A Polícia Rodoviária Federal não as aplica sistematicamente e a respectiva cobrança judicial se perde no tempo, de modo que não cumprem a finalidade preventiva e intimidatória.

Na 1ª instância e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região predominou o entendimento manifestado nos referidos julgamentos, com o acréscimo de que, tendo a União competência legislativa plena, não há interesse (necessidade) de o Poder Judiciário exercer, paralela e cumulativamente, semelhante competência. Em outros termos, foi afastada a utilidade/necessidade da tutela específica prevista no art. 536 do Código de Processo Civil, em caráter amplo e sem limite de tempo (“até o fim dos tempos”, conforme jocosamente disse determinado juiz). A União já detém competência legislativa plena, por sinal, já exercida.

Deve ser enfatizado que não se trata de situação que exija o exercício, pelo Poder Judiciário, de papel contramajoritário para proteger direitos fundamentais de minorias insuficientemente representadas no Congresso Nacional.

Mesmo assim, o entendimento não vingou no Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pelo extenso e profundo voto proferido pelo Ministro relator, Francisco Falcão, no AgInt no AREsp 1.413.621/MG, Segunda Turma, julgado em 06/05/2020, DJe de 11/05/2020, do qual se destaca, especialmente, na ementa:

[...] importa salientar que as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro têm natureza administrativa. O que é diferente de afirmar que os direitos nele previstos condicionam e limitam a sua implementação exclusivamente ao agir do administrador, pois, como se sabe, a nossa legislação consagra o princípio da independência entre as instâncias civil, penal e administrativa; não há falar, pois, em *bis in idem* em relação aos múltiplos remédios concomitantes, complementares e convergentes do ordenamento jurídico contra violação de suas normas; a existência de penalidade ou outra medida administrativa *in abstracto* (para o futuro) ou *in concreto* (já infligida), como resposta a determinada conduta ilegal, não exclui a possibilidade e a necessidade de providência judicial, nela contida a de índole cautelar ou inibitória, com o intuito de proteger os mesmos direitos e deveres garantidos, em tese, pelo poder de polícia da administração, seja com cumprimento forçado de obrigação de fazer ou de não fazer, seja com determinação de restaurar e indenizar eventuais danos materiais e morais causados ao indivíduo, à coletividade, às gerações futuras e a bens estatais.

No Brasil, a regra geral é que o comportamento anterior – real ou hipotético – do administrador não condiciona, nem escraviza, o desempenho da jurisdição, já que a intervenção do juiz legitima-se tanto para impugnar, censurar e invalidar decisão administrativa proferida, como para impor *ex novo* aquela que deveria ter ocorrido, no caso de omissão e, noutra perspectiva, para substituir a incompleta ou a deficiente, de maneira a inteirá-la ou aperfeiçoá-la; independentes entre si, ‘multa civil’ (*astreinte*), frequentemente utilizada como reforço de autoridade ‘da’ e ‘na’ prestação jurisdicional, não se confunde com ‘multa administrativa’. Tampouco caracteriza sanção judicial ‘adicional’ ou ‘sobreposta’ à aplicável pelo Estado-administrador com base no seu poder de polícia. Além disso, a multa administrativa, como pena, destina-se a castigar fatos ilícitos pretéritos, enquanto a multa civil imposta pelo magistrado projeta-se, em um de seus matizes, para o futuro, de modo a assegurar a coercitividade e o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, dar e pagar, legal ou judicialmente estabelecidas; a sanção administrativa não esgota, nem poderia esgotar, o rol de respostas persuasivas, dissuasórias e punitivas do ordenamento no seu esforço – típico desafio de sobrevivência – de prevenir, reparar e reprimir infrações. Assim, a admissibilidade de ‘cumulação’ de multa administrativa e de multa civil integra o próprio tecido jurídico do Estado Social de Direito brasileiro, inseparável de um dos seus atributos básicos, o ‘imperativo categórico e absoluto de eficácia de direitos e deveres’.

### 3 Atividade normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal, é representativo, no tema, o julgamento do caso intitulado “PETIÇÃO 3.388 RORAIMA”, relacionado à demarcação da terra indígena “Raposaserra do Sol”. Tratou-se, conforme consta do relatório feito pelo Ministro Carlos Ayres Britto (especialmente estimado no IBDA, diga-se de passagem), de ação

popular contra a União, ajuizada em maio de 2005, de autoria do senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, assistido pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti.

[...] o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15/04/2005, este do Presidente da República. No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria.

A ação tramitou, originariamente, no Supremo Tribunal Federal, em face do possível conflito federativo. No julgamento, indeferido o núcleo do pedido, foram fixadas “salvaguardas institucionais” destinadas ao caso concreto, assim como para servir de orientação a futuros casos semelhantes.

Ressaltou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, autor da proposta:

A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvem terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade de o dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance. [...] Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras.

Na ementa do acórdão, registrou-se que a ação fora julgada

[...] parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final.

Foram, assim, fixadas as seguintes salvaguardas institucionais,

[...] majoritariamente aprovadas: a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a fiação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (Funai); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à Funai; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da Funai, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela Funai e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição

Federal, c/c o art. 18, *caput*, Lei 6.001/1973); p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c o art. 18, § 1º, Lei 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI e 231, § 3º da CR/1988, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/1988); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

O Ministro Joaquim Barbosa votou vencido, por entender, em conclusão, que

[...] opção pela demarcação contínua ou pela demarcação por ilhas insere-se no âmbito da competência discricionária do ente político ao qual a Constituição atribuiu tal mister, baseada nos elementos socioculturais e antropológicos colhidos na área, não cabendo ao Judiciário decidir por esta ou aquela opção.

O Ministro Marco Aurélio, segundo voto vencido, julgou procedente o pedido inicial da ação popular,

[...] fixando os seguintes parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, porquanto nula a anterior: a) audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras devolutas; c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo-se como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá fazer-se sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; e) audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

Embargos de declaração foram acolhidos, parcialmente, para esclarecer que

[...] os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.

## 4 Considerações finais

A melhor saída para o “Judiciário ativo regulador” parece estar na autocontenção e deferência para preservar a independência e harmonia dos Poderes (art. 2º da Constituição), salvo na hipótese de proteção contramajoritária dos direitos fundamentais, incluindo-se nessa hipótese, especialmente, a proteção de minorias, tal como aconteceu no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do citado caso *terra indígena “Raposas Serra do Sol”*<sup>2</sup>.

Não se desconhece, porém, que a matéria ainda está longe de ser pacificada e muito menos de alcançar unanimidade, conforme se pôde ver pela divergência de entendimentos nas diversas instâncias e entre julgadores da mesma instância. Continua, pois, a pergunta – *qual a saída?* – que somente poderá ser respondida pelo debate contínuo e pela experiência. O caminho se faz caminhando. Mais uma vez, como no pensamento de Heidegger *apud* Borges (1996), “nós somos ainda entre caminhos, *inter vias*, entre diferentes caminhos. Não se decidiu ainda o único caminho aceitável, o que como tal seria talvez o caminho”.

<sup>2</sup> A matéria ganha específico colorido no momento em que se decide a questão do marco temporal para demarcação de terras indígenas. A pergunta é se deve prevalecer a orientação (contramajoritária) do STF, em função da deficiente representação parlamentar dos indígenas, ou se a lei, em sentido contrário, votada pelo Congresso Nacional.

## 5 Referências

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A inteligência da complexidade*. Tradução Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: a rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.