

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Novembro/Dezembro 2007

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Diretora

Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária

Emérita Regina Cossão Oliveira

Fábia Cristina de Barros

Martha Hormann

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Entrevista

Martha Hormann

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

Editoração Eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Natan Mobley Bertolini – estagiário

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto

Carmen Lucia Prata da Costa

Edleusa Santos da Trindade Züst

Maria Benáurea Santos

Evanildes Carvalho Amorim

Confecção de fotolitos

Technoarte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Setor de Autarquia Sul, quadra 4, bloco N – Edifício Funasa, 9º andar
70070-040 – Brasília/DF
Telefones: (61) 3221-6693 e 3221-6675 – Fax: (61) 3323-2874
E-mail: cojud-revista@trf1.gov.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

Os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação e conferência com o original.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) – . — Brasília: TRF-1ª Região, 1989-
v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência –
Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Plenário

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Corte Especial

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

2ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

1ª Turma

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

2ª Turma

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

3ª Turma

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes

4ª Turma

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

5ª Turma

Desembargador Federal Fagundes de Deus – Presidente
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargadora Federal Selene de Almeida

6ª Turma

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargador Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

7ª Turma

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva –
Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

8ª Turma

Desembargador Federal Leomar Amorim – Presidente
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Conselho de Administração

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian –
Corregedor-Geral
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira – Efetivo
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues –
Suplente

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal João Batista Moreira

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Leomar Amorim

Revista do Tribunal

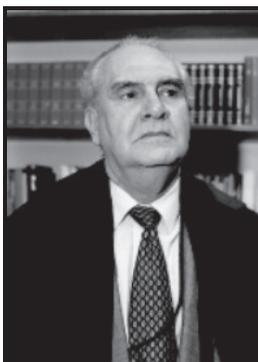
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMF

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor
Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Vice-Diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado de Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



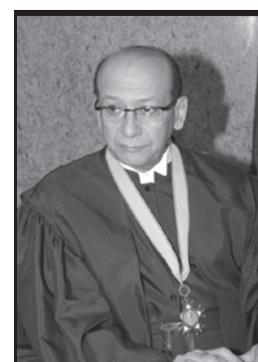
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



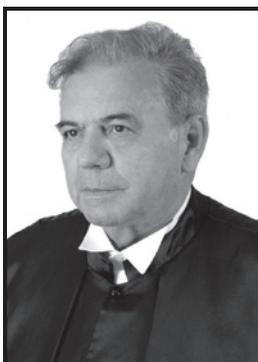
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal
Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
a partir de agosto/2007

Editorial, 15

Juramento, 17

Em Foco, 19

Em nome da celeridade processual

Carlos Moreira Alves

Atualidades: ponto de vista, 21

Breves considerações sobre o instituto do foro privilegiado

Alexandre de Moraes

Gastando o Latim, 23

***Habeas Verbum*: Língua do Direito, 25**

Velha infância do clássico

Manoel Rodrigues Pereira Neto

Variedades, 27

Illusions Perdues

Honoré de Balzac

Artigos Doutrinários

A dimensão subjetiva e a dimensão objetiva da norma de direito fundamental ao ambiente, 37

Ney de Barros Bello Filho

Il rischio nella società contemporanea, 44

Raffaele De Giorgi

O Tribunal Constitucional e seus elementos, diante da separação dos poderes, 60

Rodrigo Carneiro Gomes

Comentários aos parágrafos do novo art. 475-J do Código de Processo Civil, 76

Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues

Tópicos Jurídicos

O sistema reserva de vagas por cota racial nas universidades públicas brasileiras, 85

Arthur Pinheiro Chaves

Justiça itinerante, 87

Vallisney de Souza Oliveira

Corte Especial – Processo Penal. Embargos de declaração. Ação penal privada. Prescrição. Decadência. Honorários advocatícios, 89

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Embargos de Declaração na Queixa - Crime 2004.01.00.023470-0/DF

1ª Seção – Embargos infringentes. Incorporação de valor de função comissionada. Lei 8.911/1994, 94

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Carlos Moreira Alves

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2001.34.00.003147-9/DF

2ª Seção – Mandado de segurança. Ação de improbidade administrativa. Servidor público. Bloqueio de valores em conta corrente. Vencimento. Caráter alimentar, 103

Rel. p/ acórdão: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

Mandado de Segurança 2007.01.00.006744-7/AM

3ª Seção – Conflito de competência. Ação popular. Ajuizamento contra autoridade pública. Competência do foro do domicílio do réu. Art. 94 do CPC, 110

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Conflito de Competência 2006.01.00.041699-5/DF

4ª Seção – Conflito de competência. Mandado de segurança objetivando extinção de crédito objeto de antecedente execução fiscal. Competência absoluta do juízo da sede da autoridade coatora. Impossibilidade de declinação de competência para o juízo onde tramita a execução fiscal, 112

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Conflito de Competência 2007.01.00.039207-8/GO

1ª Turma – Servidor público demitido. Controle judicial do ato administrativo. Absolvição na esfera criminal. Repercussão. Reintegração. Efeitos, 115

Rel.: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)

Apelação Cível 1998.34.00.014144-5/DF

2ª Turma – Integração aos quadros do Incra. Falecimento do servidor no curso da ação anterior. Habilitação processual. Ação ordinária movida pelas herdeiras. Pensão por morte estatutária e pagamento de diferenças salariais. Aplicação presumida da Lei 7.662/1988. Operacionalização do pagamento. Lei 3.373/1958, 120

Rel.: Des. Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2003.01.00.034542-7/DF

3ª Turma – Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Art. 20 da Lei 7.492/1986. Dolo comprovado, 130

Rel.: Des. Federal Cândido Ribeiro

Apelação Criminal 1999.35.00.013503-8/GO

4ª Turma – Incidente de insanidade mental (art. 149 e ss do CPP). Inquérito policial. Trancamento, 136

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro

Recurso Criminal 2004.33.00.003786-6/BA

5ª Turma – Direito Ambiental. Hidrovia Paraguai-Paraná. Porto de Morrinhos, na região de Cáceres/MT. Pretensão de construção para incremento da navegação. Licenciamento requerido à Fema/MT e EIA/Rima isolado. Impacto ambiental de caráter regional. Competência do Ibama para o licenciamento. Necessidade de apreciação conjunta do pedido de licenciamento das diversas obras. Princípios da prevenção e precaução. Consulta às populações atingidas. Exigência implícita, 141

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

Apelação Cível 2000.36.00.010649-5/MT

6ª Turma – Responsabilidade civil. CEF. Acidente de trabalho. Seqüelas permanentes. Aposentadoria por invalidez. Pensão mensal. Dano material e moral, 197

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação Cível 1998.01.00.085337-3/MG

6ª Turma – Ação civil pública. Instalação de terminal graneleiro no Porto de Santarém/PA. Licenciamento ambiental condicionado à realização de estudo prévio de impacto ambiental. Competência gerencial-executiva, comum e concorrente da União Federal e do Estado do Pará a exigir o EIA/Rima da empresa empreendedora, 204

Rel.: Des. Federal Souza Prudente

Apelação Cível 2000.39.02.000141-0/PA

7ª Turma – Tributo sujeito a lançamento por homologação. Débito fiscal declarado e não pago. Decadência não caracterizada. Compensação. Homologação tácita. Lei 9.430/1996. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não-inscrição do devedor no Cadin, 208

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravo de Instrumento 2007.01.00016790-5/AM

8ª Turma – Mandado de Segurança. Exclusão do Refis. Manifestação de inconformidade julgada improcedente. Pagamento das diferenças apuradas, no prazo de 30 dias, considerando o término do processo administrativo. Manutenção do contribuinte no programa. Princípio da razoabilidade, 212

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação em Mandado de Segurança 2004.34.00.023711-2/DF

Decisões Monocráticas

Suspensão de segurança. Licitação. Incremento da malha rodoviária do país. Suspensão de prazo para entrega de propostas e de leilão. Presunção de legalidade dos atos administrativos. Supremacia do interesse público, 217

Desembargadora Federal Assusete Magalhães

SS 2007.01.00.045483-4/DF

Suspensão de segurança. Afastamento temporário de Prefeito (art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992). Lesão ao interesse público não configurada, 220

Desembargadora Federal Assusete Magalhães

SS 2007.01.00.044495-3/BA

Exclusão do PAES. Empresa imponental. Hipótese legal. Ato administrativo legítimo, 226

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

Ag 2007.01.00.045062-8/GO

Apuração de fraude em exame da ordem. Liminar concessiva de inscrição provisória na OAB/DF. Impossibilidade, 228

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

Ag 2007.01.00.042617-0/DF

JEFs em Revista

Servidor público. Auxílio-alimentação. Art. 102 da Lei 8.112/1990, 231

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2004.36.00.900121-8/MT

Prisão civil indevida. Depositário infiel. Dívida paga. Nova prisão. Dano moral caracterizado, 234

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2005.36.00.910899-1/MT

Responsabilidade civil. Instituição financeira. Falha no sistema operacional. Reconhecimento pelo banco.

Devolução do montante. Dano material não demonstrado. Dano moral caracterizado, 236

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2005.36.00.912714-1/MT

Previdenciário. Implantação de benefício. Atraso. Multa fixada em sentença. Redução de ofício pelo juízo.

Art. 461, § 6º do CPC. Legalidade, 239

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2007.36.00.703211-4/MT

Seguro Social. Amparo social. Art. 20, § 2º da Lei 8.742/1993. Deficiente físico. Síndrome de Marfan com alterações oftalmológicas. Incapacidade presumida. Menor de 16 anos. Benéfico devido, 241

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2007.36.00.703390-4/MT

Processo Civil. Recurso. Juntada de processo administrativo. Ausência de previsão legal ordem concedida, 243

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Recurso 2007.38.00.707626-7/MG

Processo Civil. Litisconsórcio passivo. Pessoa jurídica de direito público. Lei 10.259/2001, 245

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Recurso 2007.38.00.710181-9/MG

Precatório. Art. 100 da CF. Imposição de multa contra a Fazenda Pública. Possibilidade, 247

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Recurso 2007.38.00.719548-9/MG

Breviário,

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), 249

Administrativo. Militar. Licenciamento e reintegração ao serviço ativo da FAB.

Ato judicial. Mandado de segurança. Terceiro prejudicado. Desnecessidade de interposição de recurso. Súmula 202/STJ. Depósito judicial equivocadamente feito em caderneta de poupança. Aplicação de juros.

Habeas corpus. Reinquirição de pessoa ouvida no inquérito policial. Providência indispensável ao oferecimento da denúncia. Art. 16 do CPP. Ministério Público. Apuração da existência de crime e de sua autoria. Impossibilidade.

Furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP). Fraude eletrônica. Internet. Competência (art. 70, caput, do CPP). Local de consumação da subtração.

Transporte gratuito a idosos e pessoas deficientes carentes. Não-exclusão do transporte aéreo. Dignidade das pessoas hipossuficientes. Lei 8.899/1994 e Lei 10.741/2003.

Direito aeronáutico. Serviço aéreo internacional. Garantia de regularidade das atividades exercidas pelas empresas aéreas estrangeiras independentemente da apresentação de certidões de regularidade fiscal. Recepção dos tratados internacionais. Afastamento do risco de descontinuidade do serviço público. Princípio da reciprocidade. (art. 178, CF).

Formação de lista tríplice para escolha de Reitor. Competência. Conselho Universitário. Estatuto, art. 19. Criação de Conselho Superior. Vício do processo de formação da lista tríplice. Legalidade da Portaria 185, art. 2º, do

Ministério da Educação.

Concurso para juiz substituto do trabalho da 7ª Região. Reconhecimento administrativo do direito dos classificados na primeira lista homologada. Decisão judicial transitada em julgado.

Medida cautelar. Requisitos. Destinação de mercadoria com pena de perdimento declarada. Produto que exige condições especiais de armazenamento. Venda em público leilão pela Receita Federal. Possibilidade.

Estatística, 253

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 263

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 265

A grande homenagem do mês é para a República Federativa do Brasil, que aniversaria em novembro, festejando os seus cento e dezoito anos.

Jovem, apesar de secular, porque, compromisso de gerações, preserva o seu originário vigor com a perene releitura de seus ideais, feita, a partir de seus fundadores, pelos cidadãos brasileiros que os vêm sucedendo.

Juventude que, qualificando-a, robustece a esperança da correção e aperfeiçoamento de seus rumos, quaisquer que sejam as suas mazelas, através do efetivo exercício da cidadania, que o hábito das virtudes cívicas inspira.

Longa vida à nossa República!

Quanto à mensagem para dezembro, reporta-se à sensação do dever cumprido, ao longo de 2007, com os augúrios de bom recesso para os festejos do Natal e do Novo Ano que se avizinha.

Até 2008!

Desembargador Federal Hilton Queiroz
Diretor da Revista

“Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defecturum.”

Tradução: “Eu prometo exercer as funções de meu grau sempre fiel aos princípios da probidade e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo justiça e promovendo os bons costumes, jamais faltar à causa da humanidade”.

Em nome da celeridade processual

A real necessidade de se aumentarem os quadros de magistrados do TRF

Carlos Moreira Alves*

Por Martha Hormann



Dando continuidade à série de apresentações dos membros desta Corte, entrevistamos, este mês, o Desembargador Federal Carlos Moreira Alves que, já aos 23 anos de idade, ingressou na carreira jurídica, através do Ministério Público Federal.

Nesta entrevista, o Desembargador conta como chegou a Magistrado do TRF 1ª Região, em 1998, e fala de como vê a magistratura brasileira, principalmente no âmbito desta Casa.

Veja a seguir.

Revista: Antes de se tornar magistrado, o senhor foi membro do Ministério Público. O que significou essa mudança na sua carreira?

Carlos Moreira Alves: Pouca coisa porque, na época em que atuei junto ao Ministério Público Federal – e foram quase catorze anos como Procurador da República –, atuei principalmente junto a tribunais e em emissão de pareceres, nos quais não faltava à minha atuação a estrita isenção da interpretação das leis. Como magistrado, esta é a função precípua: interpretar com absoluta isenção as leis. Dentro dessa perspectiva, pouca coisa mudou na minha vida profissional. É claro que o magistrado tem muito maior responsabilidade do que o membro do Ministério Público, o volume de trabalho também é muito superior, e isso determina uma significativa alteração na vida funcional de qualquer pessoa, mas, na atividade em si, ou seja, naquela tarefa de interpretar com absoluta isenção o

direito positivo e aplicá-lo ao caso concreto, pouca coisa, realmente, vejo de mudança.

Revista: Essa mudança foi uma coisa natural na sua carreira ou ser magistrado já era um objetivo?

Carlos Moreira Alves: Na verdade, a magistratura sempre me fascinou. Ingressei muito cedo no Ministério Público Federal, tomei posse aos 23 anos de idade e não tinha idade suficiente para a carreira da magistratura, embora, desde aquela época, já me fascinasse a função jurisdicional.

Revista: Como o senhor vê a magistratura no Brasil?

Carlos Moreira Alves: Com algumas dificuldades, como demonstra a situação dos tribunais. Temos um excessivo volume de processos em todos os graus de jurisdição - ordinário, extraordinário, vemos muitos processos afetos a juízes de primeiro grau, muitos processos afetos aos tribunais de segundo grau e, na mesma linha, ao egrégio Superior Tribunal de Justiça e ao colendo Supremo Tribunal Federal, de modo que só esse quantitativo e a conseqüente demora na pres-

* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

tação jurisdicional que dele resulta já demonstram que não é fácil a tarefa dos magistrados.

Revista: Em sua opinião, a reforma do Judiciário foi satisfatória?

Carlos Moreira Alves: Acho que os números, por si mesmos, já demonstram que ainda há muito o que fazer. Tenta-se, realmente, das formas que são possíveis, melhorar a atuação do Poder Judiciário, otimizar os seus trabalhos, mas os números demonstram que as reformas intentadas não foram, não são e não serão suficientes para fazer com que se reverta esse quadro. Pelo menos do meu ponto de vista, assim ocorre. Ao contrário do que seria desejado, a cada ano vemos um aumento no número de processos e uma dificuldade maior. Veja-se especificamente o caso do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: enquanto o número de juízes de primeiro grau na Justiça Federal dessa 1ª Região é crescente, permanece estancado o número de membros do Tribunal Regional Federal. De modo que, obviamente, se aumenta o número de juízes em primeiro grau, aumenta o número de julgamentos e, conseqüentemente, aumenta o número de recursos que deságua neste Tribunal. O número estancado de juízes deste tribunal, com essa crescente carga de recursos que, a cada ano, vemos aqui na Corte, demonstra a dificuldade para se ter uma prestação jurisdicional mais célere, como seria desejável.

Revista: Aumentar o quadro de desembargadores do Tribunal seria suficiente?

Carlos Moreira Alves: Não acredito que fosse suficiente, mas, certamente, seria um elemento muito significativo na celeridade dos processos. O aumento do número de magistrados nesta Corte, além de tornar maior a força de trabalho no julgamento dos recursos dos processos que são de nossa competência, a meu ver, possibilitaria otimizar os nossos trabalhos, principalmente numa redefinição de competência, que se faz absolutamente necessária e de difícil realização em face do número dos membros deste Tribunal.

Breves considerações sobre o instituto do foro privilegiado

Alexandre de Moraes*

Por Martha Hormann



A extensão do foro privilegiado para ex-autoridades foi assunto em pauta durante os últimos meses do Governo Fernando Henrique e durante o Governo Lula. Coube ao egrégio Supremo Tribunal Federal julgar ação de inconstitucionalidade que questionou a Lei 10.628/02, que tratava do assunto. Atualmente, entre as propostas de alteração na Reforma do Judiciário, há nova possibilidade de se aprovar o instituto. Para falar do assunto, a Revista convidou, este mês, o Professor Alexandre de Moraes, Doutor em Direito Constitucional e autor de diversas obras jurídicas.

Revista: Qual é a função do instituto do foro especial?

Alexandre de Moraes: Os Foros especiais são instituídos em virtude da natureza jurídica da infração, da natureza da causa, da importância de sua repercussão, da qualidade da função exercida pelo réu, entre outros pontos específicos que, tradicionalmente, acabam por fixar órgãos julgadores diferenciados, como por exemplo, o Senado Federal para crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Revista: No que ele difere do foro privilegiado?

Alexandre de Moraes: O foro privilegiado, também conhecido como prerrogativa de foro em razão da função, como entendido no Brasil, tem como idéia básica possibilitar aos agentes públicos exercentes das mais altas funções da República, no âmbito da União, dos Estados e do Município (nesse caso, o Prefeito Muni-

cipal), que sejam julgados diretamente pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (Tribunais), nas infrações penais comuns, ou seja, retiram a competência penal que normalmente seria dos juízes de 1ª instância.

Revista: Atualmente, o crime praticado por ex-autoridade ainda no exercício da função é julgado em foro comum mesmo que o crime tenha sido de responsabilidade?

Alexandre de Moraes: A questão é importante, pois há necessidade de separarmos as infrações penais comuns, os crimes de responsabilidade próprios e os crimes de responsabilidade impróprios.

O Supremo Tribunal Federal revogou sua Súmula 394. Dessa forma, em relação as infrações penais comuns e aos crimes de responsabilidade impróprios (também infrações penais), ao foro privilegiado somente se aplica a regra da “atualidade”, ou seja, somente enquanto exercer o cargo/função, o réu terá direito a foro privilegiado. Encerrado o cargo/mandato, encerra-se o foro privilegiado, devendo o processo ser remetido à primeira instância, onde prosseguirá.

Na hipótese de crimes de responsabilidade próprios, ou seja, infrações político-administrativas sem natureza penal, uma vez findo o cargo/mandato, em regra haverá o encerramento do processo. Caso não ocorra o término do processo, por exemplo, com a re-

* Advogado e consultor jurídico. Doutor em Direito do Estado e Livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. É professor-associado da Faculdade de Direito da USP e professor titular da Universidade Mackenzie. Foi membro do Conselho Nacional de Justiça, em sua primeira composição (biênio 2005-2007). Foi Secretário de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania em São Paulo (2002-2005) e Promotor de Justiça (1991-2002). Atualmente, exerce o cargo de Secretário Municipal dos Transportes de São Paulo. Autor de diversas obras jurídicas.

núncia do Presidente da República, depois de iniciado o processo por crime de responsabilidade no Senado Federal, o foro especial será mantido.

Revista: A extensão do foro privilegiado a ex-autoridades já foi objeto de debate nos últimos dois meses do governo Fernando Henrique, que chegou a promulgar lei nesse sentido. Posteriormente, o STF derrubou a lei, em sede de ADIn. Não há mecanismos que impeçam nova apresentação de proposição tão parecida em tão pouco tempo?

Alexandre de Moraes: A Lei 10.628/02 foi corretamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois ampliava a competência de Tribunais Superiores, inclusive do próprio STF, sem qualquer alteração constitucional.

A idéia da taxatividade constitucional das competências originárias dos Tribunais Superiores nasceu com a idéia de supremacia jurisdicional por meio de controle de constitucionalidade, no famoso caso *Marbury v. Madison*, na Corte Suprema Americana, exatamente para preservar esses tribunais de ingerências políticas.

A inconstitucionalidade é flagrante, não sendo possível a aprovação de nova lei.

Há porém, e antecipo meu posicionamento em contrário, a possibilidade de aprovação de emenda constitucional ampliando o foro privilegiado, que, a meu ver, não seria benéfica à Sociedade.

Revista: A proposta atual contempla, além dos de responsabilidade, os crimes comuns. A aprovação da lei seria a institucionalização da impunidade?

Alexandre de Moraes: Eu não costumo fazer a ligação direta entre foro privilegiado e impunidade, pois estaríamos colocando — sem qualquer razão para tanto — em suspeição os Tribunais, sejam os ordinários, sejam os Superiores.

Entendo, porém, que não há justificativa em uma Democracia, que se pauta pelo princípio da Igualdade, da instituição de foros privilegiados. Além disso, os órgãos colegiados (Tribunais) não foram estruturados para a realização de instruções penais, que devem ficar a cargo dos magistrados de primeiro grau, atuando como órgãos monocráticos.

Quandoque bonus dormitat Homerus, “Até o bom Homero cochila às vezes”, isto é, “até os maiores artistas podem falhar”. Esta frase de Horácio (*Arte Poética*, v 359) tem, dentro do contexto, sentido algo diferente. O verso completo reza: *Indignor quandoque bonus dormitat Homerus*, o que significa: “Indigno-me cada vez que o bom Homero comete um cochilo”.

É possível que me escapem descuidos; mas onde está esse que não cochila, *quandoque bonus*, como dizia o velho Horácio?”

José de Alencar, *Questões Filosóficas*, V.

Quantum vis, “Quando quiseres.” Expressão do receituário.

Quem deus perdere vult, prius dementat, “A quem Deus quer perder, primeiro tira-lhe o juízo. Ditado.

Quem dii diligunt, adolescens moritur, “Aquele a quem os Deuses estimam, morre jovem.” Verso de Plauto (*As Bacantes*, Ato IV, 7, 18), traduzido de outro, de Menandro.

Quem dii oderunt, paedagogum fecerunt, “A quem os Deuses odeiam, fazem-no professor.” Talvez seja uma deformação irônica da sentença anterior.

Quid, “O ponto difícil”, “o busilis”. Em latim, pronome interrogativo cujo sentido é “quê”?

“O peru de agora era uma ave qualquer, mas o toque literário da receita lhe imprimia o *quid* desejado”

Carlos Drummond de Andrade, “Peru”, *Fala, Amendoeira*.

Quid non mortalia pectora cogis, /Auri sacra fames? “A que não levas os corações humanos, amaldiçoada fome do dinheiro?”. Palavras de Virgílio (*Eneida*, Livro III, 56-57) com que se costuma comentar um crime cometido por amor ao dinheiro. É freqüente citarem-se apenas as três últimas palavras.

“Muito embora hajam sido bandeirantes impelidos por motivos econômicos — a *auri sacra fames* que, em todos os tempos e todos os povos, inexoravelmente tem aguilhoado o homem — a verdade é que também os inspirava o espírito de aventura.”

Ivan Lins, “Afonso de Taunay”, *Estudos Brasileiros*.

Qui gladio ferit gladio perit, “Quem com a espada fere, perece pela espada.” Equivalente: “Quem com ferro fere, com ferro será ferido”.

... *Quis custodiet ipsos / Custodes?*, “Quem guardará os próprios guardas?” (Juvenal, *Sátira VI*, 348-9).

(Extraído do livro *Não perca o seu latim*, Editora Nova Fronteira, 14ª Edição, Paulo Rónai.)

Velha infância do clássico

Manoel Rodrigues Pereira Neto*

O clássico não é um livro, é um vínculo. Vínculo é uma palavra latina que evoluiu para vinco e brinco. Hoje, no português, convivem vínculo, vinco e brinco, já que a palavra latina, na sua forma original, foi recuperada pelos renascentistas.

Que definição de vínculo pode-se depreender da sua relação com vinco e brinco, se vinco é marca que fica e brinco é um adorno que não deve se desprender da orelha? Brinco gerou brincar e brincadeira, atividade baseada no vínculo e na alegria. Proponho esta definição: vínculo é marcante alegria no envolvimento — alegria essencial. O clássico é, portanto, alegria essencial.

Tudo e todos com quem partilhamos uma alegria essencial se confundem com essa alegria. Assim, dizemos que certo brinquedo é muito divertido. Na verdade, divertido é o que acontece entre nós e o brinquedo. Divertido é o vínculo.

O mesmo ocorre com o amor. O que nós amamos não é a pessoa, mas o nosso amor e o amor dela. Em entrevista sobre a canção “Amor, I love you”, Marisa Monte sustentou que o refrão é uma declaração de amor não a uma pessoa, mas ao próprio amor. Também a canção “Velha infância” dos Tribalistas, que diz “O meu melhor amigo é o meu amor”, celebra a amizade com o amor.

Na relação de amor, o outro entra como sujeito amante, não como objeto amado, porque as pessoas não são objetos. Pessoas são co-autoras da alegria essencial que é o amor. Num outro refrão, Arnaldo Antunes e Marisa Monte cantam: “O teu olhar melhora o meu”. Poderiam dizer: — O teu amar melhora o meu.

Um livro é uma pessoa e, como pessoa, se relaciona com o leitor. Também o leitor é uma pessoa. O modo próprio de relacionamento de uma pessoa com outra é o diálogo. Por isso a leitura é um diálogo.

Uma pessoa tem uma história de diálogo tanto interna quanto externa. Uma pessoa conversa consigo mesma, com outras pessoas, com livros, que também são pessoas. O mesmo ocorre com o livro. Quando a história de diálogo do leitor se encontra intensamente com a história de diálogo do livro, quando uma história se espelha na outra em alto grau, produz-se o vínculo essencial próprio dos clássicos. O leitor e o livro se confessam: — Sua demanda é a minha, a minha é a sua; nossas demandas se pertencem: nós nos pertencemos; o seu dialogar melhora o meu. O clássico é um encontro de destinos.

É certo que pessoas lêem livros. É igualmente certo, porém, que livros lêem pessoas. Se não é assim, não há diálogo. Um livro é verdadeiramente nosso quando ele revira as nossas páginas, quando visita nossas verdades mais íntimas, aquelas que nós normalmente evitamos. O livro que chamamos de nosso e que nos chama de seu, que nós escolhemos e nos escolheu, é um amigo que fala e ouve, um raro amigo que sabe conversar.

Um livro com quem mantemos uma relação de clássico deve ser levado para a cama — é para onde eu levo os meus —, ou para qualquer outro cantinho do amor e da intimidade: os chamados cantinhos de leitura, onde a vida é mais vida.

Nesse tipo de encontro, não se pode determinar previamente quem vai se encontrar com quem, nem por quê. Posso estabelecer um forte vínculo com uma obra, enquanto outras pessoas estabelecem com outras. E as mesmas obras podem ser altamente significativas para mim e para outras pessoas, mas não necessariamente pelas mesmas razões.

*Doutorando em Teoria Literária.

No entanto, de acordo com a visão hegemônica, o especialista indica não somente as obras que o iniciante deve considerar clássicas, mas também as razões para isso. O discurso típico do especialista é: — As obras clássicas são essas e essas, por isso e por isso. Esse é o clássico institucional.

Um professor de literatura tem o dever de ofício e fidelidade de apresentar aos seus alunos os clássicos institucionais. Mas também tem o dever de incentivar os alunos a fazerem suas opções, a serem livres diante das obras e dos comentaristas, a escolherem, entre os clássicos institucionais e fora do universo dos clássicos institucionais, aqueles que serão seus clássicos pessoais, os livros que eles vão ler e reler pra valer.

Porque um clássico institucional é no máximo um livro do qual nós devemos ter algumas informações básicas, fruto de uma leitura por obrigação ou de referências colhidas em algum outro texto. Um clássico pessoal, ao contrário, é um livro do qual temos um conhecimento íntimo e consistente, fruto de seguidas leituras voluntárias.

Fazendo uma analogia entre o clássico e o casamento, todo mundo sabe que morar junto barateia a vida. Mas escolha bem a pessoa com quem você vai partilhar os gastos do seu sustento. Você não vai querer viver com a pessoa errada. O clássico pessoal, mesmo que não ajude você a sobreviver, certamente fará diferença no seu *viver*.

Eu poderia me apoiar em Nietzsche, para quem a maturidade do homem está em reaprender a brincar; ou em Bataille, que afirmou que a literatura é a infância enfim recuperada; ou ainda em Rabelais, que nos conclamou a viver alegres. Mas prefiro encerrar com uns versinhos cuja fama se deve a uma apresentadora de televisão, que não são um clássico institucional nem um clássico para mim, mas se fossem ninguém teria nada a ver com isso: “Tá na hora, tá na hora/Tá na hora de brincar”.

Un grand homme de province à Paris*

Honoré de Balzac**

— Mon cher, dit gravement Étienne Lousteau en voyant le bout des bottes que Lucien avait apportées d'Angoulême et qu'il achevait d'user, je vous engage à noircir vos bottes avec votre encre afin de ménager votre cirage, à faire des cure-dents de vos plumes pour vous donner l'air d'avoir diné quand vous vous promenez, en sortant de chez Flicoteaux, dans la belle allée de ce jardin, et à chercher une place quelconque. Devenez petitclerc d'huissier si vous avez du cœur, commis si vous avez du plomb dans les reins, ou soldat si vous aimez la musique militaire. Vous avez l'étoffe de trois poètes; mais, avant d'avoir percé, vous avez six fois le temps de mourir de faim, si vous compete sur les produits de votre poésie pour vivre. Or, vos intentions sont, d'après vos trop jeunes discours, de battre monnaie avec votre encier. Je ne juge pas votre poésie, elle est de beaucoup supérieure à toutes les poésies qui encombrent les magasins de la librairie. Ces élégants rossignols, vendus un peu plus cher que les autres à cause de leur papier vélin, viennent presque tous s'abattre sur les rives de la Seine, où vous pouvez aller étudier leurs chants, si vous voulez faire un jour quelque pèlerinage instructif sur les quais de Paris, depuis l'étagage du père Jérôme, au pont Notre-Dame, jusqu'au Pont-Royal. Vous rencontrerez là tous les Essais poétiques. Les Inspirations, les Élévations, les Hymnes, les Chants, les Ballades, les Odes, enfin toutes les couvées écloses depuis sept années, des muses couvertes de poussière, élaboussées par les fiacres, violées par tous les passants qui veulent voir la vignette du titre. Vous ne connaissez personne, vous n'avez d'accès dans aucun journal: vos *Marguerites* resteront chastement pliées comme vous les tenez, elles n'écloront jamais au soleil de la publicité dans la prairie des grandes marges,

Um bom conselho*

— Meu caro — disse gravemente Estevão Lousteau, olhando para a biqueira das botas que Luciano trouxera de Angoulême e que ainda usava para acabar com elas —, aconselho-o a enegrecer as botas com sua tinta de escrever a fim de poupar graxa, a fazer palitos de suas penas para ter a aparência de haver jantado, quando passear, ao sair do Flicoteaux, pela linda alameda deste jardim, à procura de um banco qualquer. Torne-se segundo escrevente de oficial de justiça, se tem ânimo para isso, caixeiro se tem chumbo nos rins, ou soldado se gosta da música militar. O senhor tem capacidade para três poetas, mas antes de conseguir aparecer, terá seis vezes tempo para morrer de fome, se conta com o produto de suas poesias para viver. Ora, suas intenções, a julgar por suas palavras cheias de inexperiência, são as de cunhar moedas com o tinteiro. Não julgo a sua poesia; ela é superior em muito a todas as poesias que atravancam as prateleiras das livrarias. Esses elegantes “rouxinóis”, vendidos um pouco mais caro que os outros por causa do papel velino, vêm quase todos pousar às margens do Sena, onde o senhor poderá estudar seus cantos, se quiser um dia fazer uma instrutiva peregrinação pelos cais de Paris,¹ desde a estante do pai Jerônimo, na ponte de Nossa Senhora, até a ponte Royal. Lá encontrará todos os Ensaaios poéticos, Inspirações, Eleições, Hinos, Cantos, Baladas, Odes, enfim, todas as ninhadas descascadas nos últimos sete anos pelas musas, cobertas de poeira, salpicadas de lama pelos carros, violadas por todos os passantes que desejam ver a vinheta do título. O senhor não conhece pessoa alguma, não tem entrada em nenhum jornal, suas *Margaridas* ficarão castamente fechadas como as conservas aí; jamais desabrocharão

* Texto retirado do livro *Illusions perdues*, Editions Gallimard – 1972.

** Escritor Francês/1799-1850

* Texto retirado do livro *As ilusões perdidas*, traduzido do original em francês *Illusions perdues*, por Ernesto Pelanda, SP, Abril Cultural, 1978.

¹ Ainda hoje, os cais do Sena em Paris são o centro de intensíssimo comércio de livros. Os livreiros, os conhecidos *bouquinistes*, muitos dos quais não têm loja, guardam a sua mercadoria em caixas enfileiradas no parapeito.

émailée des fleurons que prodigue l'illustre Dauriat, le libraire des célébrités, le roi des Galeries-de-Bois. Mon pauvre enfant je suis venu comme vous le coeur plein d'illusions, poussé par l'amour de l'Art, porté par d'invincibles élans vers la gloire: j'ai trouvé les réalités du métier, les difficultés de la librairie et le positif de la misère. Mon exaltation, maintenant comprimée, mon effervescence première me cachait le mécanisme du monde: il a fallu le voir, se cogner à tous les rouages, heurter les pivots, me graisser aux huiles, entendre le cliquetis des chaines et des volants. Comme moi, vous allez savoir que, sous toutes ces belles choses rêvées, s'agitent des hommes, des passions et des nécessités. Vous vous mêlerez forcément à d'horribles luttes, d'oeuvre à oeuvre, d'homme à homme, de parti à parti, où il faut se battre systématiquement pour ne pas être abandonné par les siens. Ces combats ignobles désenchangent l'âme, dépravent le coeur et fatiguent en pure perte; car vos efforts servent souvent à faire couronner un homme que vous haïssez, un talent secondaire présenté malgré vous comme un génie. La vie littéraire a ses coulisses. Les succès surpris ou mérités, voilà ce qu'applaudit le parterre; les moyens, toujours hideux, les comparses enluminés, les claqueurs et les garçons de service, voilà ce que recèlent les coulisses. Vous êtes encore au parterre. Il en est temps, abdiquez avant de mettre un pied sur la première marche du trône que se disputent tant d'ambitions, et ne vous déshonorez pas comme je le fais pour vivre (Une larme mouilla les yeux d'Étienne Lousteau.) Savez-vous comment je vis? reprit-il avec un accent de rage. Le peu d'argent que pouvait me donner ma famille fut bientôt mangé. Je me trouvai sans ressource après avoir fait recevoir une pièce au Théâtre-Français. Au Théâtre-Français, la protection d'un prince ou d'un Premier Gentilhomme de la Chambre du Roi ne suffit pas pour faire obtenir un tour de faveur: les comédiens ne cèdent qu'à ceux qui menacent leur amour-propre. Si vous aviez le pouvoir de faire dire que le jeune premier

a un asthme, la jeune première une fistule où vous voudrez, que la soubrette tue les mouches au vol, vous seriez joué demain. Je ne sais pas si dans deux ans d'ici je serai, moi qui vous parle, en état d'obtenir un sem-

ao sol da publicidade no prado das grandes margens, esmaltado pelos florões prodigalizados pelo ilustre Dauriat, o livreiro das celebridades, o rei das Galerias de Madeira². Meu pobre filho, também eu cheguei como você com o coração cheio de ilusões, impelido pelo amor da Arte, arrastado para a glória por invencíveis impulsos. E encontrei as dificuldades da profissão, as dificuldades das livrarias e o positivo da miséria. Minha exaltação, hoje abafada, minha primeira efervescência, escondiam-me o mecanismo do mundo. Foi preciso vê-lo, chocar-me com todas as suas engrenagens, ir de encontro aos seus eixos, engraxar-me nos óleos, ouvir o rangido das correntes e dos volantes. Como eu, irá saber que, sob todas as coisas belas com que sonhamos, agitam-se as criaturas, paixões e necessidades. Será fatalmente arrastado a tomar parte em lutas horríveis, de obra contra obra, homem contra homem, partido contra partido, nas quais a gente precisa bater-se sistematicamente para não ser abandonada pelos seus. Esses combates ignóbeis desencantam a alma, depravam o coração e fatigam em pura perda, porque os nossos esforços hão de servir muitas vezes para fazer coroar um homem a quem odiamos, um talento de segunda classe, apresentado, a pesar nosso, como um gênio. A vida literária tem também seus bastidores. Os êxitos roubados ou merecidos, eis o que a plateia aplaude. Os meios sempre repugnantes, os comparsas degradantes, a claqué e os encarregados da maquinaria, eis o que os cenários escondem. O senhor está ainda entre os espectadores. É tempo ainda, desista antes de pôr o pé sobre o primeiro degrau do trono disputado por tantas ambições, e não se desonre com eu, para poder viver. (Uma lágrima molhou os olhos de Estevão Lousteau.) Sabe como é que eu vivo? — continuou com um acento de raiva. — Algum dinheiro que minha família me pôde dar foi logo malbaratado. Encontrava-me sem recursos depois de ter visto aceita uma peça no Théâtre-Français. No Théâtre-Français, a proteção de um príncipe ou de um primeiro gentil-homem da câmara real não é o suficiente para que se consiga abrir caminho: os artistas não cedem senão àqueles que ameaçam seu amor-próprio. Se o senhor tiver o poder de fazer com que digam que o jovem galã sofre de asma; que a jovem primeira dama esconde uma fistula onde quer que seja, a *soubrette* tem mau hábito, será representado no dia

²As *Galerias de Madeira* (em francês *Galerias de Bois*) serão descritas a seguir, no capítulo XI.

blable pouvoir: il faut trop d'amis. Où, comment et par quoi gagner mon pain, fut une question que je me suis faite en sentant les atteintes de la faim. Après bien des tentatives, après avoir écrit un roman anonyme payé deux cents francs par Doguereau, qui n'y a pas gagné grand'chose, il m'a été prouvé que le journalisme seul pourrait me nourrir. Mais comment entrer dans ces boutiques? Je ne vous raconterai pas mes démarches et mes sollicitations inutiles, ni six mois passés à travailler comme surnuméraire et à m'entendre dire que j'effarouchais l'abonné, quand au contraire je l'appriivoisais. Passons sur ces avanies. Je rends compte aujourd'hui des théâtres du boulevard, presque gratis, dans le journal qui appartient à Finot, ce gros garçon qui déjeune encore deux ou trois fois par mois au café Voltaire (mais vous n'y allez pas!). Finot est rédacteur en chef. Je vis en vendant les billets que me donnent les directeurs de ces théâtres pour solder ma sous-bienveillance au journal, les livres que m'envoient les libraires et dont je dois parler. Enfin je trafique, une fois Finot satisfait, des tributs en nature qu'apportent les industries pour lesquelles ou contre lesquelles il me permet de lancer des articles. *L'Eau carminative*, la *Pâte des Sultanes*, l'*Huile céphalique*, la *Mixture brésilienne* payent un article goguenard vingt ou trente francs. Je suis forcé d'aboyer après le libraire qui donne peu d'exemplaires au journal: le journal en prend deux que vend Finot, il m'en faut deux à vendre. Publiât-il un chef-d'oeuvre, le libraire avare d'exemplaires est assommé. C'est ignoble, mais je vis de ce métier, moi comme cent autres! Ne croyez pas le monde politique beaucoup plus beau que ce monde littéraire: tout dans ces deux mondes est corruption, chaque homme y est ou corrupteur ou corrompu. Quand il s'agit d'une entreprise de librairie un peu considérable, le libraire me paye, de peur d'être attaqué. Aussi mes revenus sont-ils en rapport avec les prospectus. Quand le Prospectus sort en éruptions milliaires, l'argent entre à flots dans mon gousset, je régale alors mes amis. Pas d'affaires en librairie, je dine chez Flicoteaux. Les actrices payent aussi le éloges, mais les plus habiles payent les critiques, le silence est ce qu'elles redoutent le plus. Aussi une critique, faite pour être rétorquée ailleurs, vaut-elle mieux et se paye-t-elle plus cher qu'un éloge tout sec, oublié le lendemain. La polémique, mon cher, est le piédestal des célébrités. A ce métier de spadassin des idées et des réputations industrielles, littéraires et dramatiques, je gagne cin-

seguinte. Não sei se daqui a dois anos eu, que lhe falo, estarei em condições de obter semelhante poder: são precisos muitos amigos. Onde, como e por que meio ganhar meu pão? É a pergunta que me tenho feito muitas vezes ao sentir as ferroadas da fome. Depois de variadas tentativas, após haver escrito romance anônimo comprado por duzentos francos pelo Doguereau, que ele também não ganhou grande coisa, ficou provado que somente o jornalismo me poderia dar o que comer. Mas como entrar nessas barracas de feira? Não lhe contarei minhas diligências e minhas solicitações inúteis, nem seis meses passados a trabalhar como extra-numerário, a ouvir dizer que eu afugentava os assinantes, quando, pelo contrário, os atraía. Passemos por alto sobre esses vexames. Faço uma revista agora nos teatros do bulevar, quase de graça, para o jornal de Finot, esse gorducho que almoça ainda duas ou três vezes por mês no café Voltaire (mas onde você não vai!). Finot é o redator-chefe. Para viver, vendo as entradas que os diretores desses teatros me dão para recompensar minha "boa vontade" na crítica e os livros que as livrarias me mandam e dos quais devo falar. Enfim, eu trafico, depois que Finot se satisfaz, com os tributos "em espécie" mandados pelos industriais, a favor dos quais ou contra os quais ele me permite escrever alguns artigos. *A Água carminativa*, a *Pasta das sultanas*, o *Óleo cerebral*, a *Mistura brasileira*, pagam vinte ou trinta francos por um artigo engraçado. Sou forçado a ladrar atrás do livreiro que fornece poucos exemplares ao jornal; na direção ficam dois que Finot vende, e é preciso que haja outros dois para eu vender. O livreiro avaro de exemplares é desancado ainda que publique uma obra-prima. É ignóbil, mas vivo dessa profissão, eu, como centenas de outros. E não pense que o mundo político é mais belo que esse ofício literário: tudo em ambos é corrupção. Os homens, neles, ou são corruptores ou corrompidos. Quando se trata de um empreendimento mais importante de livraria, o livreiro me paga, com medo de ser atacado. Assim, meus lucros estão sempre de acordo com os prospetos. Quando os prospetos surgem em erupções miliares, o dinheiro entra a rodo no meu bolso, e posso então regalar os meus amigos. Quando não há negócios de livraria, vou jantar no Flicoteaux. As artistas pagam também os elogios, mas as mais hábeis pagam as críticas; é que, mais que tudo, temem o silêncio. Desse modo é que uma crítica, feita para ser alhures contestada, vale mais e é mais bem paga do que um seco elogio, esquecido no dia seguinte. A polêmica, meu caro, é o pedestal das celebridades. Nesse trabalho

quante écus par mois, je puis vendre un roman cinq cents francs, et je commence à passer pour un homme redoutable. Quand, au lieu de vivre chez Florine aux dépens d'un droguiste qui se donne des airs de milord, je serai dans mes meubles, que je passerai dans un grand journal où j'aurai un feuilleton, ce jour-là, mon cher, Florine deviendra une grande actrice; quant à moi, je ne sais pas alors ce que je puis devenir: ministre ou honnête homme, tout est encore possible. (Il releva sa tête humiliée, jeta vers le feuillage un regard de désespoir accusateur et terrible.) Et j'ai une belle tragédie reçue! Et j'ai dans mes papiers un poème qui mourra! Et j'étais bon! J'avais le coeur pur: j'ai pour maîtresse une actrice du Panorama-Dramatique, moi qui rêvais de belles amours parmi les femmes les plus distinguées du grand monde! Enfin, pour un exemplaire refusé par le libraire à mon journal, je dis du mal d'un livre que je trouve beau!

Lucien, ému aux larmes, serra la main d'Étienne.

— En dehors du monde littéraire, dit le journaliste en se levant et se dirigeant vers la grande allée de l'Observatoire où les deux poètes se promenèrent comme pour donner plus d'air à leurs poumons, il n'existe pas une seule personne qui connaisse l'horrible odyssee par laquelle on arrive à ce qu'il faut nommer, selon les talents, la vogue, la mode, la réputation, la renommée, la célébrité, la faveur publique, ces différents échelons qui mènent à la gloire, et qui ne la remplacent jamais. Ce phénomène moral, si brillant, se compose de mille accidents qui varient avec tant de rapidité, qu'il n'y a pas exemple de deux hommes parvenus par une même voie. Canalis et Nathan sont deux faits dissemblables et qui ne se renouvelleront pas. D'Arthez, qui s'éreinte à travailler, deviendra célèbre par un autre hasard. Cette réputation tant désirée est presque toujours une prostituée couronnée. Oui, pour les basses ceuvres de la littérature, elles représente la pauvre fille qui gèle au coin des bornes; pour la littérature secondaire, c'est la femme entretenue qui sort des mauvais lieux du jour-

de espadachim das idéias e das reputações industriais, literárias e dramáticas, ganho cinqüenta escudos por mês, posso vender um romance por quinhentos francos, e começo a ser considerado um homem temível. Quando, em vez de viver em casa de Florina,³ à custa de um droguista que se dá ares de milord, estiver alojado em “minha” casa e trabalhando no grande jornal em que hei de manter um rodapé, nesse dia, meu caro, Florina se tornará uma grande artista. Quanto a mim, não sei o que poderei vir a ser então: ministro ou homem honesto, tudo é possível. (Levantou a cabeça humilhada, mergulhou na folhagem um olhar de desespero acusador, terrível.) E tenho uma bela tragédia aceita! E tenho em meus papéis um poema que há de morrer! E eu era bom e tinha coração puro! Tenho por amante uma atriz do Panorama-Dramatique, eu, que sonhava belos amores entre as mais distintas mulheres, da alta roda! Enfim, por causa de um exemplar recusado ao meu jornal pelo livreiro, digo mal de um livro que em verdade acho belo!

Luciano, comovido até às lágrimas, apertou a mão de Estevão.

— Fora do mundo literário — disse o jornalista levantando-se e dirigindo para a grande alameda do Observatório, por onde os dois poetas caminharam como para dar mais ar aos pulmões — não há uma só pessoa que conheça a horrível odisséia pela qual se chega ao que é preciso chamar, segundo o talento, a voga, a moda, a reputação, o renome, a celebridade, o favor do público; diferentes degraus que levam à glória e que não a substituem nunca. Esse fenômeno moral, tão brilhante, compõe-se de mil incidentes que variam com tal rapidez, que não há exemplos de dois homens que houvessem triunfado por caminhos iguais. Canalis e Nathan⁴ são dois fatos dissemelhantes que não se repetirão jamais. De Arthez, que se esfalfa a trabalhar, tornar-se-á célebre por um outro qualquer acaso. Essa tão desejada reputação é, quase sempre, uma prostituta coroada. Sim, para as baixas obras da literatura, ela representa a pobre moça que se enregela pelas esquinas;

³Florina: atriz, uma das mulheres galantes da *Comédia Humana*: já a encontramos numa fase ulterior de sua vida como amante de Nathan, em *Uma Filha de Eva*.

⁴Nathan: Raul Nathan, protagonista da *Comédia Humana*, romancista e teatrólogo, que tentou conquistar em vão a Condessa Maria de Vandenesse (*Uma filha de Eva*); parece que o modelo desta personagem foi em parte o dramaturgo Léon Goslan, amigo de Balzac, e, após a sua morte, seu biógrafo.

nalisme et à qui je sers de souteneur; pour la littérature heureuse, c'est la brillante courtisane insolente, qui a des meubles, paye des contributions à l'État, reçoit les grands seigneurs, les traite et les maltraite, a sa livrée, sa voiture, et qui peut faire attendre ses créanciers altérés. Ah! ceux pour qui elle est, pour moi jadis, pour vous aujourd'hui, un ange aux ailes diaprées, revêtu de sa tunique blanche, montrant une palme verte dans sa main, une flamboyante épée dans l'autre, tenant à la fois de l'abstraction mythologique qui vit au fond d'un puits et de la pauvre fille vertueuse exilée dans un faubourg, ne s'enrichissant qu'aux clartés de la vertu par les efforts d'un noble courage, et revolant aux cieux avec un caractère immaculé, quand elle ne décède pas souillée, fouillée, violée, oubliée, dans le char des pauvres; ces hommes à cervelle cerclée de bronze, aux coeurs encore chauds sous les tombées de neige de l'expérience, ils sont rares dans le pays que vous voyez à nos pieds, dit-il en montrant la grande ville qui fumait au déclin du jour.

Une vision du Cénacle passa rapidement aux yeux de Lucien et l'émut, mais il fut entraîné par Lousteau qui continua son effroyable lamentation.

— Ils sont rares et clairsemés dans cette cuve em fermentation, rares comme les vrais amants dans le monde amoureux, rares comme les fortunes honnêtes dans le monde financier, rares comme un homme pur dans le journalisme. L'expérience du premier qui m'a dit ce que je vous dis a été perdue, comme la mienne sera sans doute inutile pour vous. Toujours la même ardeur précipite chaque année, de la province ici, un nombre égal, pour ne pas dire croissant, d'ambitions imberbes qui s'élancent la tête haute, le coeur altier, à l'assaut de la Mode, cette espèce de princesse Tourandocte des *Mille et un jours* pour qui chacun veut être le prince Calaf! Mais aucun ne devine l'énigme. Tous tombent dans la fosse du malheur, dans la boue du journal, dans les marais de la librairie. Ils glanent, ces mendiants, des articles biographiques, des tartines, des faits-Paris aux journaux, ou des livres commandés par de logiques marchands de papier noir qui préfèrent une bêtise débitée em quinze jours à un chef-d'oeuvre qui veut

para a literatura de segunda classe, é a manteúda que sai dos lugares suspeitos do jornalismo e a quem eu sirvo de rufião; para a literatura vitoriosa, é a brilhante cortesã insolente, que possui bens, paga contribuições no Estado, recebe os grandes senhores, a quem trata e maltrata, tem sua libré, sua carruagem, e pode fazer esperar os credores ávidos! Ai daqueles para quem ela é, como para mim outrora e hoje para o senhor, um anjo de asas matizadas, revestido de alva túnica, trazendo numa das mãos uma palma verde e na outra uma espada flamejante, partilhando a um tempo da abstração mitológica que vive no fundo de um poço e da pobre menina virtuosa exilada num arrabalde, que se enriquece unicamente pelas claridades da virtude e em consequência de uma nobre coragem, e que voa para os céus com o caráter imaculado, quando não morre enlameada, bolinada, violada, esquecida, no carro dos pobres. Os homens de cérebro cintados de bronze, corações ainda quentes sob as camadas de neve da experiência, são raros nesta terra que aí vê a nossos pés! — continuou ele, mostrando a grande cidade que fumegava ao cair do dia.

Uma visão do Cenáculo passou rapidamente diante dos olhos de Luciano e o deixou comovido, mas foi arrastado por Lousteau, que continuava em sua espantosa lamentação.

— São raros e esparsos nesta cuba em fermentação. Raros como os verdadeiros amantes no mundo amoroso, raros como as fortunas honestas no mundo das finanças, raros como um homem puro no jornalismo. A experiência do primeiro que me disse isto que lhe estou dizendo perdeu-se, como a minha será sem dúvida inútil para o senhor. Idêntico ardor precipita todos os anos, da província para cá, número igual, para não dizer crescente, de ambições imberbes que se lançam, cabeça erguida e coração altivo, no assalto da Moda, essa espécie de Princesa Tourandocte dos *Mil e Um Dias*⁵ para quem cada qual deseja ser o Príncipe Calaf! Mas nenhum consegue decifrar o enigma. Tombam todos na fossa da desgraça, na lama do jornal, nos charcos das livrarias. Respingam, esses mendigos, artigos biográficos, crônicas e “fatos de Paris” nos jornais, ou livros encomendados por lógicos negociantes de papel impresso, que preferem a asneira vendida em

⁵ *Mil e Um Dias*: coletânea de contos persas de Mollah, provavelmente imitados das *Mil e Uma Noites*; tradução francesa por Fétis de la Croix, revista por Lesage (1710-1712).

du temps pour se vendre. Ces chenilles, écrasées avant d'être papillons, vivent de honte et d'infamie, prêtes à mordrer ou à vanter un talent naissant, sur l'ordre d'un pacha du *Constitutionnel*, de *la Quotidienne*, des *Débats*, au signal des libraires, à la prière d'un camarade jaloux, souvent pour un diner. Ceux qui surmontent les obstacles oublient les misères de leur début. Moi qui vous parle, j'ai fait pendant six mois des articles où j'ai mis la fleur de mon esprit pour un misérable qui les disait de lui, qui sur ces échantillons a passé rédacteur d'un feuilleton: il ne m'a pas pris pour collaborateur, il ne m'a pas même donné cent sous, je suis forcé de lui tendre la main et de lui serrer la sienne.

— Et pourquoi? dit fièrement Lucien.

— Je puis avoir besoin de mettre dix lignes dans son feuilleton, répondit froidement Lousteau. Enfin, mon cher, travailler n'est pas le secret de la fortune en littérature, il s'agit d'exploiter le travail d'autrui. Les propriétaires de journaux sont des entrepreneurs, nous sommes des maçons. Aussi plus un homme est médiocre, plus promptement arrive-t-il; il peut avaler des crapauds vivants, se résigner à tout, flatter les petites passions basses des sultans littéraires, comme un nouveau-venu de Limoges, Hector Merlin, qui fait déjà de la politique dans un journal du centre droit, et qui travaille à notre petit journal: je lui ai vu ramasser le chapeau tombé d'un rédacteur en chef. En n'offusquant personne, ce garçon-là passera entre les ambitions rivales pendant qu'elles se battront. Vous me faites pitié. Je me vois en vous comme j'étais, et je suis sûr que vous serez, dans un ou deux ans, comme je suis. Vous croirez à quelque jalousie secrète, à quelque intérêt personnel dans ces conseils amers; mais ils sont dictés par le désespoir du damné qui ne peut plus quitter l'Enfer. Personne n'ose dire ce que je vous crie avec la douleur de l'homme atteint au coeur et comme un autre Job sur le fumier: Voici mès ulcères!

quinze dias à obra-prima que leva tempo para ser colocada. Lagartas esmagadas antes de se tornarem borboletas vivem de vergonhas e de infâmias, prontos a morder ou a gabar um talento nascente, por ordem de um paxá do *Constitutionnel*,⁶ da *Quotidienne*,⁷ dos *Débats*,⁸ a um sinal dos livreiros, a pedido de um camarada invejoso, ou, muitas vezes por um jantar. Aqueles que vencem esses obstáculos esquecem as misérias do começo. Eu, que lhe estou falando, escrevi durante seis meses artigos, onde pus a flor de minha inteligência, para um miserável que os fazia passar por seus e que, por causa dessas amostras, foi admitido como redator de um rodapé. Não me colocou como colaborador; não me deu sequer cem *sous*. E sou forçado a lhe estender a mão e a apertar a dele.

— Mas por quê? — Disse arrogantemente Luciano.

— Posso vir a precisar colocar dez linhas do seu rodapé — respondeu friamente Lousteau. — Enfim, meu caro, o segredo da fortuna, em literatura, não é trabalhar; trata-se de explorar o trabalho de outrem. Os proprietários de jornais são empreiteiros, e nós pedreiros. Assim é que quanto mais medíocre for um homem, tanto mais rapidamente subirá. Pode engolir sapos, resignar-se a tudo, lisonjear as pequenas e baixas paixões dos sultões literários, como um recém-chegado de Limoges, Heitor Merlin,⁹ que se encarrega já da política num jornal da direita e que trabalha em nosso jornaleco: vi-o apanhar o chapéu que um redator-chefe deixara cair no chão. Sem fazer sombra a ninguém, o tal rapaz passará entre as ambições rivais, enquanto elas estiverem se batendo. Você me dá pena. Vejo-me em você tal como eu era, e estou certo de que, dentro de um ou dois anos, será como sou agora. Pensará que existe alguma inveja oculta, algum interesse pessoal nestes conselhos amargos, que apenas são ditados pelo desespero do condenado que não pode sair do inferno. Ninguém ousa dizer o que eu lhe grito com a dor do homem atingido no coração e como um outro Job so-

⁶“*Le Constitutionnel*”: jornal liberal, fundado durante os Cem Dias, em 1815; de tendências bonapartistas, preparou com suas campanhas contra os Bourbons a Revolução de 1830.

⁷“*La Quotidienne*”: ver a nota 42 da 1ª parte.

⁸“*Débats*”: o *Journal des Débats*, primitivamente simples registro das assembleias revolucionárias: durante a Restauração, tornou-se órgão do Centro-Esquerda, de tendências semiliberais.

⁹*Heitor Merlin*: personagem inventada por Balzac.

— Lutter sur ce champ ou ailleurs, je dois lutter, dit Lucien.

— Sachez-le donc! reprit Lousteau, cette lutte sera sans trêve si vous avez du talent, car votre meilleure chance serait de n'en pas avoir. L'austérité de votre conscience aujourd'hui pure fléchira devant ceux à qui vous verrez votre succès entre les mains; qui d'un mot, peuvent vous donner la vie et qui ne voudront pas le dire: car, croyez-moi, l'écrivain à la mode est plus insolent, plus dur envers les nouveaux venus que ne l'est le plus brutal libraire. Ou le libraire ne voit qu'une perte, l'auteur redoute un rival: l'un vous éconduit, l'autre vous écrase. Pour faire de belles oeuvres, mon pauvre enfant, vous puiserez à pleines plumées d'encre dans votre coeur la tendresse, la sève, l'énergie, et vous l'établerez en passions, en sentiments, en phrases! Oui, vous écrirez au lieu d'agir, vous chanterez au lieu de combattre, vous aimerez, vous haïrez, vous vivrez dans vos livres; mais quand vous aurez réservé vos richesses pour votre style, votre or, votre pourpre pour vos personnages, que vous vous promènerez en guenilles dans les rues de Paris, heureux d'avoir lancé, en rivalisant avec l'État Civil, un être nommé Adolphe, Corinne, Clarisse ou Manon, que vous aurez gâté votre vie et votre estomac pour donner la vie à cette création, vous la verrez calomniée, trahie, vendue, déportée dans les lagunes de l'oubli par les journalistes, ensevelie par vos meilleurs amis. Pourrez-vous attendre le jour où votre créature s'élançera réveillée par qui? quand? comment? Il existe un magnifique livre, le *pianto* de l'incrédulité, *Obermann*, qui se promène solitaire dans le désert des magasins, et que dès lors les libraires appellent ironiquement un rossignol: quand Pâques arrivera-t-il pour lui? personne ne le sait! Avant tout, essayez de trouver un libraire assez osé pour imprimer *les Marguerites*? Il ne s'agit pas de vous les faire payer, mais de les imprimer. Vous verrez alors des scènes curieuses.

bre a esterqueira: Eis aqui minhas úlceras!

— Lutar nesse campo ou nalgum outro, devo lutar — disse Luciano.

— Pois saiba, então! — tornou Lousteau — a luta há de ser sem tréguas, se tiver talento, porque sua melhor sorte será a de não o possuir. A austeridade de sua consciência hoje pura curvar-se-á diante daqueles de quem o seu êxito depende, daqueles que com uma palavra lhe podem dar a vida, mas não a querem dizer, porque, acredite, o escritor da moda é mais insolente, mais duro para com os recém-vindos do que o mais brutal dos livreiros. Onde o livreiro não vê senão uma perda, o escritor receia um rival: — um o despede, o outro o esmaga. Para fazer obras belas, meu pobre rapaz, terá de, a penadas de tinta, esgotar seu coração de ternura, de seiva, de energia, e ostentar paixões, sentimentos, frases! Sim, escreverá em lugar de agir, cantará em vez de combater, há de amar, há de odiar, há de viver, em seus livros; mas quando tiver reservado suas riquezas para o estilo, seu ouro e sua púrpura para os personagens, tendo de andar em andrajos pelas ruas de Paris, feliz por haver criado, rivalizando com o Registro Civil,¹⁰ um ser chamado Adolfo, Corina, Clarissa, Renato ou Manon,¹¹ quando houver estragado sua vida e seu estômago para dar vida a essa criação, há de vê-la caluniada, traída, vendida, deportada para as lacunas do olvido pelos jornalistas, sepultada por seus melhores amigos. Poderá o senhor esperar pelo dia em que sua criatura se há de animar, acordada, por quem? quando? como? Há um livro magnífico, o *pianto* da incredulidade, *Obermann*,¹² que passeia solitário pelo deserto das prateleiras e que desde então os livreiros chamam ironicamente um “rouxinol”. Quando chegará a Páscoa dele? Ninguém o sabe! Antes de tudo, procure encontrar um livreiro bastante ousado para imprimir as *Margueridas*. Não se trata de fazer com que as paguem, mas apenas que as imprimam. Há de ver então cenas bem

¹⁰ *Rivalizar com o Registro Civil*; isto é, criar personagens que parecem tão vivas como as personagens reais inscritas no Registro Civil; era uma glória que Balzac várias vezes reivindicava para si.

¹¹ *Adolfo, Corina, Clarissa, Renato, Manon*: personagens, respectivamente, de Benjamin Constant, da Sra. de Staël, de Richardson, de Chateaubriand e do Abade Prévost.

¹² *Obermann*: famoso romance de Sénancour (1804), de atmosfera melancólica e pessimista (motivo pelo qual Balzac o qualifica de *pianto*, “choro”, “queixa”). O herói é um parente francês do *Werther* de Goethe. O livro é constituído por uma série de cartas sem reposta a um amigo, nas quais Obermann conta suas desilusões e a inquietação do seu espírito.

Cette rude tirade, prononcée avec les accents divers des passions qu'elle exprimait, tomba comme une avalanche de neige dans le cœur de Lucien et y mit un froid glacial. Il demeura debout et silencieux pendant un moment. Enfin, son cœur, comme stimulé par l'horrible poésie des difficultés, éclata. Lucien serra la main de Lousteau, et lui cria: — Je triompherai!

— Bon! dit le journaliste, encore un chrétien qui descend dans l'arène pour se livrer aux bêtes. Mon cher, il y a ce soir une première représentation au Panorama-Dramatique, elle ne commencera qu'à huit heures, il est six heures, allez mettre votre meilleur habit, enfin soyez convenable. Venez me prendre. Je demeure rue de La Harpe, au-dessus du café Servel, au quatrième étage. Nous passerons, chez Dauriat d'abord. Vous persistez, n'est-ce pas? Eh bien! Je vous ferai connaître ce soir un des rois de la librairie et quelques journalistes. Après le spectacle, nous souperons chez ma maîtresse avec des amis, car notre dîner ne peut pas compter pour un repas. Vous y trouverez Finot, le rédacteur en chef et le propriétaire de mon journal. Vous savez le mot de Minette du Vaudeville: *Le temps est un grand maigre?* eh bien! pour nous le hasard est aussi un grand maigre, il faut le tenter.

— Je n'oublierai jamais cette journée, dit Lucien.

— Munissez-vous de votre manuscrit, et soyez en tenue, moins à cause de Florine que du libraire.

La bonhomie de camarade, qui succédait au cri violent du poète peignant la guerre littéraire, toucha Lucien tout aussi vivement qu'il l'avait été naguère à la même place par la parole grave et religieuse de d'Arthez. Animé par la perspective d'une lutte immédiate entre les hommes et lui, l'inexpérimenté jeune homme ne soupçonna point la réalité des malheurs moraux que lui dénonçait le journaliste. Il ne se savait pas placé entre deux voies distinctes, entre deux systèmes représentés par le Cénacle et par le Journalisme, dont l'un était long, honorable, sûr; l'autre semé d'écueils et pé-

curiosas.

Esta rude tirada, pronunciada com os acentos diversos das paixões que exprimia, caiu como uma avalanche de neve sobre o coração de Luciano e nele pôs um frio glacial. Permaneceu de pé e silencioso alguns instantes. Por fim, seu coração, como que estimulado pela horrível poesia das dificuldades, expandiu-se. Luciano apertou a mão de Lousteau, e lhe disse:

— Hei de triunfar!

— Bem! — respondeu o jornalista — mais um cristão que desce à arena para se entregar às feras. Meu caro, esta noite há uma representação no Panorama-Dramatique, só começa às oito horas: são seis. Vá pôr a sua melhor roupa, torne-se enfim apresentável. Venha buscar-me. Moro na rua de La Harpe, nos altos do café Servel, no quarto andar. Passaremos primeiro pela casa de Dauriat. O senhor persiste, não é verdade? Pois bem, far-lhe-ei conhecer esta noite um dos reis da livraria e alguns jornalistas. Depois do espetáculo, cearemos na casa de minha amante com alguns amigos, porque nosso jantar não pode ser contado como uma refeição. Ali há de encontrar Finot, o redator-chefe e proprietário do meu jornal. Conhece o dito de Minette, do Vaudeville: — *O tempo é um grande bacalhau.*²¹³ Pois bem, para nós, o acaso é também um grande bacalhau, é preciso tentá-lo.

— Jamais hei de esquecer este dia — falou Luciano.

— Venha munido de seu manuscrito e esteja bem trajado, menos por causa de Florina que do livreiro.

A bonomia de camarada, que sucedeu ao grito violento do poeta ao pintar a guerra literária, tocou Luciano tão vivamente como havia comovido outrora, no mesmo local, a palavra grave e religiosa de de Arthez.

Animado pela perspectiva de uma luta imediata entre ele e os homens, o inexperiente rapaz não calculava, absolutamente, a realidade dos sofrimentos morais que o jornalismo lhe pressagiava. Não se sabia colocado entre dois caminhos diferentes, entre dois sistemas representados pelo Cenáculo e pelo jornalis-

¹³ *O tempo é um grande bacalhau...* Tradução aproximativa de um dos frequentes trocadilhos de Balzac, da espécie dos provérbios estropiados: no texto francês lê-se: *Le temps est un grand maigre*, deformação do provérbio: *Le temps est un grand maître*, "O tempo é um grande mestre". Esse mesmo trocadilho, com muitos outro de igual espécie, figura em *Uma Estréia na Vida*.

rilleux, plein de ruisseaux fangeux où devait se crotter sa conscience. Son caractère le portait à prendre le chemin le plus court, en apparence le plus agréable, à saisir les moyens décisifs et rapides. Il ne vit en ce moment aucune différence entre la noble amitié de d'Arthez et la facile camaraderie de Lousteau. Cet esprit mobile aperçut dans le Journal une arme à sa portée, il se sentait habile à la manier, il la voulut prendre. Ébloui par les offres de son nouvel ami dont la main frappa la sienne avec un laisser-aller qui lui parut gracieux, pouvait-il savoir que, dans l'armée de la Presse, chacun a besoin d'amis, comme les généraux ont besoin de soldats! Lousteau, lui voyant de la résolution, le racolait en espérant se l'attacher. Le journaliste en était à son premier ami, comme Lucien à son premier protecteur: l'un voulait passer caporal, l'autre voulait être soldat.

mo, dos quais um era longo, honrado, seguro: o outro semeado de escolhos e perigoso, cheio de charcos lamacentos onde sua consciência teria de se conspirar. Seu caráter levava-o a escolher o caminho mais curto e aparentemente mais agradável, a empregar os meios decisivos e rápidos. Não via, naquele momento, nenhuma diferença entre a nobre amizade de de Arthez e a fácil camaradagem de Lousteau. Aquele espírito inconstante percebeu no jornal uma arma ao seu alcance, sentiu-se bastante hábil para a manejar e desejou tomá-la. Deslumbrado pelos oferecimentos de seu novo amigo, cuja mão tocou a sua com uma negligência que lhe pareceu graciosa, poderia acaso adivinhar que no exército da imprensa todos precisam de amigos, como os generais precisam de soldados? Lousteau, vendo-o resoluto, aliciava-o na esperança de o prender a si. O jornalista estava em seu primeiro amigo, como Luciano em seu primeiro protetor: um queria passar a cabo de esquadra, o outro queria ser soldado.

A dimensão subjetiva e a dimensão objetiva da norma de direito fundamental ao ambiente*

Ney de Barros Bello Filho**

Os direitos fundamentais são categorias dogmáticas às quais corresponde uma subjetividade inerente ao conceito de direitos fundamentais. Esta é uma idéia recorrente e representa um lugar comum na clássica concepção liberal de direitos fundamentais.

O Estado liberal constituía-se a partir da crença na liberdade do indivíduo e do seu papel como instituição a garantir esta liberdade. Entretanto, a própria história das teorias da constituição, ou teorias dos direitos fundamentais demonstra que o pensamento liberal não é a única lente através da qual é possível compreender os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais também podem ser pensados como valores, como *topoi* ou *standart* jurídicos com outras funções dentro da quadratura dogmático-positiva. A compreensão da utilização de normas de direitos fundamentais como valores a regular as atuações do Estado e dos indivíduos é própria do Estado pós-liberal, que é o Estado Social¹.

Estas “escolhas valorativas” que determinam objetivamente condutas, limites e atuações têm sua origem na Constituição de Weimar, mas somente foram desenvolvidas na década de 50 (cinquenta) do século XX.²

Considerando este pensar, para muito além da dimensão subjetiva das normas de direitos fundamentais, há uma dimensão objetiva que lhe é concorrente - ou exclusiva - quando tais normas não atribuírem a qualquer legitimado um direito subjetivo.

Há que se perceber que uma coisa são normas de direitos fundamentais e outra coisa os direitos fundamentais que são por elas atribuídos a determinados legitimados. São dois conceitos dogmáticos distintos e que não expressam o mesmo pensamento.

Algumas normas de direitos fundamentais não conferem quaisquer posições jurídicas subjetivas e, portanto, nestes casos, não há que se falar em direitos fundamentais, mas tão somente em normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva. Estas normas de eficácia meramente objetiva geram interesses legítimos, ou interesses jurídicos que não se confundem com direitos subjetivos. Existem duas dimensões – ou duas possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais.^{3 4}

Tais são as normas que estabelecem princípios destinados a garantir outros direitos fundamentais, ou a definir deveres de natureza fundamental, sem caracterizarem-se como direitos propriamente ditos, em razão de não atribuí-los a quem quer que seja.

Observe-se que todas as normas de direitos fundamentais possuem esta eficácia meramente objetiva, na medida em que estas normas jogam as funções de normas de garantia da unidade do sistema além de possuírem efeitos que desbordam da mera atribuição de subjetividade.

* VANESCA e TRF e Fiorillo.

**Ney de Barros Bello Filho é Juiz Federal, Doutor em Direito da UFMA e Vice-Presidente do Instituto “O direito por um Planeta Verde”.

¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187 e ss.

² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 149.

³ Afirmando a dupla dimensão dos direitos fundamentais – a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva – encontra-se, na doutrina portuguesa os posicionamentos de ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 200; SILVA, Vasco Pereira. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 58: [...] para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito.

Isto implica na constatação de que todas as normas de direitos fundamentais são normas de eficácia objetiva por que delas é possível extrair obrigações, deveres e proteção a outros direitos. A subjetividade é um *plus* que pode ou não estar adjungido à norma.

A teoria institucional dos direitos fundamentais foi quem primeiro descalvou a estrutura dos direitos fundamentais – ou de suas normas estatuintes – para admitir a existência de um duplo caráter dos direitos fundamentais. Entretanto, conforme a teoria institucionalista, o caráter subjetivo do direito fundamental vinculava-se a sua expressão individualista, que se caracteriza pela subjetividade pública. Já a dimensão objetiva caracteriza-se por ser a expressão institucional objetiva.

O recorte do direito ambiental pensado como direito subjetivo individual era característico de um modelo liberal que se afirmava como aporte de um individualismo que se supera no Estado social⁵:

Isto se justifica por que os direitos fundamentais não possuem apenas a sua dimensão individual própria da subjetividade, mas foram elevados ao patamar de “pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade”⁶.

Entre as duas dimensões existe não propriamente uma tensão, mas uma dependência, uma complementariedade. Não existe norma de direito fundamental sem a sua dimensão objetiva, e todas as vezes que se estiver diante de um direito fundamental certamente se estará diante desta dúplici dimensão.

Esta dupla função das normas de direitos fundamentais é que os garante a posição de normas de garantia do modo de viver na pós-modernidade. A

sua eficácia objetiva reflete algo mais importante em diversas conexões dogmáticas do que a subjetividade em voga na modernidade. A subjetividade passa a ser apenas uma das técnicas de preservação de bens jurídicos através do direito, e em alguns casos sem ser, nem mesmo, a mais importante.

A afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser compreendida como uma des-subjetivização uma vez que a compreensão clássica dos direitos fundamentais é no mínimo mitigada para dar lugar a uma irradiação objetiva que gera deveres e comportamentos vinculativos e determinantes, porém carentes de subjetividade.

A objetivação das normas de direitos fundamentais representa uma ligação direta com a teoria dos valores, na medida em que é pressuposta da existência de uma dimensão objetiva a existência de um valor objetivamente institucionalizado pela norma a ser perseguido e irradiado para toda a sociedade e Estado.

O individualismo sede lugar a uma compreensão dogmática que vê na subjetividade dos direitos, apenas uma das técnicas de defesa de bens jurídicos, não a única possibilidade de fazê-lo.

Os direitos fundamentais, ou mais tecnicamente as normas de direitos fundamentais deixam de ser pensadas sob a ótica dos indivíduos para ocupar espaços de conformação coletiva, protegendo valores e bens jurídicos que não aderem ao titular no sentido da subjetividade clássica.⁷

Estes efeitos jurídicos decorrentes da eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais são importantes para a proteção de valores e bens na pós-modernidade na medida em que representam um acréscimo às considerações decorrentes da subjetividade em voga nas teorias liberais. Ao constatar-se a existência de uma eficácia objetiva de

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 60: Para Häberle, os direitos fundamentais apresentam um lado jurídico-individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjetivo público, e um lado institucional objetivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados. Este duplo caráter constitui a essência dos direitos fundamentais: na perspectiva dos seus titulares, os direitos fundamentais surgem como direitos subjetivos públicos, enquanto que, na perspectiva das relações de vida, surgem os institutos.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 114.

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 115: Já tem sentido fazer uma distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.

todas as normas de direitos fundamentais se estará extraindo conseqüências que não são naturais à simples constatação de subjetividade jurídica.

A exigência de deveres do Estado e de particulares não são uma conseqüência natural da subjetividade das normas de direitos fundamentais. Ao se admitir a existência de uma eficácia objetiva se estará acrescentando uma plêiade de deveres e obrigações que não surgiriam naturalmente da subjetividade dos direitos fundamentais.

Este alargamento da efetividade, decorrente da admissão de sua objetividade, aumenta a influência do sistema normativo – e mais precisamente do sistema de direitos fundamentais – na vida em sociedade.

A participação do ordenamento jurídico, cumprindo as suas funções de imperatividade e normatividade crescem com a assunção da eficácia objetiva, na medida em que direitos e obrigações podem ser extraídos do texto, ainda que direitos subjetivos não estejam, no todo, configurados.

A compreensão e o reconhecimento da dimensão objetiva representam um avanço na operatividade dos direitos fundamentais, na medida em que as existências destes direitos enquanto categorias dogmáticas não representam apenas a exigência de que o Estado não viole determinadas posições jurídicas, mas também que ele se obrigue a perseguir a realização de valores objetivos que estão dispostos e determinados, com grau de vinculatividade, no corpo constitucional.

Ao admitir-se a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que se está a fazer é reconhecer a sua função de fundamentos da ordem jurídica a irradiar seus efeitos para todo o setor público e a sociedade, gerando deveres e protegendo institutos e pugnando pela realização de valores constitucionalmente postos. Desta forma, as normas de direitos fundamentais deixam de ser somente normas atributivas de subjetividade pública e passam a ser normas imperativas e vinculativas de natureza ampla, irradiantes para toda a sociedade e para o Estado.

Sepor um lado as normas de direitos fundamentais possuem sempre uma eficácia objetiva, não é certo dizer que todas as normas de direitos fundamentais atribuem a algum legitimado a subjetividade necessária à configuração de um direito subjetivo de cariz fundamental.

Os direitos fundamentais são sempre direitos subjetivos. As normas de direitos fundamentais, quando atribuem direitos subjetivos a um legitimado estão atribuindo direitos subjetivos e estabelecendo um direito fundamental, sem prejuízo da sua eficácia objetiva, que é comum a todas as normas de direitos fundamentais.

A principal característica que socorre aos direitos subjetivos é a possibilidade de se fazerem efetivos nos tribunais.⁸ Há direito fundamental quando houver justiciabilidade, quando for possível a um titular a quem o direito esteja atribuído por uma norma de direito fundamental guerrear em juízo em defesa de sua posição jurídica.

O direito subjetivo joga a função de uma posição jurídica que pode se caracterizar como o poder da vontade de determinar algo ou um interesse digno de proteção.⁹ Estabelecer-se como posição jurídica representa a possibilidade de sê-la, a posição, exigível judicialmente.

Isto não implica em dizer que na ausência de subjetividade há perda de qualquer possibilidade de busca de satisfação judicial contra a agressão do bem jurídico protegido pela norma. Tal implica, isto sim, no estabelecimento de uma diferença ontológica entre a eficácia jurídica de um direito subjetivo e a eficácia de uma norma de direito carente de subjetividade. As normas de direito fundamental de eficácia meramente objetiva possuem eficácia, mas a sua eficácia é uma eficácia diferida.

A dimensão objetiva não é incompatível com a dimensão subjetiva. Quando está presente a dimensão

⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 42.

⁹ O debate acerca da característica e da natureza do direito subjetivo não é novo. As teorias da vontade e do interesse se contrapõem quer em Alemanha quer no pensamento anglo-saxão. Sobre o assunto interessante o que dizem autores como Rudolf Vom Jhering, Bernhard Windsheid, Jeremias Bentham, John Austin, Joerg Jellinek. Interessante ver, também o posicionamento de Robert Alexy. No direito Português, veja-se MONCADA, Cabral. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra, Almedina, 1995, p. 58 e ss; ANDRADE, Manuel. *Teoria geral da relação jurídica*, 6. reimpr. Coimbra, Almedina, 2003, p. 7 e ss. v. 1; PINTO, Paulo Mota. *Direito civil*. Lisboa: Coimbra Editora, 2000; CARVALHO, Orlando. *Relação jurídica e direito subjetivo*, Lisboa: Coimbra Editora, 1981; MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 82 e ss; CORDEIRO, João Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 105 e ss. v. 1.

subjetiva, está claro que a dimensão objetiva também se faz atuante. Neste sentido, clara é a exemplificação de Jorge Reis Novais¹⁰.

Direito subjetivo é sempre reflexo de uma posição jurídica o que implica em dizer que todo direito subjetivo revela uma posição jurídica e, dito deste modo, todo ele possui subjetividade. Isto representa conceber direito subjetivo em sentido amplo, “[...] como posição jurídica subjetiva activa ou de vantagem”.¹¹ Ou, em termos similares, admitir que “[...] a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular”.¹²

Obviamente, admitir que todo direito é subjetivo não é afirmação válida se cotejada com a clássica dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo, que permite compreender por direito objetivo como expressão da norma jurídica haja ou não subjetividade em razão da atributividade de posição jurídica a legitimados.

No sentido de que todo direito é subjetivo as normas que não atribuem direito a ninguém por serem carentes de subjetividade são normas que possuem eficácia meramente objetiva. Todo direito subjetivo é um modelo de três níveis: Primeiramente deve-se observar as razões para que uma determinada norma esteja atribuindo direito subjetivo a quem quer que seja; em um segundo momento, reconhecer tal direito como uma posição jurídica; e por fim, perceber a propriedade natural de todo direito subjetivo que é sua exigibilidade.¹³

¹⁰NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 68-69: Assim, se A tem em face ao Estado um direito a algo, então o Estado tem, como contrapartida relacional, a obrigação jurídica de prestar este algo (seja fazendo, não fazendo ou sujeitando-se), isto é, o Estado tem, para com A, um dever. Ora, se abstrairmos da posição de A, e, mais rigorosamente, se abstrairmos da perspectiva relacional, resta ainda um dever do Estado, ou seja, objectivamente, o seu dever de fazer, não fazer ou de se sujeitar.

¹¹ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 11.

¹²ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119.

¹³BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 46.

Ao observar-se a aparente dicotomia entre eficácia meramente objetiva e eficácia subjetiva das normas de direitos fundamentais - que geram deveres fundamentais e direitos subjetivos fundamentais respectivamente – percebe-se que a subjetividade remonta a um aspecto individualista, que põe em evidência a dimensão personalista do direito que sempre foi sua principal característica.

A subjetividade permite, em primeiro plano, a proteção de interesses próprios dos titulares, ainda que este interesse seja, a um só tempo, comunitário.¹⁴

Convém observar, entretanto, que o fato de se tratar de direito fundamental – e conseqüentemente, de direito subjetivo fundamental não implica necessariamente na constatação de que se trata de um direito de cariz individual. A individualidade não é atributo da subjetividade, que pode se dar de forma coletiva e até mesmo difusa.

É possível que haja o resgate de uma subjetividade não em moldes da individualidade moderna, mas em nome de uma compreensão coletiva e difusa dos direitos que caracteriza a hipótese de resistência jurídica a compreensões totalizantes pós-modernas.

Isto implica em dizer que o direito subjetivo pode ser instrumento de afirmação de uma técnica de direitos que realiza a transindividualidade, compreendendo o universo a ser protegido pelo direito subjetivo não apenas como o universo individual da concepção clássica.

Por esta razão não é possível concordar com Vieira de Andrade quando vê na individualidade uma

¹⁴ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119: Quanto ao segundo aspecto (diríamos: funcional), não haverá dúvidas de que a atribuição subjetiva de direitos fundamentais pressupõe a existência e visa em primeira linha satisfazer interesses próprios dos titulares, reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídicos pessoais – é esse o critério que identifica toda a matéria, ainda que esses valores possam ser simultaneamente valores comunitários. Quanto ao primeiro aspecto (estrutural), vemos que o reconhecimento ou a atribuição de um direito subjetivo fundamental aparece hoje ligado à proteção intencional e efectiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.

das características da subjetividade.¹⁵ A referência a homens individualmente considerados é uma possibilidade do direito, mas a sua compreensão coletiva ou difusa é uma realidade e uma necessidade no mundo contemporâneo.

Os direitos fundamentais coletivos – que existem na maioria das Constituições, inclusive a portuguesa – são, para o autor, apenas uma forma de exercício de direitos que, em si, são individuais. A pensar desta maneira seria impensável a categoria de direitos difusos, que se revelariam como interesse e não como direitos propriamente ditos.

Esta não parece ser a melhor interpretação, especialmente por que os direitos fundamentais são expressões de conquistas e construções histórico-dogmáticas, e nos tempos atuais não há que se falar exclusivamente na individualidade dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Os entes coletivos podem, sim, serem titulares de direitos fundamentais, além de instrumentos de seu exercício, assim como é possível a difusão e dispersão destes direitos que vão ser densificados apenas no momento da sua realização. É o caso dos direitos fundamentais de natureza difusa.

Isto implica, necessariamente, em dizer que os direitos fundamentais, que são posições jurídicas, são posições jurídicas subjetivas, podendo ser individuais, coletivas ou difusas.

Quando se está tratando da norma do artigo 225 da Constituição Federal que enuncia a norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado percebe-se claramente a existência de dupla eficácia – objetiva e subjetiva.

Como dá conta Canotilho, a dimensão objetiva das normas fundamentais de direito ambiental é responsável por uma dada diretriz de preservação de bens ambientais constitucionalmente protegidos, tornando-se relevante na interpretação de outros dispositivos que podem direcionar a interpretação da norma a partir da sua eficácia objetiva.

Desta maneira, fácil entender que a eficácia objetiva da norma funciona como guia hermenêutico

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122.

de caráter geral, obrigando os aplicadores a observarem a proteção do meio ambiente quando da aplicação de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Desta maneira, a eficácia objetiva da norma de direito fundamental ao ambiente joga a mesma função dogmática do princípio constitucional da preservação do ambiente.¹⁶

A solução no caso brasileiro não é distinta da portuguesa. Com efeito, o constituinte inovou no trato da matéria ao deixar claro a expressão de deveres constitucionais ambientais impostos quer a coletividade, quer ao poder público. Ao fazê-lo estabilizou a categoria dogmática dos direitos fundamentais ambientais que tinha tratamento incerto por parte da norma constitucional anterior. Claro e cristalino ficou a existência de uma plêiade de determinações constitucionais impostas a todos e que tinha como objeto o ambiente considerado constitucionalmente como um 'bem de uso comum do povo'

Resta saber se tais normas de direito fundamental ao ambiente que impõe deveres ambientais traz consigo obrigações relativas a direitos. Resta saber se a eficácia da norma que é naturalmente objetiva comporta o *plus* da subjetividade, estabelecendo legitimados difusos para o direito que ela lhes atribui.

A resposta deve ser afirmativa, na medida em que o artigo 225 da Constituição Federal não impõe apenas deveres, mas também direitos, garantindo a justiciabilidade àqueles legitimados que difusamente estão indicados na norma expressa pela disposição de direito fundamental.

Os Deveres Fundamentais

Dois são os tipos de deveres que surgem do texto constitucional: deveres constitucionais autônomos

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 181: [...] a dimensão objectiva das normas-tarefa e normas-fim constitucionais relativas ao ambiente apontam para a constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais decisivamente relevantes na interpretação – concretização de outras regras e princípios constitucionais, na concretização de preceitos constitucionais por normas de direito ordinário, nos juízos de ponderação indispensáveis à solução de conflitos.

e deveres fundamentais correlatos a uma norma de direito fundamental.¹⁷

Existem deveres que não são correlatos às normas de direitos fundamentais, que são os deveres constitucionais autônomos. São deveres constitucionais — abstratos ou concretos — e que não se vinculam à existência de uma norma de direitos fundamentais.

Outros deveres são decorrentes de normas de direitos fundamentais e podem estar conectados a direitos fundamentais caso as normas atribuam direitos subjetivos. Podem existir autonomamente, caso a norma possua apenas eficácia objetiva.

Estas quatro hipóteses de deveres constitucionais estão dispersas em todo texto da Constituição de 1988. É possível verificar deveres autônomos e abstratos, deveres autônomos e concretos, deveres fundamentais e deveres fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais.

As disposições de direitos fundamentais possuem uma dimensão jurídico-objetiva e desta dimensão decorre a existência de deveres fundamentais.¹⁸

A dimensão objetiva, ou a eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais acarreta na existência de deveres fundamentais que já foram vistos como um outro lado dos direitos fundamentais, mas em verdade, são categorias que não possuem, necessariamente, um correspondente nos direitos fundamentais.

Os deveres fundamentais são categorias autônomas diferenciadas dos direitos, pois não comportam subjetividade e existem na quadratura dogmática sem a correspondente assunção de uma posição jurídica equivalente.¹⁹

Isto implica na constatação de que, mesmo quando não for identificada uma prestação oponível ao

Estado, será o caso de um dever de fazer ou não fazer algo.²⁰

Obviamente, quando a norma de direito fundamental for uma norma de eficácia objetiva e eficácia subjetiva haverá uma relação entre deveres e direitos fundamentais, mas mesmo esta relação não se irá caracterizar por uma correspondência. Neste aspecto, o correspondente ao direito será uma obrigação e não um dever. Os deveres fundamentais são autônomos e independem da existência de um direito fundamental.²¹ No dizer de Canotilho, “[...] os deveres fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos”.²²

A Constituição possui como técnica normativa tanto a criação de direitos quanto de deveres, e tais, a depender da contextura das normas que os vetoriza no ordenamento jurídico podem ser direitos e deveres de natureza fundamental.

Isto implica na existência de deveres e direitos que podem ser diretamente aplicáveis ou não. No que diz respeito aos deveres constitucionais fundamentais, existem aqueles que são diretamente exigíveis — e que tem a mesma função dos direitos e garantias fundamentais auto-aplicáveis — e aqueles que carecem de uma mediação legislativa, a definir o âmbito da exigência.

Embora a Constituição não defina quais obrigações devem ser imediatamente exigíveis - por serem auto-aplicáveis - e quais não comportam esta característica, percebe-se que em matéria de deveres fundamentais a auto-aplicabilidade se torna de mais difícil execução, na medida em que — para cumprimento de um dever — se faz mister procedimentos e estruturas organizatórias que não são necessárias para gozo de um direito.

Neste lanço, em algumas situações e para cumprimento de alguns deveres, a mediação legislativa

¹⁷Robert Alexy levou a efeito outra hipótese de classificação de normas de direitos fundamentais que insculpem deveres fundamentais. Para o professor, as normas são vinculantes ou não vinculantes, constitutiva ou não de posições *prima facie*, e estatuinte de um direito ou de um dever. Das combinações possíveis surgem oito tipos de normas de direitos fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 484.

¹⁸NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

¹⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 529.

²⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120: Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

²¹CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

²²CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 532.

torna-se fundamental “[...] para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres”.

23

Não se quer com isso dizer que os deveres fundamentais constitucionais estão no mundo jurídico em simetria com as normas constitucionais programáticas, mas apenas afirmar que nem todas as determinações que se lançam na Constituição estão aptas a gerar deveres auto-aplicáveis. Há uma necessária mediação legislativa para boa parte das normas.

Dentre as normas de direitos fundamentais encontram-se as que possuem eficácia objetiva e, portanto, geram deveres fundamentais, estão aquelas que geram direitos subjetivos, atribuídos a legitimados, tendo por sujeito passivo o próprio Estado.

Tais normas geram uma categoria de deveres para o Estado que são os deveres estatais de proteção, que implicam no dever que o Estado possui de não permitir que particulares agridam os direitos fundamentais dos indivíduos.

A teoria dos deveres estatais de proteção implica no dever fundamental que o Estado tem de impedir agressões privadas aos direitos fundamentais, tornando-se ele um devedor do exercício de direitos fundamentais por parte dos cidadãos.²⁴

Só a existência de um direito fundamental acarreta no dever fundamental do Estado de proteger este direito de agressões de terceiros, o que implica em uma postura estatal de garantidor do exercício do direito por parte dos respectivos titulares.

Observe-se que este dever estatal de proteção decorre do monopólio que o Estado moderno possui do uso da força. O papel do Estado a partir da modernidade intrinca-se com sua função de garantir a

observância de suas normas, razão pela qual não há de ser tolerada a inobservância de um direito fundamental. Vedada a autodefesa surge para o Estado o dever de, por intermédio de suas mesmas forças, exercer a proteção e a tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos que podem ser eventualmente agredidos por outros particulares.²⁵ Neste sentido, “[...] o dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela, e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação”.²⁶

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Vasco Pereira. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

²³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

²⁴NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 86: Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças providas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais.

²⁵NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 88.

²⁶NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

Il rischio nella società contemporanea

Raffaele De Giorgi*

I

Il drammaturgo inglese Harold Pinter ha dedicato la sua opera, la sua passione poetica, la forza penetrante delle sue commedie alla rappresentazione del dramma della guerra, dei massacri, delle sofferenze inferte al mondo dall'impero. Questo impero si presenta come il mondo della democrazia e della libertà civili, dei diritti umani e degli interventi di pace. La motivazione per il conferimento del premio Nobel a Pinter è la seguente: "nelle sue commedie egli scopre il baratro che sta sotto le chiacchiere di tutti i giorni e spinge ad entrare nelle stanze chiuse dell'oppressione". Cosa mai si potrà vedere entrando in quelle stanze? E cosa nasconde quel baratro? La nostra risposta è: giustizia, pace, sicurezza, salute, benessere, principi universali, verità. In altri termini: sapere sulla società e sapere sul mondo. Oppure: ordine, certezza, progresso. Riteniamo che in quelle stanze chiuse si elaborino le percezioni del rischio nella società contemporanea, le tecniche del suo trattamento, le strategie della sicurezza, si pianifichi la salute, si intreccino le reti che devono contenere ciò che con una brutta formula si chiama *global risk*. E il baratro? Il baratro è oscurità, impenetrabilità, occultamento. Il baratro sottrae alla vista il paradosso del rischio, copre la costruzione paradossale del rischio, rende inosservabile l'osservatore e quindi rende inaccessibile la sua osservazione ad altri osservatori. Questo impedimento della osservazione dell'osservazione, questo sprofondamento dell'osservatore, rende possibile la presentazione del rischio come un oggetto, come qualcosa, uno stato, una condizione o persino un'entità fornita dei caratteri dell'oggetto, in altri termini come qualcosa fornita di oggettività. E l'oggetto è sempre oggetto di sapere, oggetto di conoscenza. Ma nella oscurità del baratro avviene ancora qualcos'altro. Gli oggetti, in realtà, sono autovalori dell'indicazione, essi si stabilizzano attraverso la ricorsività dell'indicazione. Ciò che si chiama oggettività è proprio questa ricorsività,

O risco na sociedade contemporânea*

I

O dramaturgo inglês Harold Pinter dedicou sua obra, sua paixão poética e a força penetrante de suas comédias à representação do drama da guerra, dos massacres e dos sofrimentos inerentes ao mundo do império. O império aparece como o mundo da democracia e da liberdade civil, dos direitos humanos e das intervenções de paz. O escritor foi agraciado com o Prêmio Nobel porque "em suas comédias, revela o abismo que existe sob conversas cotidianas e nos incita a entrar nos cômodos fechados da opressão". O que pode ser visto nesses cômodos e o que se esconde naquele abismo? Nossa resposta é: justiça, paz, segurança, saúde, bem-estar, princípios universais e verdade. Em outras palavras: saber sobre a sociedade e saber sobre o mundo. Mais: ordem, certeza e progresso. Sustentamos que, naqueles cômodos fechados, são elaboradas as percepções do risco na sociedade contemporânea, as técnicas para seu tratamento e as estratégias de segurança. É lá onde se planifica a saúde e se entrelaçam as redes que devem conter aquilo que, pessimamente, convencionou-se chamar de *global risk*. E o abismo? O abismo é obscuridade, impenetrabilidade e ocultamento. Ele oculta o paradoxo do risco e encobre a própria construção paradoxal. Torna inobservável o observador e inacessível sua observação a outros observadores. Esse bloqueio da observação da observação, o acaso do observador, possibilita a apresentação do risco como um objeto, como alguma coisa, um estado, uma condição ou, talvez, uma entidade com características de objeto, vale dizer, alguma coisa provida de objetividade. E o objeto é sempre objeto do saber, objeto do conhecimento. Mas, na escuridão do abismo, ainda há lugar para outra coisa: os objetos, na realidade, são autovalores da indicação. Eles se estabilizam através da recursividade da indicação. Aquilo denominado objetividade

*Traduzido do original em italiano, *Il rischio nella società contemporanea*, por Guilherme Leite Gonçalves, Professor da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

cioè l'esclusione di altri valori, l'invisibilizzazione della distinzione che rende possibile l'indicazione. Ma l'invisibilizzazione della distinzione sottrae all'osservazione l'altra parte della distinzione. La espone al non-sapere. La occulta. In questo modo la include solo come rischio. Come terzo incluso che è escluso. L'indicazione del rischio come oggetto delimita il sapere delle situazioni e produce rischio perché affida al non-sapere le possibili altre distinzioni.

Nel baratro allora accade qualcosa di grottesco. Si produce il rischio del sapere e si occulta il rischio del rischio del non-sapere. Si trattano gli eventi in virtù di connessioni causali e si attiva circolarità. Si inventano tecniche della sicurezza e si produce rischio e pericolo, dipende dall'osservatore e dal destinatario. Si lavora ad una gridata ecologica del sapere e ci si immunizza rispetto alla realtà del rischio che è la realtà del non-sapere. Si inventano gli esperti del rischio e si occulta il rischio degli esperti. Nella medicina si dice: consenso informato e significa: come assumersi le responsabilità dell'eventuale errore di altri in situazioni nelle quali si deve scegliere senza alternative di scelta. Oppure, si dice: diritto alla salute e significa: come disporre negli spazi tra politica ed economia di individui ai quali comunque e sempre sia possibile imputare le conseguenze della privazione dell'accesso alla salute come rischio che essi avrebbero potuto evitare.

Davvero un baratro che sta sotto le chiacchiere di tutti i giorni. Riteniamo che altri percorsi della riflessione siano possibili e forse necessari. E che essi siano giustificati dai rischi prodotti dal sapere del rischio. Nelle considerazioni che seguono vorremmo trattare il rischio come un paradosso costitutivo della modernità della società moderna, come un vincolo del futuro che rende possibile l'agire alle condizioni del non-sapere alle quali nel presente si effettuano le scelte. E infatti, nella simultaneità e nella in trasparenza dell'accadere che caratterizza la società contemporanea e che di volta in volta costituisce il suo presente, si deve pur far qualcosa. Per esempio, scegliere, senza sapere come.

II

Rischio viene considerato in gran parte della letteratura, ma anche dal senso comune, come una specie di realtà sotterranea, come una seconda realtà che scorre occulta al di sotto della realtà che si produce con

è justamente essa recursividade, ou seja, a exclusão de outros valores, a invisibilidade da distinção que torna possível a indicação. Mas a invisibilidade da distinção subtrai da observação a outra parte da distinção, expondo-a ao não-saber, ocultando-a. Assim, a outra parte da distinção é incluída unicamente como risco, como o terceiro incluído que é excluído. A indicação do risco como objeto delimita o saber sobre os acontecimentos e produz risco, pois confia, ao não-saber, as demais distinções possíveis.

Ocorre, assim, algo de grotesco no abismo: o risco do saber é produzido e o risco do risco do não-saber é ocultado. Os eventos são tratados em razão das conexões causais e a circularidade é ativada. Desse modo, inventam-se técnicas de segurança; risco e perigo são produzidos conforme o observador e o destinatário; constrói-se uma gritaria ecológica do saber; fica-se imune à realidade do risco (que é a realidade do não-saber); formam-se os experts em risco e se oculta o risco dos experts. Na medicina, é o "consenso informado": assume-se responsabilidades por eventuais erros dos outros em situações em que se deve escolher sem alternativas de escolha. Ou ainda, o "direito à saúde", em que se dispõe, nos espaços entre economia e política, de indivíduos aos quais se pode sempre imputar as consequências da privação do acesso à saúde como risco que os próprios indivíduos poderiam evitar.

É mesmo um abismo que existe sob as conversas cotidianas. Sustentamos que outros caminhos reflexivos sejam possíveis e necessários, justificados pelos riscos produzidos pelo saber do risco. Nas considerações a seguir, trataremos o risco como um paradoxo constitutivo da modernidade da sociedade moderna, como um vínculo com o futuro que possibilita o agir em condições de desconhecimento em que são feitas escolhas no presente. Na simultaneidade e na falta de transparência do acontecer que caracteriza a sociedade contemporânea e que constitui seu presente, deve-se fazer alguma coisa, como, por exemplo, escolher sem saber exatamente como fazê-lo.

II

Grande parte da literatura e do senso comum consideram risco uma espécie de realidade subterrânea, uma segunda realidade que transcorre occulta sob a realidade produzida pelo agir, quer o agir singular, quer

l'agire. Si tratti dell'agire di singoli o dell'agire di sistemi sociali. Rischio è una specie di realtà della minaccia, o una specie di minaccia di realtà tenuta silente. Se non ci fosse questa minaccia, l'ordine continuerebbe a sussistere. La realtà scorrerebbe ordinatamente. Gli eventi, l'agire, potrebbero essere coordinati secondo le aspettative, regolati secondo le previsioni, i programmi. In altri termini si potrebbe realizzare in modo, diciamo pure, razionale ciò che si intende realizzare. Il rischio, se si verifica, rompe quest'ordine, le connessioni tra i suoi elementi, la continuità temporale che le tiene insieme. Le differenze tra passato e futuro sarebbero superate dalla capacità razionale di rappresentarsi il futuro e di agire casualmente per la sua realizzazione. Lo stato di conservazioni di queste condizioni dell'agire si chiama sicurezza. E siccome la sicurezza è una condizione che merita preferenza, le si attribuisce un valore positivo. Al rischio invece si attribuisce un valore negativo. E così la ragione viene sublimata dalla morale. Il rischio c'è e deve essere evitato, minimizzato, trattato attraverso misure di sicurezza. Gli ingredienti del trattamento, le terapie preventive, le misure di sicurezza sono infinite. Anche se lo schema della loro costruzione è uno schema ricorrente, elementare come la razionalità che lo sostiene. Barbaro, diciamo, come la pretesa di universalità della ragione. Che può essere cieca, violenta, proprio perché la sua razionalità giustifica cecità e violenza. Se si percepisce il rischio che l'ordine del mondo sia infranto, si deve intervenire per prevenire che ciò accada. E se una nuova tecnologia viene sviluppata, si deve controllare la sua rischiosità. E se c'è il rischio che i ragazzi consumino droghe, bisognerà attivare una educazione rigida che li costringa ad appropriarsi di valori ritenuti sociali e utili. E se ci sono rischi per la salute, bisognerà imporre altri stili di vita. E se l'assistenza sanitaria costa eccessivamente, allora si dovrà privatizzarla, perché i privati sono efficienti, producono profitti che possono essere investiti per migliorare le condizioni di salute di tutti. E se l'Europa rischia di essere travolta da ondate migratorie gestite dalle mafie organizzate, rinchiodiamo gli immigrati dentro lager più moderni e poi rispeditiamoli a casa. Oppure: se l'Amazzonia brucia, dobbiamo sviluppare una coscienza ecologica. E ancora: se l'atmosfera è tanto inquinata da causare danni irreversibili alla salute, fissiamo dei valori-limite all'inquinamento. Quei valori non possono essere superati. Fino a che ciò non si verifica, tutto scorre normalmen-

te. o dos sistemas sociais. Risco é um tipo de realidade da ameaça ou um tipo de ameaça da realidade conservada silenciosamente. Se não existisse essa ameaça, a ordem continuaria a subsistir. A realidade transcorreria normalmente. Os eventos, o agir, seriam coordenados segundo as expectativas, regulados segundo as previsões e os programas. Em outras palavras: aquilo que se procura realizar poderia ser realizado de modo, digamos, racional. O risco, se verificado, rompe tal ordem. Rompe as conexões entre seus elementos e a continuidade temporal que os mantém agrupados. O risco estabeleceria diferenças entre passado e futuro. Essas diferenças seriam superadas pela capacidade racional de representar o futuro e agir casualmente para sua realização. O estado de conservação dessas condições do agir chama-se segurança. Como a segurança é condição merecedora de preferência, deve-se atribuir a ela um valor positivo. Ao risco, ao contrário, é conferido um valor negativo. E assim a razão é sublimada pela moral. O risco existe e deve ser evitado, minimizado, tratado através de medidas de segurança. Os ingredientes do tratamento, as terapias preventivas e as medidas de segurança são infinitas, mesmo se o esquema sobre os quais estão baseados é recorrente e elementar como a racionalidade que o sustenta. É, em outras palavras, bárbaro como a pretensão de universalidade da razão, que pode ser cega, violenta, justamente porque sua racionalidade justifica cegueira e violência. Se percebido o risco de transgressão da ordem do mundo, deve-se intervir para prevenir que isso aconteça. Se uma nova tecnologia for desenvolvida, deve-se controlar seu risco. Se existe o risco de consumo de drogas entre os jovens, será necessário impor-lhes uma educação rígida que os obrigue a adotar valores úteis e sociais. Se existem riscos para a saúde, deve-se adotar outros estilos de vida. Se o custo da vigilância sanitária for alto, deve-se privatizá-la, pois os serviços privados são mais eficientes, produzem lucros que podem ser investidos para melhorar as condições de saúde de todos. Se a Europa corre o risco de ser tomada pela onda migratória gerida pelas máfias, trancaremos os imigrantes dentro de campos de concentração modernos e, depois, os reenviaremos para casa. Se a Floresta Amazônica queimar, deveremos desenvolver uma consciência ecológica. E, por fim, se a atmosfera é tão poluída que causa danos irreversíveis à saúde, fixemos índices de poluição que não podem ser ultrapassados. Enquanto não forem ultrapassados, tudo correrá normalmente...

Fermiamoci qui: La costruzione dello schema di rischio o di sicurezza presenta sempre gli stessi caratteri. Si percepisce una situazione, una condizione o una questione come rischiosa, cioè come portatrice di un danno attuale o futuro che si vorrebbe evitare, Al verificarsi di questo danno o si attribuisce la qualifica del rischio. Il rischio viene presentato così come un dato, come qualcosa che ha la sua oggettività e che quindi è accessibile alla conoscenza. Il sapere impone di prevenirlo, di impedire che si verifichi o di trattarlo, se attuale, di impedire cioè che continui a sussistere. L'orizzonte lungo il quale si valuta la rischiosità del rischio è la sicurezza, cioè una condizione artificiale di stabilità e di certezza che si assume come razionale. L'alternativa al rischio, insomma è la sicurezza.

Si tratta di una costruzione altamente implausibile e, questo senz'altro è sicuro, altamente rischiosa. Il rischio non è qualcosa che abbia realtà, non è un dato. E' la possibilità di un evento dannoso che un'altra decisione avrebbe potuto evitare. Prima che si sapesse che l'AIDS si contagia per via sessuale i rapporti sessuali casuali non erano rapporti a rischio, come si dice. O, come disse una volta Luhmann, prima dell'invenzione dell'ombrello non c'era il rischio di bagnarsi quando pioveva. O prima dell'invenzione della penicillina non c'era il rischio di morire di polmonite. Così come dopo l'invenzione dell'antibiotico c'è il rischio di avere uno shock anafilattico se si è allergici a quell'antibiotico di cui il medico poteva evitare l'uso. E ancora: il consenso informato sui danni che mi può provocare una indagine invasiva necessaria per la formulazione di una diagnosi, non mi informa sul rischio che io corro. Non si tratta di rischio, perché non ho possibilità di scelta. Il danno mi sovrasta come una minaccia contro la quale non posso fare nulla. Chi corre il rischio, allora, è il medico. Per me si profila un pericolo, cioè un danno che, se si verifica è inevitabile. L'alternativa al rischio, allora, è il pericolo. Non la sicurezza. Quanto è sicuro abbastanza sicuro? La questione era stata formulata molti anni fa da Aaron Wildavsky. Non c'è risposta. L'esperienza ci dice solo che quanto più si incrementano le misure di sicurezza, tanto più si incrementano i rischi. Sistemi di sicurezza costituiti da macchine controllate da macchine controllate da macchine moltiplicano al loro interno i rischi del controllo dei controllori. Il presenza di altri tassi di criminalità, il fatto che i cittadini possano portare armi per difendersi, aumenta il rischio, non la sicurezza. L'introduzione della assicurazione

Vamos nos ater a esse ponto. A construção do esquema do risco ou da segurança apresenta sempre as mesmas características. Identifica-se uma situação, uma condição ou uma questão arriscada, ou seja, portadora de um dano atual ou futuro que deveria ser evitado. Ao se dar conta do dano, atribui-lhe a qualificação de risco. O risco é apresentado como um dado, algo dotado de objetividade e que, portanto, é acessível à consciência. O saber impõe sua prevenção, seu tratamento ou bloqueia sua realização e, caso seja atual, impede a continuação de sua permanência. O horizonte longínquo que avalia a *risquiosidade* do risco é a segurança, uma condição artificial de estabilidade e de certeza assumida como racional. Em suma, a alternativa ao risco é a segurança.

Trata-se, entretanto, de uma construção altamente implausível e arriscada (isso é seguro!). O risco não é algo real, não é um dado. É a possibilidade de um evento danoso que uma outra decisão poderia ter evitado. Antes de se saber que o contágio da AIDS ocorre por via sexual, as relações sexuais não eram consideradas relações de risco ou, como uma vez afirmou Luhmann, antes da invenção do guarda-chuva, não existia o risco de se molhar quando chovia. No mesmo sentido, antes da invenção da penicilina não existia o risco de morte por pneumonia, assim como depois da invenção do antibiótico há o risco de se sofrer um choque anafilático, caso se seja alérgico ao medicamento que o médico poderia não ter receitado. E mais: o "consenso informado" sobre os danos provocados por um exame invasivo necessário para a formação do diagnóstico não informa os riscos que eu corro. Não se trata de risco, pois não tenho possibilidades de escolha. O dano me domina como uma ameaça contra a qual não posso fazer nada. Quem corre risco é o médico. Para mim, desenha-se um perigo, ou seja, um dano que, verificado, é inevitável. A alternativa ao risco, portanto, é o perigo, não a segurança. Quanto é seguro, suficientemente seguro? A questão foi formulada muitos anos atrás por Aaron Wildavsky. Não há resposta. A experiência afirma apenas que, quanto mais se aumentam as medidas de segurança, mais se incrementam os riscos. Sistemas de segurança constituídos por máquinas controlados por máquinas controlados por máquinas multiplicam, em seu interior, os riscos de controle dos controladores. A possibilidade dos cidadãos portarem armas para se defender aumenta o risco, não a segurança. A introdução de seguro obrigatório para os automóveis aumen-

obbligatoria per le auto ha aumentato in modo incontrollabile il rischio di incidenti stradali. Sicurezza non è una condizione che si possa instaurare escludendo la moltiplicazione, la dislocazione e la diffusione dei rischi che un qualsiasi suo modello produce. La politica non riesce a controllare i rischi che essa produce attraverso la pianificazione di politiche di sicurezza.

III

Come possiamo spiegare tutto questo?

Uno degli aspetti che caratterizzano la modernità della società moderna consiste nel fatto che i vecchi sistemi e i vecchi requisiti di stabilizzazione delle aspettative non operano più. Con la verticalità della stratificazione si sono frantumate anche le vecchie forme di assicurazione, le vecchie garanzie della stabilità rispetto al futuro. Come non c'è più spazio per un diritto naturale o per una conoscenza empirica teologicamente garantita, allo stesso modo il potere non si legittima più nella natura dell'individuo, né si può essere esclusi dall'accesso al sapere per il fatto di essere proletari o donne. La ricchezza non garantisce il sapere che non garantisce il potere che a sua volta non garantisce la salute. Sistemi sociali e sistemi psichici che ad essi sono accoppiati, si rendono instabili da sé, si controllano, quando si controllano, da sé, si sorprendono da sé, imparano da sé. Strutture di questo tipo non possono ricevere rassicurazioni dall'esterno, né fornire rassicurazioni all'esterno. Ciò che essi trattano come esterno è solo ciò che essi trattano come l'altra parte della distinzione che rende possibile la differenziazione del sé. Una struttura cosiffatta comincia sempre da sé, dalla condizione alla quale essa si è posta con le proprie operazioni. Questo significa che una tale struttura, se opera, si rende instabile, si rende imprevedibile a se stessa. Sicurezza o stabilità riferite a queste strutture sono concetti privi di senso. Concetti che potevano giustificarsi nello spazio angusto della vecchia ontologia. Come la certezza di poter disporre di misurazioni oggettive o stabili nell'ambito della vecchia fisica. Con la consumazione di quelle premesse e dell'ordine che su di esse si era potuto costruire, si trasformano anche le semantiche che avevano reso possibile la descrizione di quell'ordine. Forme della fiducia, della sicurezza, della stabilità evolvono così come evolve la rappresentazione del tempo in connessione con la temporalizzazione della complessità che la società moderna pratica.

tou, de modo incontrollável, o risco de acidentes nas estradas. Segurança não é uma condição que pode ser instaurada excluindo a multiplicação, o deslocamento e a difusão dos riscos que qualquer de seus modelos produz. A política não consegue controlar os riscos que ela produz através da planificação de políticas de segurança.

III

Como podemos explicar tudo isso?

Uma das principais características da modernidade da sociedade moderna é o fato de que os velhos sistemas e os velhos requisitos de estabilização de expectativas não operam mais. Com o fim da estratificação, as velhas formas de segurança e garantias de estabilidade em relação ao futuro fragmentaram-se. Como não existe mais espaço para um direito natural ou para um conhecimento empírico teologicamente assegurado, o poder não pode se legitimar pela natureza do indivíduo e o fato de ser mulher ou proletário (o *status*) não impede o acesso ao saber. A riqueza não garante o saber que, por sua vez, não garante o poder que, por sua vez, não garante a saúde. Os sistemas sociais e os sistemas psíquicos, acoplados entre si, tornam-se instáveis a partir de si próprios, controlam-se e, quando se controlam, surpreendem-se, aprendem a partir de si. Estruturas desse tipo não podem ser asseguradas pelo externo nem assegurar o externo. Elas tratam o externo apenas como o outro lado da distinção que torna possível sua própria diferenciação. Uma estrutura construída dessa maneira inicia-se sempre a partir de si, das condições colocadas por si mesma para as próprias operações. Isso significa que tal estrutura *se auto-opera*, torna-se instável e imprevisível. Para essas estruturas, segurança e estabilidade são conceitos destituídos de sentido. Conceitos que poderiam ser justificados apenas nos estreitos espaços da velha ontologia. O mesmo pode-se dizer da certeza de dispor de medidas objetivas ou estáveis que encontram lugar apenas no âmbito da velha física. Com a realização daquelas premissas e da ordem estabelecida a partir delas, as semânticas que tornaram possível a descrição daquela ordem também se modificaram. Formas de confiança, de segurança e de estabilidade evoluem da mesma forma que evolui a representação do tempo em conexão com a temporalização da complexidade que a sociedade moderna produz. Trata-se, na verdade, de uma técnica de trata-

Una tecnica del trattamento della complessità che essa stessa produce. Di sicuro c'è questo. Che le garanzie e le assicurazioni non vanno più cercate nel passato. Il passato non dà stabilità. Il problema ormai riguarda il futuro, l'accesso sempre più esteso ad un futuro che minaccia o promette, dipende dall'osservatore, di essere sempre diverso. D'altra parte il mondo ha superato diverse Apocalissi e quindi non si preoccupa più di ciò che San Paolo chiamava "il tempo che resta", ma si preoccupa semplicemente del futuro che, si sa ormai, può essere continuamente diverso. Il livello più critico che sia stato fino ad ora raggiunto lungo questo percorso si è profilato con la certezza che la durata del tempo che resta non dipende più dalla volontà di Dio, ma dalla capacità di cui dispone la società contemporanea di controllare il potenziale di autodistruzione che essa stessa ha realizzato. Ma la società si rende instabile continuamente da sé, abbiamo detto. Dove può cercare le sue sicurezze? Dove può reperire le sue stabilità? Non certo nell'ontologia; ma neppure nella natura, sia la natura dell'uomo o sia la natura della natura. L'irruzione del futuro, lascia vedere ormai che la natura è una costruzione semantica che evolve con l'evoluzione delle semantiche attraverso le quali la società descrive se stessa. La natura di Keplero o di Copernico non è quella di Newton e questa non è la natura di Einstein. Così come la natura dell'uomo di Aristotele non è quella dell'uomo di Kant. Così come le ragioni della ragione dell'Islam non sono le ragioni della ragione di ciò che si chiama civiltà occidentale. L'irruzione del futuro immette sulla scena del presente le ragioni di ragioni differenti. Allo stesso modo che le ragioni del diritto non sono quelle della scienza, le quali non sono le ragioni dell'economia e queste ultime non sono certo le ragioni dei singoli quando si preoccupano della loro salute. L'illuminismo della ragione occidentale si è consumato con la realizzazione delle sue premesse normative. Si sono formati gli stati moderni, si è inventato la sovranità e la cittadinanza; si sono inventati gli uomini liberi e razionali: si è attivato un sistema universalizzato dell'educazione; si è costruito un sistema di imputazione dell'azione ai singoli, si è positivizzato il diritto, si sono costruite organizzazioni del diritto, dell'economia, della politica. Tutto questo è stato reso possibile dalla realizzazione di quelle premesse. Ma il nuovo ordine ha consumato la loro normatività. Essa è diventata obsoleta, costituisce ormai solo un impedimento, una minaccia. Essa non vincola più il futuro. E quando tenta di vincolarlo produce esclusione o ri-

mento da complessità che a propria complessità produz. De fato, as garantias e seguranças não são mais procuradas no passado. O passado não gera estabilidade. Agora, o problema refere-se ao futuro. O acesso sempre maior a um futuro que ameaça ou promete depende do observador, que pode ser sempre diverso. Por outro lado, o mundo superou diversos Apocalipses e, portanto, não mais se preocupa com aquilo que São Paulo chamava de "o tempo que falta", mas com o futuro que se sabe apenas que pode ser continuamente diverso. O nível mais crítico até agora atingido no transcorrer desse percurso foi a certeza que a duração do tempo que falta não mais depende da vontade de Deus, mas da capacidade que a sociedade contemporânea dispõe para controlar o potencial de auto-destruição que ela mesma produz. Mas, como afirmado, a sociedade torna-se continuamente instável. Onde ela pode encontrar segurança? Onde ela pode afastar sua instabilidade? Certamente, não na ontologia, nem mesmo na natureza, seja a natureza humana seja a natureza da natureza. A erupção do futuro nos permite ver que a natureza é uma construção semântica que evolui com a evolução das semânticas pelas quais a sociedade se descreve. A natureza de Kepler ou de Copernico não é a mesma de Newton que, por sua vez, não é a mesma de Einstein. Da mesma forma, a natureza do homem de Aristóteles não é aquela do homem de Kant e as razões da razão do Islã não são as razões da razão daquilo que se chama civilização ocidental. A erupção do futuro introduz, no palco do presente, as razões de razões diferentes. Essa mesma premissa é válida para os sistemas sociais: as razões do direito não são as mesmas da ciência que, por sua vez, não são razões da economia e estas últimas, certamente, não são as razões das pessoas quando se preocupam com a saúde. O Iluminismo da razão ocidental consumou-se com a realização de suas premissas normativas. Formaram-se os Estados modernos; inventou-se a soberania, a cidadania, os homens liberais e racionais; ativou-se um sistema universal de educação; construiu-se um sistema de imputação das ações individuais; positivou-se o direito; construíram-se organizações jurídicas econômicas e políticas. Tudo isso foi possível por causa da realização das premissas normativas iluministas. Mas a nova ordem consumou essa normatividade, que se tornou obsoleta. Hoje constitui-se apenas como um impedimento, uma ameaça. Não consegue mais vincular o futuro e, quando tenta vinculá-lo, produz exclusão ou risco. Essa racionalidade construiu o futuro olhando o

schio. Quella razionalità costruiva il futuro guardando al passato. Disponeva soltanto di due valori. Per essa si poteva essere liberi o non liberi; sani o malati, ricchi o poveri; sviluppati o sottosviluppati. Secondo la forma moderna della differenziazione sociale siamo vincolati proprio perché siamo trattati come liberi, ci sono nuove schiavitù perché siamo capaci di libertà; c'è più povertà proprio perché c'è più ricchezza; c'è meno diritto proprio perché c'è più diritto; siamo abbandonati a noi stessi proprio perché la comunicazione sociale è universalizzata. Siamo privi di garanzie proprio perché disponiamo di garanzie universali. In questa società si produce più esclusione proprio perché i sistemi sociali praticano l'universale inclusione di tutti nel funzionamento delle loro strutture. In questa società, l'unica possibilità che abbiamo di costruire vincoli del futuro è il rischio.

IV

Rischio è una questione che interessa il tempo o, meglio la temporalità, cioè quella dimensione della produzione di eventi che rende possibile l'esperienza della durata nonostante il cambiamento. Rischio ha a che fare con il futuro, con le possibilità di costruire futuro. Anche fiducia ha a che fare con le stesse possibilità. Ma anche diritto ha una specifica funzione in questo senso. Possiamo dire con certezza che si tratta di un problema che diventa urgente per la comunicazione sociale quando si afferma una forma della differenziazione che conferisce un particolare primato alla dimensione temporale della produzione di senso. E questa è la forma della differenziazione che caratterizza la modernità della modernità. Il fatto che sistemi sociali determinati si specifichino nella soluzione di specifici problemi sociali senza le garanzie offerte da una gerarchia o da un centro porta alla coesistenza sul piano della temporalità di costruzioni del mondo differenti. Ciascun sistema costruisce il mondo dal suo interno. E ciò accade simultaneamente. Questa simultaneità impedisce di osservare ciò che accade. Impedisce che da qualche parte si possa controllare ciò che accade. O che si possa prevedere ciò che accadrà. Il presente è lo spazio di questa simultaneità. Ma è uno spazio di cui non si possono indicare le dimensioni, cioè la durata. D'altra parte ciascun sistema sociale opera nella dimensione della sua temporalità. Ciascun sistema sociale opera nel suo presente. Ed è in questa dimensione che di volta in volta si raccorda, si connette alle operazioni del suo ambiente.

passado. Dispunha somente de dois valores: ser livre ou não livre, saudável ou doente; rico ou pobre, desenvolvido ou subdesenvolvido. Segundo a forma moderna da diferenciação social, estamos vinculados justamente porque somos tratados como livres; existem novas formas de escravidão porque somos dotados de liberdade; existe mais pobreza porque existe mais riqueza; existe menos direito porque existe mais direito; somos abandonados a nós mesmos justamente porque a comunicação social é universalizada, ou melhor, somos destituídos de garantias justamente porque dispomos de garantias universais. Nessa sociedade, mais exclusão é produzida porque os sistemas sociais praticam a exclusão universal de todos no funcionamento de suas estruturas. Nessa sociedade, a única possibilidade que temos para construir vínculos com o futuro é o risco.

IV

Risco é uma questão que interessa ao tempo, ou melhor, à temporalidade, vale dizer, àquela dimensão da produção de eventos que torna possível a experiência da duração apesar da mudança. Risco refere-se ao futuro, às possibilidades de construir o futuro. Mas não só ele, também a confiança dirige-se ao futuro e o direito desempenha uma função específica nesse mesmo sentido. Podemos, seguramente, afirmar que esse é um problema urgente para a comunicação social, quando se afirma, na sociedade, uma forma de diferenciação que confere particular primado à dimensão temporal da produção de sentido. E essa é a forma de diferenciação que caracteriza a modernidade da modernidade. O fato que determinados sistemas sociais especializem-se na solução de problemas sociais específicos, sem as garantias oferecidas pela hierarquia ou por um centro, conduz à coexistência, no plano da temporalidade, de construções de mundo diferentes. Cada sistema constrói o mundo em seu interior. E isso acontece simultaneamente. Tal simultaneidade impede a observação daquilo que acontece. Impede que, de qualquer lugar, se possa controlar aquilo que acontece ou prever aquilo que acontecerá. O presente é o espaço dessa simultaneidade. Mas é um espaço no qual não se pode indicar as dimensões, vale dizer, a duração. De outra parte, cada sistema social opera na dimensão de sua temporalidade, opera em seu presente. E é nessa dimensão que constantemente se recorda e se conecta às operações de seu ambiente. A duração, ou seja, a estabilidade na

La durata, cioè la stabilità nella connessione di eventi, è condizione necessaria perché sistemi sociali, ma anche sistemi psichici non si affidino alla incontrollabile e imprevedibile molteplicità di eventi. Durata, però, si può costruire solo al presente. Solo al presente si può far scivolare il futuro rendendolo irreversibilmente attuale. Ma come è possibile che ciò accada, se anche il futuro è aperto ed è comunque il tempo del non-sapere? Il tempo rispetto al quale il sapere del passato ormai non dice più nulla? Rispetto al futuro possiamo soltanto scegliere. Come? Attraverso la costruzione di vincoli, di vincoli del tempo, appunto. La stabilizzazione normativa delle aspettative, per esempio, è uno di questi vincoli, una complessa strategia della costruzione di vincoli del futuro. Essa è realizzata dal diritto e consiste nel fatto che si rende possibile mantenere le proprie aspettative anche quando queste vengano deluse. Un'altra strategia è quella che permette di imputare un eventuale danno futuro ad una decisione, nella certezza che un'altra decisione avrebbe potuto evitare che il danno si producesse. Questo modo di costruire il futuro, questo vincolo del tempo si chiama rischio. Rischio quindi è correlato del non sapere e della necessità di scegliere. Esso, però, in un altro senso è correlato del sapere. E infatti, quanto più si estende il sapere, tanto più si estende il non sapere. Quanto più si estende la conoscenza tanto più si estende il non sapere delle conseguenze. La scoperta di un virus rende evidente il non sapere del trattamento e quindi il rischio del contagio. La scoperta del trattamento rende evidente il non sapere delle conseguenze. La scoperta di alcuni effetti rende evidente il non sapere di altri. La conseguenza di tutto questo è duplice. Da una parte è chiaro che si può evitare un rischio, ma solo a condizione che si corra un altro rischio senza che si sappia quale. Dall'altra, se con rischio indichiamo la possibilità di un danno futuro che un'altra scelta avrebbe potuto evitare e con pericolo indichiamo la possibilità di un danno futuro che un'altra scelta non avrebbe potuto evitare, allora è chiaro che nella società moderna aumenta il rischio e diminuisce il pericolo. Questo fatto ha portato a descrivere la società moderna come società del rischio. Una descrizione che ha avuto molto successo, che è diventata di moda e che ha diffuso un grande allarme sociale. Con l'allarme si è diffusa la paura, con la paura gli ammonimenti e quindi il rifugio nella morale e nei principi di tipo etico. Il mercato si è riempito di principi e di valori. Costrutti comunicativamente stabili destinati a consumatori psichicamente labili. E infatti, se la morale del rischio

conexão dos eventos, é condição necessária para que os sistemas sociais – e também os sistemas psíquicos – não se entreguem à incontrollável e imprevisível multiplicidade dos eventos. Duração, todavia, pode ser construída somente no presente, pois, só nele, é possível escapar do futuro, tornando-o irreversivelmente atual. Mas como isso pode acontecer, se o futuro é aberto, é o tempo do não-saber, vale dizer, é o tempo em que o saber do passado não significa mais nada? Em relação ao futuro, podemos apenas escolher. Como? Através de construções de vínculos, de vínculos com o tempo. A estabilização normativa das expectativas é um exemplo desses vínculos. Ela é uma complexa estratégia de construção de vínculos com o futuro. Produzida pelo direito, a estabilização normativa das expectativas torna possível a manutenção das próprias expectativas em caso de desilusão. Uma outra estratégia de vincular o futuro é aquela que permite que um eventual dano futuro seja imputável a uma decisão na certeza de que uma outra decisão poderia ter evitado a ocorrência do dano. Este modo de construir o futuro, este vínculo do tempo, chama-se *risco*. Risco, portanto, é correlato do não-saber e da necessidade de escolha. Em um outro sentido, no entanto, pode-se afirmar que é um correlato do saber. Isso se pensarmos que, quanto maior o saber, maior o não-saber; quanto maior o conhecimento, maior o não-saber das consequências. A descoberta de um vírus evidencia o não-saber de seu tratamento e, portanto, o risco do contágio. A descoberta do tratamento evidencia o não-saber das consequências. A descoberta de alguns efeitos evidencia o não-saber de outros. A consequência de tudo isso é simples. De um lado, é bastante claro que se pode evitar um risco, mas somente com a condição de se correr outro risco sem saber exatamente qual. De outro lado, se, por risco, indicamos a possibilidade de um dano futuro que uma outra escolha poderia ter evitado e, por perigo, indicamos a possibilidade de um dano futuro que uma outra escolha não poderia ter evitado, então parece evidente que, na sociedade moderna, o risco aumenta e o perigo diminui. Por essa razão, a sociedade moderna é descrita como sociedade do risco. Uma descrição que alcançou grande êxito, tornou-se moda e provocou grande alarme social. Com o alarme, difundiu-se o medo e, com o medo, a apreensão e, por conseguinte, o refúgio na moral e nos princípios éticos. O mercado se saciou de princípios e de valores, construções comunicativamente estáveis destinadas a consumidores psiquicamente frágeis. De fato, se a moral do risco é inútil, o risco da

è inutile, il rischio della morale è alto. Perché, mentre il rischio riflette la contingenza dell'agire, la morale la elimina. E il problema più rilevante dell'agire è, invece, il trattamento della contingenza. Il rischio è una tecnica della elaborazione della contingenza. Essa richiede il mantenimento di una apertura cognitiva delle strutture dei sistemi sociali. I quali in questo modo si adattano alla complessità del loro ambiente. La società moderna è società del rischio non certo nel senso minaccioso e apocalittico che la moda ha diffuso. Ma nel senso che solo questa società ha realizzato condizioni che le permettono di costruire futuri differenti, di mantenere alta la contingenza degli eventi, cioè di tenere aperte sempre più possibilità, quando in conseguenza di una decisione si verifica un eventuale danno che si sarebbe voluto evitare, di sapere che un'altra decisione avrebbe potuto evitarlo.

Questo rischio ha una collocazione ambigua tra sapere e non sapere. Se non si sa che può esserci l'eventualità di un danno futuro in conseguenza della decisione, allora, non c'è rischio. Così come, se il subentrare del danno è certo, neppure c'è rischio. Il sapere di questa differenza costituisce una parte della duplicità del rischio. L'altra parte è costituita da non sapere del futuro che diventerà presente a seguito della scelta. Rispetto a questo non sapere ogni altro sapere non dice nulla. La paradossalità del rischio sussiste. La statistica può assorbire incertezza, può dare speranza eliminando così contingenza, ma sul rischio dell'evento non può dire nulla. Tutto il sapere del rischio si riferisce al passato. Il fatto che il 95 % degli interventi chirurgici sull'intestino riesca con successo non mi dice nulla sul mio intervento. Non mi dice se il mio sarà tra i 95 o tra i 5. E quando la realtà degli eventi non corrisponde alla statistica, si cambia quest'ultima, naturalmente. La costituzione paradossale del rischio scaturisce dal fatto che il rischio è un costrutto della comunicazione sociale. La quale non solo lo costruisce, ma quanto più lo tratta comunicativamente, tanto più lo amplifica. Questo effetto distorce la percezione del rischio, concentra l'attenzione su certi rischi e la sottrae da altri. E ciò comporta gravi conseguenze nella costruzione del futuro alla quale continuamente lavorano, anche se in modi differenti, i singoli sistemi sociali. L'amplificazione del rischio si produce per il fatto che il rischio viene trattato come tema della comunicazione, non per il fatto che abbia, come dicono, una presunta oggettività. E' per questo che maggiore informazione non diminuisce il rischio. Basta considerare quanto sono realmente disinformati i servizi di informazione. Quanto sono stupide le deci-

moral é alto, porque, enquanto o risco reflete a contingência do agir, a moral a elimina. E o problema mais relevante do agir é, ao invés, o tratamento da contingência. O risco é uma técnica de elaboração da contingência que, por sua vez, requer a manutenção de abertura cognitiva das estruturas dos sistemas sociais. Essa é a forma como os sistemas adaptam-se à complexidade de seu ambiente. A sociedade moderna é a sociedade do risco não no sentido ameaçador e apocalíptico que a moda difundiu. É a sociedade do risco porque somente essa sociedade criou condições para se construir futuros diferentes, para manter elevada a contingência dos eventos, vale dizer, para manter possibilidades sempre abertas quando, em razão de uma decisão, verificou-se um eventual dano que se queria ter evitado e que uma outra decisão poderia ter evitado.

Esse risco está ambigualmente entre saber e não-saber. Não há risco quando não se sabe que pode ocorrer um dano futuro em consequência da decisão. Também não há risco se a superação do dano é certa. O saber constitui uma parte da duplicitade do risco. A outra parte é formada pelo não-saber do futuro que se tornará presente após a escolha decisória. Em relação a esse não-saber, qualquer outro saber não diz absolutamente nada. O paradoxo do risco permanece. A estatística pode absorver incerteza. Pode dar esperança eliminando a contingência, mas, sobre o risco do evento, não pode afirmar nada. Todo o saber do risco refere-se ao passado. O fato de que 95% das cirurgias no intestino sejam bem sucedidas, não diz nada sobre minha cirurgia. Não garante se minha cirurgia estará entre os 95% ou os 5%. E, quando a realidade dos eventos não corresponde à estatística, muda-se essa última naturalmente. A construção paradoxal do risco nasce do fato de que o risco é uma construção da comunicação social que não apenas o constrói, mas, quanto mais o trata, mais o aumenta. Esse efeito distorce a percepção do risco, concentra a atenção sobre certos riscos e a afasta de outros. Isso comporta graves consequências na construção do futuro, trabalhado de maneira diferente por cada sistema social. A amplificação do risco se verifica pois o risco é tratado como tema da comunicação e não, como se diz, pela sua presumida objetividade. É por isso que o aumento da informação não diminui o risco. Basta considerar como realmente são desinformados os serviços de informação. Quanto

sioni che vengono prese in virtù delle loro informazioni. Ma basti pensare alle discussioni sul rischio di AIDS negli anni '80 e '90. Era l'apocalisse, mentre il numero di morti ogni giorno sulle strade del mondo per incidenti stradali era infinitamente più alto. Sono due esempi che ci provano come amplificazione e panico non diminuiscono il rischio. Possono invece incrementare il pericolo. Il fatto, cioè, che non si possa fare nulla per evitare l'eventuale danno futuro commesso alle scelte di altri. Questo accade nei sistemi sociali in conseguenza delle operazioni che vengono effettuate nell'ambiente di ciascuno di essi in base alla percezione del rischio e alla elaborazione del rischio che ciascuno di essi realizza. E questo accade anche nei singoli individui.

V

Dovrebbe essere chiara a questo punto la struttura paradossale e circolare del rischio. Rispetto ad essa si può solo tentare di razionalizzare la paura. Incremento del rischio significa paradossalmente incremento delle possibilità di evitare il rischio a condizione che ci si predisponga a correre altri rischi. Abbiamo detto che nella società moderna ogni sistema sociale costruisce il mondo al suo interno. Si tratta di una prestazione rischiosa perché viene effettuata nella simultaneità di altre prestazioni rischiose e nella intrasparenza di ciò che nella simultaneità accade in ciascun sistema sociale. A queste condizioni la razionalità classica non può essere di aiuto. Così come non possono essere di aiuto né le morali, né i principi, né, come dicono, le etiche della responsabilità. Tutti questi ingredienti, oltre che inutili per il nostro problema, sono pericolosi. Nessuno di essi può dire che fare nella situazione concreta. Si possono chiudere le frontiere per evitare immigrazione di massa, ma così si incrementa l'immigrazione clandestina e si rafforzano le organizzazioni criminali che la controllano; si può imporre la difesa dei cosiddetti valori occidentali, ma si radicalizza l'Islam; si può difendere la democrazia con la forza, ma si produce la guerra civile. Si può dire tolleranza zero, riempire le carceri di individui e costruire così milioni di reali candidati a future carriere criminali. Potremmo continuare. Non c'è una competenza sociale del trattamento del rischio. Non c'è una razionalità universale che possa evitare il rischio e annientarlo come vincolo temporale della produzione di eventi. Tutti i sistemi sociali, ma anche i sistemi psichici, si espongono ad un operare rischioso.

são estúpidas as decisões tomadas em virtude de suas informações. Veja-se, por exemplo, as discussões sobre o risco da AIDS nos anos 1980 e 1990. Era o apocalipse. Enquanto isso, todos os dias, o número de mortos por acidentes automobilísticos nas estradas do mundo era infinitamente mais alto. São dois exemplos que provam como amplificação e pânico não diminuem o risco. Podem, ao contrário, aumentar o perigo, vale dizer, a impossibilidade de evitar eventual dano futuro resultado das decisões de outros. Nos sistemas sociais, isso acontece como resultado das operações efetuadas no ambiente de qualquer um desses sistemas, com base na percepção e na elaboração do risco que qualquer desses sistemas realiza. O mesmo acontece com cada indivíduo.

V

A essa altura, já deve estar claro a estrutura paradoxal e circular do risco. Sobre ela pode-se apenas tentar racionalizar o medo. Aumento do risco significa, paradoxalmente, incremento das possibilidades de evitar o risco à medida que se disponha correr outros riscos. Dissemos que, na sociedade moderna, cada sistema social constrói o mundo no seu interior. Trata-se de uma prestação arriscada porque acontece, simultaneamente, a outras prestações arriscadas ocultas entre si, uma vez que um sistema não controla a operação do outro. Nessas condições, a racionalidade clássica tem pouca valia. O mesmo se diga das morais, dos princípios e das éticas de responsabilidade. Além de inúteis para o nosso problema, todos esses ingredientes são perigosos. Nenhum deles pode indicar o que fazer na situação concreta. Fronteiras podem ser fechadas para evitar imigração de massa, mas, desse modo, fomenta-se a imigração clandestina e as organizações criminais que a controlam são reforçadas. Pode-se impor a defesa dos chamados valores ocidentais, mas se radicaliza o Islã. A democracia pode ser defendida com a força e produzir a guerra civil. Pode-se afirmar tolerância zero, entupir as prisões de indivíduos e construir, assim, milhões de candidatos reais a futuros cárceres penais. Poderíamos continuar com os exemplos. Não existe uma competência social para o tratamento do risco. Não existe uma racionalidade universal que possa evitar o risco e desvinculá-lo como vínculo temporal da produção dos eventos. Todos os sistemas sociais – e também os sistemas psíquicos – se expõem a operações arris-

In quanto è un costrutto della comunicazione e dispone di una peculiare ambiguità, il paradosso che chiamiamo rischio non può essere aggredito da forme di causalità, siano essi interventi che mirano a produrre una condizione o ad impedire che essa si verifichi. Per questo non funzionano le politiche di sicurezza. Per questo non funzionano le campagne di distruzione delle piantagioni di coca in Bolivia. Allo stesso modo, esperienze empiriche da noi effettuate ci dimostrano che le cosiddette campagne di prevenzione del rischio funzionano in quei destinatari che non avrebbero mai corso il rischio che si vuole evitare. Negli altri funziona l'illusione del controllo che è rafforzata dalla comunicazione attivata dalla campagna di prevenzione. La razionalità del trattamento del rischio si sottrae alla rigida e ottusa forma della causalità e alla vuotezza dei principi, alla limitatezza del calcolo razionale e alla astrattezza della ottimizzazione delle scelte. Alcuni anni fa una grande compagnia di Assicurazioni mi invitò a tenere una conferenza sul rischio. L'occasione era offerta dalla manifestazione che si teneva per premiare un certo numero di assicurati i quali nei venticinque anni nei quali erano stati rassicurati non avevano avuto alcun incidente. Mentre parlavo non riuscivo a non pensare: che stupidi, hanno pagato inutilmente per venticinque anni. D'altra parte, l'alternativa che avrebbe permesso loro di non pagare inutilmente contributi all'assicurazione sarebbe stata data dal fatto che avessero avuto un incidente. Una condizione che non si può certo augurare.

Questo esempio mi permette di riflettere brevemente su una ulteriore caratteristica del rischio. Il rischio può essere monetarizzato. Questo significa solo che un rischio di qualsiasi genere può essere trasformato in un rischio economico. Si tratta di una tecnica largamente praticata e sempre più diffusa alla quale può essere senz'altro connesso un grande incremento del rischio. E questo incremento si produce in due sensi completamente distinti. Colui che è assicurato contro il rischio è portato a tenere un comportamento rischioso proprio perché, nel caso in cui il rischio si verifichi, egli si sente sicuro. Questo comportamento, però, è vissuto come pericolo per gli altri. Il medico che è assicurato è meno preoccupato di eventuali conseguenze negative della sua diagnosi di quanto non lo sia un medico che non abbia assicurazione. Il paziente vive il rischio dell'errore come un pericolo al quale non può sottrarsi e contro il quale non può intraprendere nessuna azione fino a quando il danno non si sia effettivamente prodotto. Prima non può fare nulla per evitarlo. Ma il rischio della monetarizzazione del rischio s'incre-

mentando. Enquanto construção da comunicação e particularmente ambíguo, o paradoxo a que chamamos risco não pode ser enfrentado por meio de mecanismos fundados na causalidade. São essas intervenções que impedem a existência da própria causalidade. Por esse motivo as políticas de segurança não funcionam. Agora fica claro porque as campanhas de destruição das plantações de coca na Bolívia não funcionaram. Do mesmo modo, pesquisas empíricas por nós realizadas demonstraram que as chamadas campanhas de prevenção do risco funcionam com destinatários que nunca teriam corrido o risco que se quer evitar. Nos outros destinatários, funciona a ilusão do controle, reforçada pela comunicação ativada pelas campanhas de prevenção. A racionalidade de tratamento do risco afasta a obtusa e rígida forma da causalidade, o vazio dos princípios, a insuficiência do cálculo racional e a abstração da otimização das escolhas. Há alguns anos, uma grande companhia de seguros me convidou para realizar uma conferência sobre risco. O evento foi realizado para premiar um certo número de assegurados que, nos últimos vinte e cinco anos, não sofreram ou provocaram nenhum acidente. Enquanto falava, não conseguia não pensar: "Coitados! Pagaram inutilmente por vinte e cinco anos". Por outro lado, a alternativa de não pagar inutilmente o seguro seria ter sofrido um acidente. Uma alternativa que não pode ser festejada.

Com esse exemplo, posso refletir brevemente sobre uma característica complementar do risco. O risco pode ser monetarizado. Isso significa que qualquer tipo de risco pode ser transformado em risco econômico. Trata-se de uma técnica largamente praticada e difundida que, sem dúvida, pode provocar um grande incremento do risco. Esse incremento é produzido em dois sentidos completamente diversos. Aquele que está assegurado contra o risco é levado a praticar um comportamento arriscado, justamente porque, na hipótese de verificação do risco, sente-se seguro. Esse comportamento, entretanto, é visto como perigo para os outros. O médico assegurado está menos preocupado com eventuais consequências negativas de seus diagnósticos do que um médico que não tenha seguro. O paciente vive o risco do erro como um perigo do qual não pode fugir e contra o qual não pode agir até a produção efetiva do dano. Antes disso não pode fazer nada para evitá-lo. Ressalte-se, entretanto, que o risco da monetarização do risco se incrementa

menta anche in un altro senso. Dopo la catastrofe di New Orleans, il governo degli Stati Uniti ha trasferito a privati impianti e strutture organizzative della protezione civile. Alla prossima catastrofe i soccorsi saranno prestati da privati. E quindi bisognerà pagare. Chi non può permettersi di pagare l'elicottero di soccorso, annegherà tristemente con i mobili della casa dove viveva. Il pretesto è: maggiore efficienza. La realtà è: maggiore esclusione. Ora, una catastrofe è un pericolo. La conoscenza e la tecnologia tendono a trasformarla in un rischio. Le conseguenze dannose si possono in gran parte evitare. L'economia reintroduce il pericolo per alcuni, il rischio economico per altri. Una tecnica barbara che produce esclusione attraverso inclusione. Tutti possono accedere alle possibilità di evitare il rischio. Tutti ne hanno diritto. Ma è così che si verifica il fatto che nello stesso paese 46 milioni di persone sono escluse dall'assistenza sanitaria. Il rischio, infatti, non può essere giuridicizzato. Di fronte al rischio il diritto mostra in maniera evidente i suoi difetti di costruzione. Il problema non può essere risolto da più diritto o da meno diritto. La questione interessa la stessa tecnica giuridica. Essa infatti può intervenire o prima dell'azione, impedendo che sia tenuta, e quindi prima ancora che si sappia se l'eventuale danno futuro si sarebbe verificato oppure può intervenire dopo che l'evento dannoso si sia verificato. In questo caso canalizza le conseguenze dannose o sul piano dell'economia o sul piano del diritto stesso. D'altra parte le pretese di trattamento del rischio sono sempre più insistenti perché il sapere del rischio, cioè il sapere della possibilità di evitarlo, è sempre più esteso. Ora queste pretese sono rivolte in prevalenza al sistema politico che così viene rappresentato come sistema centrale, deputato a prendere decisioni vincolanti. Ma il sistema della politica non può considerare tutte le conseguenze delle sue decisioni. Prima di tutto perché esso stesso è esposto al rischio della perdita del consenso che costituisce la risorsa della sua legittimazione a decidere. Poi perché la struttura dei sistemi sociali della quale abbiamo parlato esclude la centralità e la verticalità di un sistema rispetto agli altri. Le decisioni della politica allora producono conseguenze che possono essere rischiose per i singoli sistemi sociali. La costruzione del mondo effettuata dalla politica è, in realtà, una costruzione politica del mondo. Nell'economia, come nel diritto o nel sistema della salute accade quel che accade. Un ulteriore intervento della politica per il trattamento delle conseguenze delle precedenti decisioni produrrà altre conseguenze la

também em um outro sentido. Depois da catástrofe de New Orleans, o governo dos Estados Unidos transferiu aos entes privados instrumentos e estruturas organizativas para a proteção civil. Na próxima catástrofe, os socorros deverão ser prestados pelas empresas privadas. Em outras palavras: deve-se pagar para ser socorrido! Quem não tem condições de pagar o helicóptero de salvamento, se afogará tristemente com os móveis da casa onde vivia. O argumento é: maior eficiência! A realidade é: maior exclusão! Ora, uma catástrofe é um perigo. O conhecimento e a tecnologia tendem a transformá-la em risco. As consequências danosas podem ser em grande parte evitadas. A economia reintroduz o perigo para alguns e o risco econômico para outros. Uma técnica bárbara que produz exclusão através de inclusão. Todos podem concordar com a possibilidade de evitar o risco. Todos têm direito. Mas é desse modo que se verifica que, no mesmo país, 46 milhões de pessoas estão excluídas da assistência médica e sanitária. De fato, o risco não pode ser jurisdicizado. Diante do risco, o direito evidencia seus defeitos de construção. O problema não pode ser resolvido com mais ou menos direitos. A questão interessa à técnica jurídica, que pode intervir antes da ação, impedindo que ela aconteça e, por conseguinte, antes que se saiba se eventual dano futuro teria acontecido, ou pode intervir depois de ocorrido o evento danoso. As consequências danosas são canalizadas para o plano da economia ou do próprio direito. De outra parte, as pretensões de tratamento do risco são sempre mais persistentes porque o saber sobre o risco, isto é, o saber sobre a possibilidade de evitá-lo, é sempre mais amplo. Em alguns momentos, estas pretensões são direcionadas prevalentemente ao sistema político, representado como sistema central e compelido a tomar decisões vinculantes. Mas o sistema político não pode considerar todas as consequências de suas decisões. Primeiramente, porque está exposto ao risco da perda de consenso, principal recurso de legitimação de suas decisões. E, ainda, porque a estrutura dos sistemas sociais, como afirmamos, exclui a centralidade e a verticalidade de um sistema em relação aos outros. As decisões da política produzem consequências que podem ser arriscadas para os demais sistemas sociais. A construção do mundo realizada pela política é, na realidade, uma construção política do mundo. Na economia, como no direito ou no sistema da saúde, acontece aquilo que

cui rischiosità sarà solo diversa. Si dice che la politica sia un sistema di distribuzione delle risorse. La politica, in realtà, distribuisce soltanto rischi; allora, come dicono, soltanto rischi. E poiché il sistema politico opera orientandosi al controllo del rischio della politica, esso è continuamente esposto al rischio delle conseguenze delle sue decisioni.

Nella società contemporanea esistono condizioni strutturali che lasciano vedere che sempre più futuro dipende dalle decisioni prese nel presente. Questo significa che simultaneamente alla produzione di rischio si producono possibilità del suo trattamento, cioè possibilità di evitare rischi che si ritiene di dover evitare. In altri termini disponiamo di possibilità che nessun'altra società prima d'ora ha mai avuto. Tuttavia, solo strutture altamente complesse sono in condizioni di sviluppare tecniche di trattamento del rischio che mantengano alte alternative dell'agire e che siano in grado di rivedere le proprie decisioni. Strutture di questo tipo si vanno consolidando all'interno di sistemi sociali che sono caratterizzati da un orientamento cognitivo. Si tratta di sistemi sociali capaci di apprendere da sé stessi, in particolare di usare come informazione i risultati della elaborazione della complessità che essi stessi hanno prodotto. Questi sistemi sono dotati di una grande capacità evolutiva, cioè di una grande capacità di adattamento all'ambiente.

Se sempre più futuro dipende dalle decisioni, allora lo spettro delle possibilità di costruire futuro dipende nella sua ampiezza dalla complessità di cui sono capaci le macchine decisionali che operano nel presente. Simultaneità dell'accadere, intrasparenza, chiusura dei sistemi sociali, inclusione universale di tutti al loro interno, tutti questi sono requisiti della complessità tipicamente moderna della società. Sono questi requisiti che rendono possibile il trattamento dei pericoli che il passato ci ha lasciato in eredità e la frantumazione delle antiche barriere dell'ontologia e della stratificazione che avevano prodotto quei pericoli. Ma sono requisiti che ci permettono di vincolare il futuro attraverso il rischio, cioè di guardare alla possibile soluzione di problemi antichi, nella certezza che da essa scaturiranno nuovi problemi, anche se non sappiamo quali. In altri termini, questa società può ridurre i pericoli, cioè le inevitabilità, le barriere, gli impedimenti, può ridurre l'estensione di ciò che altre società attribuivano alla natura per il semplice motivo che così potevano attribuire oggettività alle loro barbare distinzioni. Questa società

acontece. Uma intervenção posterior da política para o tratamento das consequências das decisões anteriores produzirá outras consequências cujo grau de risco será apenas outro. Se afirma que a política é um sistema de distribuição de recursos. A política, na verdade, distribui apenas riscos. Isso ocorre porque o sistema político opera orientado pelo controle dos riscos da política e está continuamente exposto ao risco das consequências de suas decisões.

Na sociedade contemporânea existem condições estruturais que permitem ver que o futuro depende cada vez mais das decisões tomadas no presente. Isso significa que, simultaneamente à produção de risco, são criadas possibilidades para seu tratamento, isto é, são criadas possibilidades para evitar riscos que devem ser evitados. Em outras palavras: dispomos de possibilidades que nenhuma outra sociedade dispôs. Todavia, somente estruturas altamente complexas conseguem desenvolver técnicas de tratamento do risco que mantenham abertas alternativas da ação e são capazes de rever suas próprias decisões. Estruturas desse tipo são consolidadas no interior dos sistemas sociais, caracterizados por orientação cognitiva. São sistemas sociais capazes de aprender consigo próprios, usando como informações os resultados de elaboração da complexidade que eles próprios produzem. São sistemas dotados de grande capacidade evolutiva, vale dizer, de grande capacidade de adaptação ao ambiente.

Se o futuro depende cada vez mais das decisões, o leque de possibilidades de construir o futuro depende da complexidade que essas máquinas decisionais são capazes de produzir no presente. Simultaneidade do acontecer, não-transparência, fechamento dos sistemas sociais, inclusão universal de todos em seu interior são os requisitos da complexidade tipicamente moderna da sociedade. São esses requisitos que possibilitam o tratamento dos perigos herdados do passado e a eliminação das antigas barreiras da ontologia e da estratificação geradoras desses perigos. Permitem, ainda, vincular o futuro através do risco, isto é, observar as possíveis soluções para problemas antigos na certeza que essas soluções geram novos problemas, mesmo se não sabemos quais. Em outras palavras: esta sociedade pode reduzir os perigos, vale dizer, o inevitável, as barreiras, os impedimentos. Pode reduzir a extensão daquilo que outras sociedades atribuíam à natureza pelo simples motivo que, dessa forma, podiam atribuir objetividade às suas bárbaras distinções. Essa sociedade dis-

dispone del potenziale perché questi requisiti strutturali della produzione e del controllo della complessità siano resi operativi. Questa società, per esempio, ha un alto potenziale per la democrazia. Ma anche per l'auto-distruzione. E fino ad ora ha prevalso la tendenza verso l'attivazione del secondo, più che la tendenza verso la realizzazione esplosiva del primo.

VI

Il sistema sanitario è stato fino ad ora un sistema specializzato nel trattamento della malattia. La stessa medicina si occupava quasi esclusivamente del trattamento della malattia. C'erano molte malattie e un'unica salute, diceva Luhmann. Il sapere medico interveniva dopo che il rischio della malattia si era verificato. La medicina curava o non curava, mentre le sue conoscenze si specificavano in relazione al sapere o al non sapere della malattia. Sistemi di assicurazione monetarizzavano il rischio della malattia. L'universalizzazione dei sistemi assicurativi tendeva a ridurre i pericoli della malattia e ad incrementare i rischi. I rischi della malattia venivano trasferiti così direttamente sul sistema politico, sull'economia e sul diritto. La salute era una condizione che esisteva o non esisteva. Nell'ambito della malattia si profilavano due grandi distinzioni: malattie da infezione, largamente diffuse nei paesi nei quali le condizioni ambientali, di lavoro, di vita e di sopravvivenza restavano incontrollate e malattie di civilizzazione, molto più diffuse nei paesi nei quali le condizioni di vita erano migliori, i sistemi sociali operavano in base alla universale inclusione di tutti. La differenza nella tipologia della malattia corrispondeva alla differenza che si usava per rappresentare il mondo, distinguendo da mondo sviluppato e mondo in via di sviluppo, come si diceva con una perversa raffinatezza semantica.

Ora la medicina ha introdotto altre distinzioni. Da una parte la genetica permette di sapere se una vita futura potrà svilupparsi correndo il rischio della malattia, e quindi sarà da considerare geneticamente sana, oppure se una vita futura porta in sé già il pericolo o addirittura la certezza della malattia. L'altra distinzione che conosciamo è quella tra malattie che possono essere curate e malattie incurabili. Queste nuove condizioni della medicina hanno prodotto grandi trasformazioni nei modi di gestione dei cosiddetti sistemi sanitari. Anche qui il futuro dipende sempre di più dalle decisioni che vengono prese al presente. Quali decisioni?

põe de potencial porque esses requisitos estruturais da produção e do controle da complexidade tornaram-se operativos. Essa sociedade, por exemplo, tem um alto potencial para a democracia. Mas também para a auto-destruição. Até agora tem prevalecido a tendência em relação ao segundo mais do que à realização explosiva do primeiro.

VI

O sistema da saúde foi, até agora, um sistema especializado no tratamento das doenças. A própria medicina se ocupava quase exclusivamente do tratamento das moléstias. Havia muitas enfermidades e uma única saúde, afirmava Luhmann. O saber médico intervenha após ocorrido o risco da doença. A medicina curava ou não curava, enquanto seu conhecimento se especializava em relação ao saber ou ao não-saber da doença. Sistemas de seguros monetarizavam o risco da doença. A universalização dos sistemas de seguros tendia a reduzir os perigos das doenças e a incrementar os riscos. Os riscos da doença eram, assim, transferidos diretamente ao sistema político, à economia e ao direito. A saúde era uma condição que existia ou não existia. No âmbito da doença, formavam-se duas grandes distinções: doenças de contágio (de infecção), largamente difundidas nos países em que as condições ambientais, de trabalho, de vida e de sobrevivência tornavam-se incontroláveis e doenças da civilização, mais difundidas nos países em que as condições de vida eram melhores e nos quais os sistemas sociais operavam com base na inclusão generalizada de todos. A diferença na tipologia das doenças correspondia à diferença usada para representar o mundo, distinguindo entre mundo desenvolvido e mundo em vias de desenvolvimento, conforme se afirmava em uma perversa sofisticação semântica.

Atualmente, a medicina introduziu outras distinções. De um lado, a genética permite saber se uma vida futura se desenvolverá com risco de doenças, podendo, portanto, ser ou não considerada geneticamente saudável ou, ainda, saber se uma vida futura já carrega o perigo ou mesmo a certeza da doença. A outra distinção que conhecemos é aquela entre doenças curáveis e incuráveis. Essas novas condições da medicina produziram grandes transformações nos modos de gestão dos sistemas de saúde. Também aqui o futuro depende sempre mais das decisões tomadas no presente. Quais

La politica, alla quale prima di tutto vengono rivolte le pretese dei singoli, trasferisce i rischi all'economia e al diritto. L'ultimo soccorso viene dalla religione che trasferisce il rischio sulla morale. Si è universalizzato un diritto alla salute, cioè si è trasformato un problema reale in un paradosso che occulta il problema. Il diritto alla salute, in realtà ha la funzione di generalizzare la malattia come rischio, cioè di sapere che altre decisioni avrebbero potuto evitarlo e, quando la malattia è un pericolo, di affidare il singolo a se stesso. Cosa posso fare io di fronte al buco nell'ozono? Oppure il diritto fissa valori-limite. I quali dipendono dalla tollerabilità economica del divieto, si riferiscono al passato e non al futuro e non dicono nulla di ciò che in futuro può accadere se si vive ai margini del valore-limite. Se in futuro ciò che accade al di sotto del limite del valore-limite, si cambierà, appunto il limite del valore-limite. Oppure il diritto può imporre controlli, cioè può trattare i sani come se fossero malati. Ma, siccome non si possono adottare misure di eugenetica, perché già le conosciamo nei loro effetti tragici, e neppure si possono controllare i microbi alla frontiera bloccandoli alla dogana, i controlli hanno funzione politica, non medica. Fanno eccezione, naturalmente, i casi nei quali si sa che un intervento preventivo eviterà con certezza l'insorgere di una malattia. E poi, trattare i sani come malati è un problema che, più che il diritto, risolve l'economia. E infatti i problemi più acuti della malattia sono diventati ormai quasi esclusivamente problemi economici. Da quando alla fine degli anni '80 la Banca Mondiale, diffuse i suoi perversi studi sui costi della malattia e cominciò a dare i suoi minacciosi consigli sui modi in cui affrontare quei costi, i rischi della malattia sono diventati ormai rischi economici. L'economia ha universalizzato questi rischi, ne ha periferizzato i costi e ha realizzato anche attraverso la malattia l'inclusione degli esclusi dal sistema dell'economia mondiale. I costi umani della sperimentazione sono trasferiti su ciò che una perversa semantica continua a chiamare terzo mondo. Nei paesi di questo mondo l'assistenza sanitaria è privatizzata al 70-75 per cento. La malattia è un pericolo contro il quale i singoli esclusi non possono fare nulla. Quei singoli, naturalmente sono titolari di un diritto alla salute. Sono liberi, come si dice. Di restare nel baratro di cui parlava Pinter. Resta il pronto soccorso della morale, dei principi, della compassione. Ma la morale ha una particolare avversione al rischio, come la religione. Esse infatti consigliano di pentirsi delle proprie decisioni.

decisões? A política, a qual, antes de qualquer outra, reorienta as pretensões e as exigências dos indivíduos e transfere os riscos para a economia e para o direito. O último socorro vem da religião, que transfere o risco à moral. Se universalizou um direito à saúde, isto é, se transformou um problema real em um paradoxo que occulta o problema. O direito à saúde tem, na realidade, a função de generalizar a doença como risco, isto é, saber que outra decisão poderia tê-lo evitado. Quando a doença é um perigo, tem a função de confiar cada indivíduo a sua sorte. Mas o que posso fazer frente aos buracos na camada de ozônio? De um lado, o direito fixa valores-limites que dependem da tolerância econômica frente aos comportamentos desviantes. Esses valores-limites referem-se ao passado e não ao futuro e não dizem nada a respeito daquilo que pode acontecer no futuro caso se viva às margens do valor-limite. Se, no futuro, aquilo que acontecer ocorrer dentro do limite do valor-limite, o que mudará é o próprio valor-limite. De outro lado, o direito pode impor controles, isto é, pode tratar os saudáveis como se fossem doentes. Mas, assim como não é possível adotar medidas de eugenia, porque já conhecemos seus efeitos trágicos, também não é possível controlar os micróbios barrando-os nas alfândegas de fronteira. Os controles têm uma função política, não médica. Exceção, claro, nos casos em que se sabe que uma intervenção preventiva evitará, com certeza, o surgimento de uma doença. E mais: tratar os saudáveis como doentes é um problema enfrentado mais pela economia do que pelo direito. De fato, os problemas mais agudos da doença tornaram-se quase exclusivamente problemas econômicos. Desde que, ao final dos anos oitenta, o Banco Mundial divulgou seus perversos estudos sobre custos da doença e começou a oferecer seus conselhos ameaçadores sobre os modos para enfrentar estes custos, os riscos da doença tornaram-se, desde então, riscos econômicos. A economia universalizou estes riscos, periferizou seus custos e realizou, ainda que através da doença, a inclusão dos excluídos do sistema da economia mundial. Os custos humanos foram transferidos para aquilo que uma semântica perversa continua a chamar de terceiro mundo. Nos países deste mundo, aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) da assistência médica foi privatizada. A doença é um perigo contra o qual os indivíduos excluídos não podem fazer nada. Esses indivíduos naturalmente são titulares de um direito à saúde. Como se diz, são livres. Livres para permanecer no abismo a que se referia Pinter. Resta o pronto-socorro da moral, dos princípios, da compaixão. Mas a moral tem uma particular aversão ao risco, assim como a religião. Elas aconselham a penitência pelas decisões

Un consiglio che estendono alla politica e ai singoli.

Una volta mi disse Luhmann: la differenza tra la religione e le nostre idee sul rischio consiste in questo: che la religione è interessata ad aumentare il pentimento, le nostre idee mirano a diminuire il pentimento. A prendere decisioni di cui, in futuro, non sarà necessario dire che altre decisioni avrebbero potuto evitare il danno che si è verificato.

tomadas. Um conselho que estendem à política e aos indivíduos.

Luhmann me disse uma vez: a diferença entre a religião e as nossas idéias sobre o risco é que a religião está interessada em aumentar as culpas e as penitências e nossas idéias sobre o risco buscam diminuí-las. Visam, assim, a tomada de decisões sobre as quais, no futuro, não seja necessário concluir que outras decisões poderiam ter evitado o dano verificado.

O Tribunal Constitucional e seus elementos, diante da separação dos poderes

Rodrigo Carneiro Gomes*

1. Introdução

O contemporâneo Estado democrático de Direito e a moderna sociedade brasileira do século XXI encontram-se sob a égide da supremacia da jurisdição constitucional exercida, entre nós, pelo Supremo Tribunal Federal, que aborda a quase totalidade dos temas relevantes da atualidade de interesse dos poderes constituídos, de diversos estratos sociais e setores da economia. São abordados e disciplinados temas variados como liberdades e garantias individuais, progressão de regime em crimes hediondos, privatizações, fidelidade partidária, mandatos eletivos e direitos da minoria parlamentar, por exemplo.

Para Nanci de Melo e Silva (2002, p. 11), “As garantias constitucionais da jurisdição fornecem dados essenciais para a compreensão dos sistemas constitucionais e processuais, como elementos necessários à configuração da jurisdição constitucional e a garantia efetiva dos direitos inscritos nos sistemas jurídico-constitucionais”, sendo que o “Estado Democrático de Direito não pode ser apenas uma figura de mera retórica. Há que se colocar a segurança e a certeza da justiça em estruturas menos instáveis que as normas jurídicas, mesmo as constitucionais¹”.

Decisões definitivas sobre temas polêmicos que recheiam a vida política do país e deixam governantes e altas autoridades da República em sobreaviso são proferidas pelos onze cidadãos brasileiros de notável saber jurídico e reputação ilibada², Ministros da mais alta corte de justiça brasileira.

Essa perfeita e simétrica atuação do Supremo Tribunal Federal tem sua razão de ser, pois “a experiência eterna mostra que todo homem que tem

poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Para que isso não ocorra é preciso que o poder freie o poder³”.

Observa Alexandre de Moraes (2003, pp. 66-67), que é importante estabelecerem-se os três pilares da legitimidade da justiça constitucional, para que se compatibilize o governo da maioria e o controle jurisdicional de constitucionalidade: complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, composição dos Tribunais Constitucionais e fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais. O ilustre jurista dita que:

A questão da legitimidade da justiça constitucional em confronto com a legitimidade da maioria legislativa coloca-se de forma acentuada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se concede a um Corpo de Magistrados poderes para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afetando a produção legiferante do Parlamento, enquanto representante direto das aspirações populares em uma Democracia representativa.

Ao redor do mundo, os países adotaram seu próprio modelo de corte constitucional e se agruparam em torno de dois modelos típicos: o norte-americano e o europeu, com adaptações pontuais à realidade histórica e sócio-econômica de cada qual.

Nos Estados Unidos impera o “judicial review”. O “judicial review”, de acordo com Charles Black (1960) tem duas funções primárias, tais como o controle da atuação governamental e de sua legitimidade e a fiscalização dos ramos políticos do governo na medida em que a respectiva atividade prevista constitucionalmente é interpretada pela Corte Suprema.

* Delegado de Polícia Federal, professor da Academia Nacional de Polícia - ANP. Mestrando em Direito e Políticas Públicas. Pós-graduado em Processo Civil, em Segurança Pública e Defesa Social. Foi assessor de Ministro do STJ.

¹ Da Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. xli.

² Art. 101 da C.F.-1988.

³ Montesquieu, em sua clássica obra “O espírito das leis” “in” “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”, Livro XI, p. 120.

Para Aziz Huq⁴, da Columbia Law School for the center on international cooperation, New York University:

Judicial review is a court's power to review, and possibly nullify, laws and governmental acts that violate the constitution and higher norms. It is a way to assure that governmental actors respect the constitution and do not use powers granted to them by the constitution to seize illegitimate power. Judicial review is generally the final word by a governmental institution on a law's validity.

No Brasil, vigem um modelo híbrido entre o norte-americano (“common law”, precedentes jurisprudenciais) e o europeu (corte eminentemente constitucional, em estrutura diversa do Poder Judiciário).

Para alguns, o modelo de jurisdição constitucional brasileira reuniria o melhor dos dois mundos.

2. A jurisdição constitucional segundo Kelsen

A garantia da jurisdição constitucional tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais e preservar a integridade do ordenamento constitucional, extirpando-se as leis que conflitem com a lei maior que é a Constituição.

O dogma de intangibilidade parlamentar de Rousseau é afastado aos poucos, segundo Colomer Viadel (1995, p. 25), da Universidade de Valência, Espanha:

(...) la culminación de este proceso para garantizar la supremacía de la Constitución va a ser el papel de los jueces como vigilantes de la intangibilidad constitucional. Este creciente control constitucional por la judicatura encontrará solo dos escollos, uno insalvable y el otro poco a poco superado. El primero es la doctrina inglesa de la omnipotencia del Parlamento, capaz incluso de juzgar, sin previa ley. El otro está representado por la idea francesa —hija de la Revolución de 1789— de la ley como expresión de la voluntad general o emanación del pueblo soberano. De acuerdo con esta interpretaci-

ón, como ha señalado Francois Luchaire, la ley era infalible y omnipotente, y por tanto, no era posible el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Pero esta ficción se ha debilitado hasta prácticamente desvanecerse en la actualidad.

Quando Hans Kelsen propugnou pela criação de Tribunais Constitucionais, há mais de setenta anos, seguiu-se, em 1929, o famoso debate que Kelsen travou com Carl Schmitt, em que aquele sustentou que a guarda da Constituição deveria ser deferida a um Tribunal Constitucional, que apreciaria as questões jurídico-constitucionais, realizando a supremacia da Constituição.

Kelsen propalava que o ordenamento jurídico configurava-se “como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa pelo controle da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior”.

Na explicação do Ministro Carlos Mário Velloso, do Supremo Tribunal Federal, com a propriedade que lhe é peculiar “é que esta é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado e ‘uma Constituição, na qual não existia a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico. Carl Schmitt, a seu turno, recusava a idéia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque a decisão que resolve a questão de constitucionalidade teria natureza política. Não caberia, então, a um Tribunal ‘fazer política’, na defesa da constituição. Essa caberia, sim, a um órgão político”.

Cardoso da Costa, citado por Velloso (2002), pontua que essas duas posições exprimem “duas concepções diferentes de Constituição, ou do seu momento essencial e verdadeiramente radical (a uma concepção ‘normativista’ de Constituição, como era a de Kelsen, contrapunha-se uma sua concepção ‘decisionista-unitária’, como era de Schmitt), e, conseqüentemente, do que deva ser a sua ‘defesa’ ou a sua ‘guarda’; como nela se exprimem, também, entendimentos diversos acerca da natureza da ‘justiça’ ou da função jurisdiccional”.

Sem dúvida, Hans Kelsen concebe o Tribunal Constitucional como meio de fazer frente ao poder da magistratura de jurisdição ordinária que poderia ditar sentenças contra o texto da lei, valendo-se da qualidade de mediador entre o direito e a “consciência jurídica da

⁴HUQ, Aziz. Summary of Papers on Constitutional Courts and Judicial Review. Disponível em: <http://www.cic.nyu.edu/archive/pdf/E23SummaryConstitutional%20Court%20Judicial%20ReviewAHaq.pdf>. Acesso em 20.07.2007.

comunidade”. Com isso, buscava Kelsen valorizar o texto legal e elevar a constituição como fundamento de ordem jurídica e, por conseqüência, embasar a criação de um “Tribunal Constitucional” em que as divergências entre a lei ordinária e a constituição seriam resolvidas na função desse Tribunal Constitucional como um “legislador negativo”, vedado ao magistrado de jurisdição ordinária promover o controle difuso de constitucionalidade, numa ótica positivista de atividade judicial meramente técnico-jurídica.

Segundo os estudos do modelo proposto por Kelsen, a jurisdição constitucional não se repartiria, cabendo o exercício da jurisdição ordinária legal ao Poder Judiciário e o exercício da jurisdição constitucional privativamente a um órgão próprio e independente, o Tribunal Constitucional, destacando-se que o magistrado de carreira não tem investidura democrática.

Também Carl Schmitt diverge quanto à caracterização da atividade de interpretação da constituição como jurisdicional, pois tal mister seria função legislativa, ao passo que considera de maior relevo a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Constitucional.

3. O modelo do tribunal constitucional na Europa

A criação de um Tribunal Constitucional parte do pressuposto de que não basta a lei ser produzida por um Poder cujos representantes sejam eleitos pelo voto popular, com mandato concedido pelo povo democraticamente, mas que essa lei esteja em permanente harmonia com a ordem jurídica constitucional.

Para Enterría (1983):

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.

Na Europa, todas as novas Constituições prevêem a existência de uma Corte Constitucional, cujas principais características são *a)* jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional; *b)* competência precípua para julgar as ofensas aos direitos fundamentais; *c)* situada fora do aparelho constitucional ordinário; independente do Poder Judiciário e dos poderes públicos; *d)* decisões, com efeito, “*erga omnes*”; *e)* não vinculação ou não-obrigatoriedade de uma designação formal (Conselho, Tribunal, Corte Suprema); *f)* observância estrita da natureza de suas funções para caracterização de uma Corte verdadeiramente Constitucional.

O emérito constitucionalista André Ramos Tavares (2006, p. 21), após asseverar que a distinção das funções do Estado não se baseia exclusivamente no aspecto material (executiva, legislativa e judicial), mas também no formal (incluindo a dimensão orgânica), implicando no reconhecimento da existência de órgãos particulares para desempenharem a função jurisdicional, admite que foi reconhecido ao Tribunal Constitucional o desempenho de um conjunto de funções: de fiscalização (defesa) e de aplicação (cumprimento) da Constituição e prossegue:

Uma decisão do Tribunal Constitucional pode ser, materialmente falando, idêntica àquela adotada pelo Poder Legislativo, assim como àquela decisão tomada normalmente pelo Executivo. A diferença está em que a primeira deve exclusivamente direcionar-se para a aplicação da Constituição. O motivo-finalidade (aspecto formal do ato, na lição de MALBERG, 2001) é diferenciado. O legislador edita atos normativos para regular a vida em sociedade. O Tribunal Constitucional pode editar atos (decisórios) com cunho normativo, mas com a exclusiva finalidade de defesa da Constituição.

Pelo fato de não haver controle difuso nos países europeus que adotaram o modelo do Tribunal Constitucional, os tribunais ordinários (não constitucionais) remetem todos os processos em que se levanta qualquer questão constitucional à Corte Constitucional.

3.1 Breve histórico

Pode-se dizer que a história das Cortes constitucionais teve início em 1920, com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia (Constituição de

29-02-1920) e a da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1-10-1920).

Segundo Favoreu (2004, p. 30), Kelsen foi imprescindível para a criação do modelo europeu de Tribunal Constitucional, tendo sido seu o projeto da Constituição da Áustria de 1920. Kelsen foi o primeiro relator permanente da Corte, após ser nomeado em 1921.

O movimento de criação de Tribunais Constitucionais europeus inicia-se em 1920, na Áustria e na República Tcheca. Uma segunda onda criadora surge após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, na Alemanha, Turquia, Iugoslávia e França e, em um terceiro período esparsos, a partir de 1970, em Portugal, Espanha, Grécia, Bélgica, Polónia, Hungria, Romênia, Bulgária, Albânia, Lituânia, Rússia, Armênia. Diga-se que, dentre os ordenamentos jurídicos dos países citados, apenas em Portugal, há a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Alguns países como a Grécia, Dinamarca, Suécia e Noruega adotaram modelo de sistema de justiça constitucional próximo ao modelo estadunidense (unidade de jurisdição, sem separação de contenciosos) que, aparentemente, é menos atentatório aos direitos do parlamento, sem confronto direto e aberto com o legislador (mas não deixa de ser preocupante um governo de juizes).

Todas as Constituições escritas da época moderna são baseadas em acontecimentos das revoluções norte-americana e francesa, com a única exceção da Grã-Bretanha, que possui em vigor, ao lado de normas consuetudinárias da época medieval e de numerosas leis ordinárias, alguns atos normativos solenes muito antigos como a Magna Carta de 1215, Bill of Rights de 1689 e o Act of Settlement de 1701, os quais, ainda assim, são interpretados de maneira bem diversa do passado, na lição do constitucionalista Biscaretti di Ruffia⁵ (2000, p. 93). Para o emérito mestre italiano, as diversas Constituições promulgadas a partir de 1787

podem ser classificadas em uma série concatenada de ciclos constitucionais sucessivos⁶.

A obra referida é precedida de estudo preliminar apresentado por Héctor Fix-Zamudio (Cidade Universitária, junho de 1995), tradutor do livro, no qual assinala a origem do modelo de constitucionalismo dos países latino-americanos (2000, pp. 30-31), que tomou como base a Constituição norte-americana de 1787, em muitos aspectos. Dessa forma, foi introduzida a revisão judicial de constitucionalidade das leis, nos países latino-americanos, os quais, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, foram influenciados pelo modelo europeu, de certa forma, sem afetar, essencialmente, o modelo norte-americano antes adotado e sem torná-lo incompatível com a realidade latino-americana:

X. A) Em primer término, es preciso señalar que, luego de su independencia, los países latinoamericanos recién formados tomaron la Constitución de los Estados Unidos de 1787 como su modelo en muchos aspectos. En particular, por medio de la influencia de la clásica obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*⁷, introdujeron de manera paulatina la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, el sistema calificado de 'americano', de acuerdo con el cual todos los jueces ordinarios (y en ciertos casos sólo algunos de ellos) pueden decidir, en los procesos concretos de los cuales conocen, sobre la conformidad de la ley aplicable con la Constitución (sistema difuso), de oficio o a petición de parte (por vía incidental), y la resolución que dicten declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas sólo tiene efectos para esos casos concretos (desaplicación)⁸.

⁵ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. "In" Premisa Metodológica – I. *La ciencia del derecho constitucional comparado y sus tareas actuales. Introducción al derecho constitucional comparado* – las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

⁶ "En consecuencia, puede demostrarse que la etapa del 'constitucionalismo clásico' se desarrolló en el mundo moderno entre 1878 y el fin de la primera Guerra Mundial de acuerdo con cinco 'ciclos sucesivos', por medio de una serie de conceptos y de realizaciones que se perciben fácilmente en su progresividad lineal, incluyendo las siguientes Constituciones: revolucionarias del siglo XVIII (1789-1799), napoleónicas (1799-1815), de la Restauración (1815-1830), liberales (1830-1848) y democráticas (1848-1918), entre ellas varias de carácter federal (1848-1874); pero a partir de entonces las Constituciones se han orientado en direcciones diversas y contrastantes" (ob. cit., p. 93).

⁷ Cuya primera edición castellana, traducida por A. Sánchez de Bustamante, apareció en París en 1835 y fue ampliamente conocida por los juristas y políticos latinoamericanos poco tiempo después. (Hay edición del FCE, trad. De Luis R. Cuellar, 2ª. Ed., México, 1957).

⁸ Cfr., entre muchos otros, Eder, Phanor, 'Judicial Review in Latin America', en *Ohio Law Journal*, 1960, pp. 570-615.

Después de la segunda Guerra Mundial surgió el llamado 'sistema continental europeo' de control de la constitucionalidad de actos de autoridad, llamado también 'austriaco' por haberse inspirado en el modelo de la Constitución de Austria de 1920⁹. Los tribunales o cortes constitucionales se extendieron de manera considerable en los países de Europa Occidental en la segunda posguerra, como lo destaca con precisión Biscaretti, y después también para otros ordenamientos, de modo muy dinámico¹⁰.

Este sistema 'europeo' o 'austriaco' se ha difundido ampliamente en América Latina en las últimas décadas, primero de manera incipiente, pero en los años recientes con mayor vigor, sin que se hubiese afectado esencialmente la tradición 'americana', es decir, sin que se hubiese producido su incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios, o, en su caso, por la corte o el tribunal supremos. Por el contrario, en el continente europeo predominó, sin ser absoluto, el criterio opuesto, es decir, el de la prohibición en principio a los propios jueces ordinarios para decidir las cuestiones de constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su conocimiento¹¹.

3.2 A difusão do modelo

Por razões históricas, reveladoras de possibilidade de arbítrio dos poderes legislativo e executivo na elaboração e aplicação de leis votadas conforme maiorias parlamentares circunstanciais, com grave descrença nos juízes ordinários, difundiu-se o modelo de corte constitucional para coibir a ausência de controle sobre as leis, antes existente.

⁹ Dicha Carta fundamental se nutrió de las ideas del ilustre jurista Hans Kelsen, quien formó parte de la comisión que redactó su proyecto. Dicho ordenamiento introdujo un tribunal especializado para la solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, que recibió el nombre de 'Corte Constitucional' (Verfassungsgerichtshof). Se caracteriza por el planteamiento en vía directa de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad ante un órgano especializado (concentrado), y las resoluciones de inconstitucionalidad de normas generales tienen efectos erga omnes. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. Los tribunales constitucionales y los derechos humanos, 2ª. Ed., UNAM-Porrúa, México, 1985, pp. 43-84.

¹⁰ Cfr. el excelente estudio panorámico, no obstante su brevedad, de Favoreu, Louis, Los tribunales constitucionales, trad. de Vicente Villacampa, Ariel, Barcelona, 1994.

¹¹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, op. cit., pp. 49-59.

O fenômeno da ampliação da adoção do modelo concentrado de constitucionalidade se fez também presente na América do Sul, com a reforma constitucional boliviana de 1994, e a conseqüente implementação do Tribunal Constitucional em junho de 1999, cujas funções são relatadas por José Antonio Riviera Santivañez¹², magistrado suplente do Tribunal Constitucional boliviano (2001, p. 62):

Está claro que el Tribunal Constitucional de Bolivia há comprendido que su papel fundamental es el de preservar el orden constitucional, como base esencial del régimen democrático y la convivencia pacífica, el resguardo y protección de los derechos fundamentales para garantizar el ejercicio pleno de los mismos y el control del ejercicio del poder político para que el mismo se efectúe en el marco del equilibrio que garantice la paz social, todo ello en la búsqueda de la consolidación del Estado Social de Derecho. Pero también ha comprendido que el cumplimiento efectivo de su papel implica que deberá desarrollar una verdadera teoría y doctrina constitucional a partir de una adecuada interpretación de la Constitución, así como de las demás disposiciones constitucionales a partir del texto constitucional. En suma, se trata de una labor de pedagogía constitucional orientada a consolidar las instituciones democráticas y el orden constitucional.

No Brasil, defende Sarlet (2001, p. 14), com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), hoje dominam os componentes de um controle abstrato e concentrado, amplamente reconhecido no cenário europeu e, mais atualmente, no leste europeu e na Ásia.

3.3 O modelo norte-americano e o modelo europeu de Corte Constitucional: diferenciação

Há traços em comum entre as diversas cortes constitucionais européias, dentre os quais se destaca: *a*) um procedimento de triagem, com a composição de uma comissão de número reduzido de juízes

¹² "La doctrina constitucional em la jurisprudência del Tribunal Constitucional. "In" FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001. Buenos Aires: Konrad Adenauer-Stiftung, 2001.

(normalmente três) para decidir da adequação ou não das arguições em seus fundamentos constitucionais; b) um número médio entre nove e dez juizes nos Tribunais Constitucionais, com presidente e vice-presidente; c) mandato para os juizes; d) aposentadoria compulsória aos 70 anos; e) indicação é política, notadamente do Parlamento, podendo haver a escolha também de juizes de carreira (o reverso disso é a negociação de interesses exclusivamente partidários); f) enaltecimento à nomeação de professores universitários.

Carlos Bruno Ferreira da Silva (2005, p. 4), em nota de rodapé, no seu trabalho sobre “Jurisdição constitucional procedimentalista”, expõe que embora separe paradoxal que também os Tribunais Constitucionais da atualidade sejam acusados de ativismo judicial “estes tribunais abandonaram na prática seu modelo, tendo se inclinado para seguir o ‘judicial review’ da Corte Suprema norte-americana, em virtude do conteúdo aberto das constituições que buscavam preservar, mas também por uma metodologia que renovou o interesse pela resolução dos casos concretos (a ‘tópica’)”.

Veja-se que no sistema estadunidense, a jurisdição é exercida pelos juizes de maneira difusa, diversamente do modelo concentrado europeu do Tribunal Constitucional.

Para Tocqueville (2001, p. 22), o poder político, na confrontação das leis, conferido aos juizes americanos não é uma autorização para o embate apaixonado ou para proteção do direito individual:

Os estadunidenses ... confiaram a seus tribunais um imenso poder político; mas, obrigando-os a não atacarem as leis senão por meios judiciais, diminuiram bastante os perigos desse poder.

Se o juiz pudesse atacar as leis de maneira teórica e geral, se pudesse tomar a iniciativa de censurar o legislador, entraria estrepitosamente na cena política tornando-se campeão ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte da luta. Mas, quando o juiz ataca uma lei em um debate anônimo e em uma aplicação particular, esconde em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua sentença não tem outro objetivo senão o de proteger um interesse individual; a lei só é atacada por acaso.

Habermas (1992, p. 293), citado pela professora e Conselheira do Tribunal Constitucional Português Maria da Assunção Andrade Esteves, em seu livro de

artigos e pareceres jurídicos (2001, p. 155), observa que “a crítica à jurisdição constitucional se desenvolve sempre em vista da distribuição de competências entre o legislador democrático e a actividade jurisdicional, sendo, portanto, sempre uma discussão em torno do princípio da divisão de poderes¹³”.

Para a renomada constitucionalista, a crítica não é contra o controle judicial de constitucionalidade, mas contra a interpretação judicial criadora, fundamentada na tese de que o magistrado carece de legitimação democrática e que, por isso, sua atuação está cingida à aplicação do direito preexistente¹⁴. De fato, como leciona a preclara constitucionalista, o fundamento do controle de constitucionalidade das leis não se limita à exigência de garantia da unidade sistemática do Direito – concepção kelseniana de uma estrutura escalonada da ordem jurídica – mas na concepção de Estado limitado, o que coincide com a ideia de Kant a respeito do Direito¹⁵.

Apesar das diversidades presentes nos modelos americano e europeu de Corte Constitucional, o jurista mexicano Héctor FIX-ZAMUDIO (2002, pp. 38-39) vislumbra que ambos se aproximam paulatinamente:

Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari (...) pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional va que la mayoría por no decir la totalidad de asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su pres-

¹³ ESTEVES, Maria da Assunção A. *Legitimação da Justiça Constitucional e princípio maioritário*. “In” *Estudos de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. “De facto, na discussão política e constitucional norte-americana, a questão da legitimidade da ‘judicial review’ é suscitada com vista a impedir a alteração da distribuição de competências entre o corpo legislativo e os órgãos da função judicial”.

¹⁴ Ob. cit., p. 155.

¹⁵ Ob. cit. pp. 160-161.

tigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.

É verdade que há semelhanças, por exemplo, na vinculação das decisões do Tribunal Constitucional que é presente também nas decisões da Suprema Corte americana, que têm força vinculante (“stare decisis”).

Stamato (2005, p. 90) constata a existência dos preconizados pontos de aproximação entre o modelo europeu e o norte-americano:

(...) verifica-se que as bases teóricas que fundamentam a jurisdição constitucional norte-americana e a austríaca são bem diversas. Não obstante, há pontos de aproximação. O primeiro deles é o fato de a noção de Constituição ser restrita às normas de fixação, organização e limitação do poder.

No que toca à aplicação e criação do direito pelas cortes constitucionais os sistemas vêm aproximando-se, pois cada vez mais as cortes são chamadas a atuar em casos que versam sobre direitos humanos, fixando critérios de interpretação para as cláusulas principiológicas da Constituição. O sistema norte-americano, embora seja difuso e pela via incidental, conta com o instituto do precedente e o Austríaco, embora seja concentrado e pela via principal, possui efeito ‘erga omnes’. Desse modo, a interpretação conferida pelo tribunal acaba refletindo sobre toda a sociedade em ambos os modelos.

De qualquer sorte, o controle da constitucionalidade está vinculado à noção de supremacia da Constituição, ou seja, “la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado...” (Enterría, 1983, pp. 50-51).

Assim, no modelo norte-americano de jurisdição constitucional, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições.

Sem dúvida, a tarefa do juiz constitucional de concretização da Constituição deve se ater a certo balizamento. Essa baliza seria, na ótica de Esteves (2001, p. 166) uma teoria da argumentação jurídico-constitucional que o impeça - o juiz constitucional - de se tornar um “legislador paralelo ou supercontrolador

no domínio dos direitos fundamentais¹⁶ e que articule a ordem de valores da Constituição como ordem “aberta e fragmentária”.

4. Elementos característicos do Tribunal Constitucional

O modelo kelseniano foi transposto como base para as Cortes constitucionais europeias e adaptado conforme a realidade, cultura, história e peculiaridades de cada país, o que acarretou a identificação de elementos característicos próprios, quanto ao *a)* parâmetro de constitucionalidade; *b)* autonomia; *c)* monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade; *d)* efeitos da decisão; *e)* composição.

Gimeno Sendra (1981, p. 86), em referência ao Tribunal Constitucional espanhol, elenca suas características próprias, pontuando que:

En el Tribunal Constitucional concurre la nota objetiva de la jurisdicción (artículos 164, CE; 86 y ss. LOTC), pero también es un órgano institucionalmente dotado de independencia, la cual se observa tanto en sí mismo, considerado frente a los demás órganos constitucionales (art. 1, 1º, LOTC) como en el estatuto interno de sus magistrados, que son inamovibles en el ejercicio de su mandato (art. 159, 5º, CE) y solamente se encuentran sometidos a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1, 1º, LOTC). Esta segunda cualidad impide, pues, que el Tribunal Constitucional pueda ser enmarcado dentro de las jurisdicciones especiales, le otorga el carácter de órgano dotado de jurisdicción en el pleno sentido de la palabra (artículos 161, 1º, CE; 1, 1º, II y 4, 2º, LOTC) y permite hablar de la existencia de un verdadero ‘proceso’ para designar al que transcurre ante él para la solución de los conflictos a dicho Tribunal conferidos.

¹⁶Objecção crítica de Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik. “In” Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Francoforte, 1991, pp. 159-199.

4.1. Quanto ao parâmetro de constitucionalidade

A maior parte dos Tribunais Constitucionais adota o próprio texto constitucional como limite, mas há diferenças significativas.

A França e a Espanha admitem outros diplomas normativos como extensão do limite de exame de constitucionalidade.

Na Bélgica, o Tribunal Constitucional tutela o princípio da igualdade (o que existe em todas as Cortes Constitucionais europeias) e a liberdade de ensino, tão somente, ou seja, o limite é parcialmente o texto constitucional.

Na Noruega, Suécia e Dinamarca adota-se um modelo misto que se aproxima e conjuga aspectos do “judicial review”.

4.2. Autonomia

O dever de anular deve ser confiado a órgão diverso do Parlamento que a editou, órgão independente desse e de qualquer outro poder estatal. Dessa forma, o Tribunal Constitucional compõe uma magistratura independente do aparato jurisdicional.

Essa independência e autonomia devem ser asseguradas no texto constitucional, no estatuto ou no regimento interno próprio do Tribunal Constitucional. A autonomia, como garantia de livre exercício das funções do Tribunal Constitucional, deve ser administrativa, orçamentária e financeira e acompanhada de prerrogativas compatíveis que assegurem uma independência de fato e não meramente de direito.

A autonomia do Tribunal Constitucional implica na dualidade ou pluralidade de jurisdições (Tribunal Constitucional, judicial, contencioso administrativo) que encontra ambiente favorável no sistema de governo do parlamentarismo e no semiparlamentarismo.

4.3. Monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade

As vias judiciais, à exceção da exercida pelo Tribunal Constitucional, ficam impedidas de julgar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade

de qualquer diploma, sob pena de invasão de competência.

O monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade pode ser exercido preventiva (após a ratificação dos tratados ou após a simples votação da lei) ou repressivamente, sendo importante notar que a preponderância de controle prévio ou posterior não distorce a natureza jurisdicional do controle.

Frise-se que o exercício de outras funções (administrativas ou judiciais) não descaracteriza o modelo de monopólio de controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, como, por exemplo, o julgamento de atos individuais dos chefes de Estado ou de Governo e acusação contra Ministros e altas autoridades; ou mesmo o exercício cumulado de atribuições inerentes à Justiça eleitoral.

Portanto, nada impedem que os Tribunais Constitucionais apreciem atos concretos como regulamentos administrativos e revejam decisões judiciais. O que importa, pois, é a *exclusividade* no controle de constitucionalidade.

4.4. Efeitos da decisão

São “erga omnes” os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, a todos atingindo, inclusive a Administração Pública, Estado e Governo, com autoridade de coisa julgada. Não há espaço para decisão de efeito “intra partes”, o que contrariaria o propósito e finalidade do Tribunal Constitucional, que tem entre suas funções a guarda da Constituição e a pacificação dos conflitos entre poderes.

A sentença que dirime o contencioso constitucional não se submete a recurso. É, pois, *imutável*, com efeito, para todos.

4.5. Composição

Em média há de 9 a 10 juízes nos Tribunais Constitucionais, com presidente e vice-presidente. Os juízes podem permanecer até os 70 anos, embora haja mandato; a indicação é política, notadamente do Parlamento, podendo haver a escolha também de juízes de carreira. A maioria dos países dá destaque à nomeação de professores universitários.

Segundo Favoreu (2004, p. 35), o perfil de magistrado de carreira não implica em habilitação para o exercício da função jurisdicional. Exige-se profunda sensibilidade político-institucional, que não é aferida por concursos.

A designação política de membros do Tribunal Constitucional assume *contornos de eleição indireta*, pois é feita a designação por quem foi legitimado democraticamente (Parlamento, chefe do Estado), ensejando a *composição plural* do Tribunal Constitucional, com as correntes políticas mais importantes do cenário político, *sem vinculação estrita ou subordinação*.

A título de exemplo, porque o modelo estadunidense é diverso do europeu, para ser juiz nos Estados Unidos, é preciso ter uma longa e consolidada carreira. Juizes estaduais são eleitos entre advogados com idade variável entre 20 e 30 anos de profissão. Os Juizes federais são indicados pelo presidente da República dentre pessoas que desempenham uma longa prática. Como os juizes são mais experientes, poderiam funcionar melhor, segundo Frederick Schauer, professor do curso de Direito da Universidade de Harvard¹⁷.

5. O Tribunal Constitucional no quadro dos Poderes do Estado

No campo da organização política, o Tribunal Constitucional promoveu o aperfeiçoamento e especialização das instituições. A partir da separação da jurisdição ordinária da jurisdição constitucional a ser realizada por órgãos diversos e independentes, foi criado um novo poder do Estado.

Podemos considerar que o Tribunal Constitucional do constitucionalismo ocidental de nossos dias é espécie do gênero poder político do Estado. Não deixa de existir a *função política* do Tribunal Constitucional na defesa da Constituição e na renovação do consenso fundamental que a sustenta.

Enterría (1983), seguindo os italianos, define o Tribunal Constitucional como “órgão constitucional em sentido estrito”. Em outra vertente, o Tribunal Constitucional é visto como poder político e “Poder

Corrector”, conforme propalam Esteban e Trevijano (1994, p. 141) e é corroborado por Alva Orlandini (2005, p. 1.116):

(...) si el Tribunal ha sido calificado como ‘órgano de control de la Constitución’, es porque a él se le ha confiado la tarea propia de un ‘Poder Corrector’, en la medida que este puede dejar sin efecto o anular decisiones de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como la de los demás órganos constitucionales como son el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones.

Por concentrar o poder de julgar as leis, detém o Tribunal Constitucional a imprescindível função de árbitro do conflito entre os poderes e de fatos da vida política nacional.

Para grande parte dos autores espanhóis, o Tribunal Constitucional desempenharia função “jurisdicional”, mas em nível distinto do Poder Judiciário, expressão consagrada pelo uso. Nesse sentido expõe Cifuentes (1993, p. 72), professor da Universidad Castilla, La Mancha:

A modo de conclusión cabe argüir, pues, que siendo el TC un auténtico órgano jurisdiccional, encuadrable dentro de la categoría o modalidad que doctrinalmente se ha dado en llamar ‘Tribunales especiales’, las medidas que el mismo adopte pendiente un proceso constitucional con el fin de asegurar que éste cumpla correctamente la función que le es propia, es decir, la satisfacción de pretensiones y resistencias de las partes, se encuentran informadas por la nota de jurisdiccionalidad y, por ello, cumpliendo los demás requisitos, especialmente el de instrumentalidad, deberán encuadrarse también en la categoría que doctrinalmente se ha dado en llamar ‘medidas cautelares’.

Rememorando Kelsen, o Tribunal Constitucional seria legislador negativo, enquanto outros conseguem observar uma função legislativa positiva.

Em síntese, a quase totalidade de doutrinadores conclui por uma forma ou por uma combinação dessas: jurisdicional, política, legislativa negativa ou positiva.

O professor Cezar Saldanha destaca, por seu turno, que a função do Tribunal Constitucional deve ser observada sob 3 perspectivas: material (função política de última instância); instrumental (jurisdicional) e formal (formalmente legislativa). Na concepção do renomado doutrinador, o Tribunal Constitucional surgiu

¹⁷ Entrevista ao jornal Zero Hora, de 21 de abril de 2007. Edição n.º 15216, disponível em: <http://www.clicrbs.com.br/jornais/zerohora/>

para defender valores éticos mínimos, defendendo-os de autoritarismo e totalitarismo. A hexapartição de poderes atenderia a defesa de direitos fundamentais da pessoa humana e combinaria estabilidade, governabilidade e progresso.

5.1 O Tribunal Constitucional na hexapartição de poderes

O professor Cezar Saldanha (2002, pp. 129-140) leciona que seis grandes blocos exerceram a soberania ao longo de mais de 300 anos em fases históricas sucessivas, decorrente de criação e sofisticação de doutrinas políticas, e se posicionaram, preponderantemente e de forma polarizada, em torno de pelo menos uma das seguintes instituições ou figuras jurídicas-políticas: chefe do Estado; Parlamento; Judiciário; Governo; Administração; Tribunal Constitucional. A cada fase do Estado Ocidental surgindo no século XVI corresponde uma forma adequada de sistema de poderes, importando um tipo ideal específico.

Manfred Rehbinder destaca a tendência à especialização e burocratização do aparelho jurídico¹⁸.

O Tribunal Constitucional é um novo poder, que não se resume apenas ao cumprimento da lei (como fazia o clássico Poder Judiciário aludido por Montesquieu), na medida em que exerce a função de guarda da Constituição. Poder-se-ia afirmar que a função de guarda da Constituição (ponto nevrálgico do amadurecimento do ordenamento jurídico) é uma nova função em relação às três funções clássicas descritas por Montesquieu. E, assim, Cezar Saldanha considera a função desempenhada pelo Tribunal Constitucional como uma “nova” função do Estado, quando comparada às três funções clássicas (executiva, legislativa e judicial) mencionadas por Montesquieu.

Coma emergência de um Tribunal Constitucional, os Estados e a humanidade alcançaram a “ordem jurídica inviolável”, com expressão de um direito de conteúdo ético mínimo.

É Bodin quem abre o caminho para a solução do problema jurídico da divisão do todo público unificado, em poderes autônomos (distingue a essência uma e indivisível da soberania do seu exercício delegável e partilhável). Prestaram contribuições inestimáveis na teoria da partição dos poderes: Locke (bipartição dos poderes), Montesquieu (tripartição dos poderes) Benjamin Constant (separação entre Estado e Governo, pioneiramente adotada pelo Brasil, que possibilitou a construção da unidade nacional e o regime representativo), Max Weber (reivindicou a autonomia formal da Administração Pública, como condição da ordem democrática - teorizador da pentapartição dos poderes). Hans Kelsen foi um arquiteto de instituições e as imaginou na forma que veio a tomar no segundo pós-guerra com o Tribunal Constitucional.

O autor, mencionando que vivemos na era do “Tribunal Constitucional”, afirma que, a despeito da prestigiada e contemporânea visão de tripartição de poderes (critério político) oferecida por *Karl Lowenstein*¹⁹, é necessário um estudo aprofundado dos fins da atividade política, para melhor acolhida da tese da tripartição de poderes segundo um *critério político*. Em substituição, Cezar Saldanha prefere a seguinte adaptação, totalizando 6 (*seis*) funções (hexapartição dos poderes) e propondo uma nova teoria da divisão dos poderes políticos, complementada por uma revisão de concepções de funções políticas: *a*) funções vinculadas *aos fins últimos* do Estado (a de chefe de Estado e a de guarda da Constituição); *b*) funções vinculadas *aos fins próximos* do Estado (a de administração e a judiciária); *c*) funções vinculadas *aos fins intermediários* do Estado (a de deliberação política e a de governo).

Para Saldanha a hexapartição dos poderes políticos há que ser adotada pela sociedade, com adaptações às circunstâncias, se o que se almeja é um regime democrático de direito, aberto às distintas ideologias sobre o papel do Estado na Economia e atento à efetivação de direitos sociais, especialmente se busca concórdia política em torno de valores supremos por todos aceitos, com instrumentos para defender esse consenso, os di-

¹⁸Sociología del derecho, Madrid, Pirámide, 1981, pp. 147-148, apud SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, pp. 129-140.

¹⁹Divergindo da tripartição clássica de poderes, claramente vinculada a um critério jurídico, qual seja a lei, Karl Lowenstein, apregoa a tripartição de poderes escorada em critério político: policy determination, policy execution, policy control (“policy” como decisão política conformadora).

reitos fundamentais da pessoa, e combinar a ordem e estabilidade, com governabilidade e progresso.

O Tribunal Constitucional surgiu de um Estado Social do segundo pós-guerra, de um consenso político-constitucional sobre valores éticos mínimos, para defender o Estado e a sociedade dos totalitarismos e dos autoritarismos, o que provocou uma hexapartição de poderes, moldando-se o tipo ideal atual de sistema de poderes: o governamentalismo de Tribunal Constitucional.

Ainda para Saldanha, sem especialização do agenciamento dos poderes, no sentido da hexapartição dos poderes políticos, a mudança casuística só agravará a situação lamentável com falta de estudos consistentes, o uso ideológico dos instrumentos jurídicos, com prejuízo da legalidade, razoabilidade e segurança jurídica.

A proposta de hexapartição de poderes supriria a falta de uma instância que garanta a objetividade mínima dos valores superiores do ordenamento: o Tribunal Constitucional. Essa confusão generalizada, com juízos ordinários se movimentando com desenvoltura sobre ou contra a legislação poderia ferir o Estado de Direito de morte, acaso não fosse prevista a figura do Tribunal Constitucional.

5.2 A função de controle do Tribunal

Karl Lowenstein (1970, pp. 54-72) afirma serem o Governo, o Legislativo, o Judiciário e os destinatários do poder, os detentores oficiais do poder visível e legítimo. Na sociedade, o poder político está unido ao cargo e o cargo atribui o domínio que o detentor possui, sendo assim, o poder independe da pessoa que o exerce, mas é inerente ao cargo que essa pessoa possui.

Os controles dos órgãos estatais são muito importantes para o desempenho de instituições democráticas contrariamente aos processos de concentração de poder. A separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político.

Segundo Lowenstein, o que se costuma designar como separação de poderes estatais é na realidade a distribuição de determinadas “funções” estatais a diferentes órgãos do Estado. A ideia de distribuição²⁰ de poder está essencialmente unida à teoria e prática da representação política, assim como a técnica governamental que se baseia nela.

Não é por mera coincidência que a autêntica separação de funções estatais e sua atribuição a detentores diversos do poder tivessem que esperar até que a técnica da representação política fosse inventada.

Lowenstein propõe uma nova tripartição de funções: “policy determination²¹”, “policy execution²²” e “policy control²³”. As duas primeiras coincidem, grosso modo, com as funções governamental e administrativa.

A originalidade está em identificar a existência dessa função de controle, em que acertadamente vê o ponto crucial do regime constitucional. Esse *controle* é indispensável para a manutenção da democracia e para a salvaguarda da própria liberdade individual. De fato, *não só deve ser fiscalizada a adequação das opções governamentais às opções populares, ou ao bem comum - controle político*, para o qual está particularmente indicado o parlamento -, *como também a aplicação dessas decisões aos casos particulares – controle formal*, para o qual é naturalmente indicado o *Judiciário*.

6. O Modelo Brasileiro de constitucionalidade

No Brasil, o modelo constitucional para a Suprema Corte, o STF – Supremo Tribunal Federal,

²⁰Necessidade funcional de distribuição de trabalho imanente a qualquer Estado organizado. “Separação” de poderes é um problema que pertence ao processo do poder ou à ordem do domínio.

²¹Decisão política conformadora ou fundamental. As resoluções da sociedade que são decisivas e determinantes no presente e frequentemente no futuro para a conformação da dita comunidade. Ex.: eleição do sistema político e a forma específica de governo.

²²A execução de uma decisão. Levar à prática dita decisão política. Frequentemente consiste na execução da legislação.

²³Controle político. A busca pelo meio mais eficaz para moderar e limitar o poder político, primeiro o governo e depois o de todos e de cada um dos detentores do poder. A distribuição de poder entre os detentores significa para cada um deles uma limitação e um controle através dos checks and balances.

diante do que dispõe o art. 102, § 3º da C.F.-88, na redação da Emenda Constitucional nº. 45, é mais próximo do modelo estadunidense do que o do modelo europeu, pois “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A edição da Emenda Regimental nº. 21, do Supremo Tribunal Federal (STF), veio para regulamentar o processamento do dispositivo da repercussão geral, que permite a rejeição de casos sem relevância social, econômica, política ou jurídica em Recursos Extraordinários, dessa forma, o Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral (art. 322 do RISTF). A *repercussão geral* será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 8) vislumbra que algumas ordens constitucionais vêm exercendo significativa influência sobre a nossa experiência jurídico-constitucional:

(...), verifica-se que a Lei Fundamental da Alemanha (art. 94, nº. 2), dispõe que uma Lei Federal versará sobre a organização do Tribunal Constitucional, assim como sobre o procedimento e a força vinculante de suas decisões. A Constituição da Itália, em seu art. 136, dispõe expressamente sobre o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao passo que o art. 137 remete os aspectos relativos à constituição e funcionamento da Corte Constitucional à legislação ordinária. A Constituição Portuguesa, por sua vez, no art. 281, nºs 1 e 3, prevê expressamente que as decisões proferidas em sede de controle abstrato (decisão declaratória de inconstitucionalidade ou de ilegalidade), possuem força obrigatória geral. Já no art. 282, nºs 1 a 4, a Constituição Portuguesa dispõe expressamente sobre a respeito da fixação do alcance dos efeitos das decisões. Também a Constituição Espanhola (art. 164), faz referência expressa e direta ao efeito vinculante das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional.

O Min. Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, em sua obra “Jurisdição constitucional” (2005, p. 47), aponta no mesmo sentido:

A Constituição de 1988 alterou de maneira radical essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

A Constituição Federal brasileira fortalece as decisões do STF ao acatar o instituto da súmula vinculante, implementada como fruto da reforma do Poder Judiciário. A força vinculante das decisões da Corte constitucional brasileira é amparada na sua própria gênese, ou seja, na Constituição Federal, prevendo seu art. 103-A que “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por decisão de 2/3 dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

A respeito do efeito vinculante como mecanismo de afirmação da jurisdição constitucional, o emérito doutrinador Roger Stiefelmann Leal (2006, p.192), pontua que:

A primazia da jurisdição constitucional em face dos demais poderes do Estado é realidade incontestável, não só no sistema político brasileiro, mas em vários países. (...) Tolerar a insubordinação dos demais poderes contra a interpretação constitucional firmada pelo guarda da Constituição, ainda que acompanhada de novas medidas que, outrora, não faziam parte das prerrogativas inerentes à jurisdição constitucional, é fazer ruir o sistema político estabelecido. Enquanto a jurisdição constitucional preponderar no arranjo político-institucional dos poderes, deve prevalecer o efeito vinculante. Os desafios residem, porém, na construção de instrumentos e instituições capazes de refrear a tendência expansionista da jurisdição constitucional sem ferir a autoridade da Constituição.

Veja-se que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Fernando G. Jayme (2000, pp. 121-122) espousa idêntico entendimento ao exposto na introdução desse trabalho, ou seja, que convivem no sistema constitu-

cional brasileiro traços dos Tribunais Constitucionais europeus e da Suprema Corte americana:

O Brasil adota o controle jurisdicional misto, em que os controles concentrado e difuso coexistem.

A demonstração cabal de que este sistema híbrido não funciona é a crise existente no Poder Judiciário brasileiro. O modelo norte-americano é incompatível com o nosso sistema jurídico e, por esta razão, não funciona a contento. Por outro lado, o controle concentrado também não é satisfatório. Como o controle difuso assoberba o Supremo Tribunal Federal, o julgamento das ações de constitucionalidade fica sacrificado, postergando o pronunciamento das questões jurídicas fundamentais, exatamente por envolverem litígios constitucionais.

Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2001, pp. 14-15), antes da C.F.-88, havia a preponderância do controle difuso e incidental de constitucionalidade, mas com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), hoje dominam os componentes de um controle abstrato e concentrado. Essas modificações legislativas trazem à tona a discussão “a respeito da criação de um Tribunal Constitucional com feições pelo menos próximas às que caracterizam - ainda que com importantes notas distintivas - de modo geral as Cortes Constitucionais européias” e prossegue:

(...) quanto maior a legitimação democrática da Corte Constitucional, maior também o respeito pela autoridade de suas decisões por parte dos demais órgãos estatais. Muito embora a legitimidade das decisões judiciais (também em sede de controle de constitucionalidade) não possa - nem deva - ser restringida a um problema de composição e recrutamento dos Juízes que integram a Corte Constitucional por meio de mecanismos democráticos, sob um prisma meramente organizacional e procedimental, não há como desconsiderar que tal aspecto constitui ingrediente importante e, por vezes, decisivo.

A alternância da predominância do controle concentrado no Brasil, a partir da introdução da ADC e da ADPF, não escapa às críticas do constitucionalista Paulo Bonavides (2006, pp. 535-545), que se estendem ao critério de escolha de integrantes do STF pelo Presidente da República:

A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo.

(...)

Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começaram de ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e, logo, transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco. Tudo o que Luis Nunes de Almeida²⁴, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, disse em sede teórica, com respeito à inconveniência daquela designação e nomeação, que afeta as garantias de independência do juiz, parece estar ocorrendo no sistema judiciário brasileiro, de forma altamente comprometedora da imparcialidade da magistratura constitucional.

A realidade constitucional brasileira, obviamente, retoma a discussão da função exercida pelo Tribunal Constitucional como legislador positivo e alimenta incessantes e empolgantes debates a respeito do limite de atuação de uma Corte Constitucional.

7. O Tribunal Constitucional em crise

²⁴ A proposta mais recorrente, contudo, vai no sentido de haver juízes do tribunal Constitucional designados pelo Presidente da República. Com a mesma tranquilidade com que, em 1982, contribuí para que tal possibilidade ficasse excluída, assim hoje reafirmo que não se deve conferir ao Presidente da República tal poder. [...] Na verdade, a questão essencial, a propósito do Tribunal Constitucional, não é a da sua composição, mas a das garantias de independência de seus juízes. Ora, entre essas garantias de independência, a mais importante consistirá, talvez, em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado. (Luis Nunes de Almeida, “Da Politização à Independência - algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional -, “in” Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, p. 251).

Em alguns aspectos, o Tribunal Constitucional pode ser provocador ou criador de novos focos de tensões, numa relação conflituosa entre jurisdição ordinária e constitucional. Por exemplo, o Tribunal Constitucional espanhol acaba por gerar desgastes das relações de poderes, quando é chamado a se manifestar sobre possíveis violações do princípio da igualdade pelo Tribunal Supremo, exigindo-se, desse último, coerência na adoção dos critérios interpretativos.

Deve-se atentar que a separação orgânica entre a jurisdição constitucional e a ordinária pode transformar uma divergência judicial interna num conflito de poderes: o que antes era uma divergência judicial ganha contornos de conflito de poderes.

No modelo de Tribunal Constitucional, o tensionamento com os demais poderes agravou-se, pois a decisão deixa de ser “intra partes” e sua participação é requerida quase que imediatamente a partir do momento da votação da lei ou sua publicação, ou seja, no calor dos fatos.

Existem outras críticas impingidas ao modelo de Corte Constitucional. Na Alemanha, Itália e Espanha, o Tribunal Constitucional é considerado uma “super corte de cassação” e a abrangência dos recursos constitucionais teria propiciado o seu uso transversal como 3º ou 4º grau de jurisdição.

Na Itália, a remessa de processos pelo juízo “a quo” faz como que o Tribunal Constitucional julgue cada vez mais causas cíveis, administrativas e penais.

Outro ponto que merece atenção é que os Juízes estão se dedicando a um controle de *microconstitucionalidade*: passou-se do controle de constitucionalidade para o controle de aplicação de leis, com desvio da função originária.

Devido ao número excessivo de recursos apresentados em número crescente a cada ano, foram criadas metodologias de “filtragem” e criou-se um novo problema, agora de acesso ao Tribunal Constitucional, pois a grande maioria das causas deixa de ser julgada na forma exigida para um julgamento constitucional para dar espaço à sua substituição por comissão de 3 juízes com formações específicas, mediante procedimento sumário. A conseqüência direta da previsão de um procedimento de julgamento sumário por comissão é a perda das vantagens do modelo de Tribunal Consti-

tucional e do acesso direto e indireto dos indivíduos às Cortes Constitucionais.

O americano Frederick Schauer, professor do curso de Direito da Universidade de Harvard, um dos grandes nomes do pensamento jurídico contemporâneo, com atuação nas áreas de Direito Constitucional, liberdade de expressão e filosofia das leis destacou a *importância do cumprimento das regras*. Para ele, as pessoas deveriam encarar as leis com maior seriedade e cumpri-las à risca, mesmo que isso causasse pequenas injustiças, pois no geral, acredita ele, o sistema funcionaria melhor.

Com isso, o emérito professor e jurista chama atenção para um problema de ordem jurídico-constitucional que se apresenta hodiernamente e mostra uma face da crise do modelo de controle de constitucionalidade americano (a crise não é apenas do modelo europeu): nos Estados Unidos, quando um juiz se defronta com um caso para julgar, normalmente ele encara as leis mais como uma sugestão do que como uma norma obrigatória.

Constata-se, claramente, que ambos os modelos de controle de constitucionalidade enfrentam críticas. De outra parte, embora a metodologia de filtragem constitucional seja uma reação do Tribunal Constitucional como forma de canalizar a onda crescente de recursos, a problemática de fazer com que as causas mais importantes sejam julgadas em prazos razoáveis e com as garantias necessárias fica relegada a segundo plano, o que é agravado pela tendência de “abertura maior” aos recursos para torná-los “mais democráticos”.

8. Conclusão

Os Tribunais Constitucionais exercem, atualmente, uma função mais ampla do que a meramente técnico-jurídica, pois guardam traços de exercício de função jurisdicional, política e legislativa, ora negativa, ora positiva. A mistura de funções diversas como a política e a técnica podem comprometer a equidistância dos fatos exigida do órgão constitucional para a manutenção da ordem jurídico-constitucional e ocasionar, indevidamente, um déficit democrático, pelo que é recomendável um prudente juízo de avaliação do verdadeiro papel de um Tribunal Constitucional, fundamental na guarda da Constituição e na pacificação dos conflitos institucionais e entre os poderes.

A verdadeira posição desempenhada pelo Tribunal Constitucional na estrutura dos poderes é de preservação da ordem jurídica, propagando o imperativo da ordem constitucional, devendo, pois, a Corte Constitucional assumir uma posição de imparcialidade, no controle de constitucionalidade das leis, afastada dos interesses e arranjos políticos que ditam regras, procedimentos e condutas às vezes incompatíveis com a boa ordem jurídica, comprometedora da imparcialidade.

A livre interpretação de normas constitucionais é o objetivo primordial de interesse público desempenhado pela Corte Constitucional que, embora tenha legitimidade para o exercício de função política, derivada do modo de escolha de seus membros, tem esse exercício restrito à preservação da sociedade e promoção do bem comum, nos exatos termos postos pela Carta Magna.

Referências Bibliográficas

ALVA ORLANDINI, Javier. *Comentarios al artículo 201º de la Constitución*. En: La Constitución Comentada, Tomo II. Gaceta Jurídica: Lima, 2005.

ARAÚJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso e la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1994.

BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIELSA, Rafael e GRAÑA, Eduardo. *Justicia y Estado – a proposito del Consejo de la Magistratura*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BLACK JR., Charles L. *The people and the court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillan Company, 1960.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil), “In” Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello / Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (organizadores); Adilson Abreu Dallari ... et al. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993.

CIFUENTES, Javier Vecina. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 1993.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLOMER VIADEL, Antonio. *Constitución, Estado y democracia en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Nomos, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DROMI, Roberto. *El poder judicial*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.

_____. *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, Madrid: Civitas, 2003.

ESTEBAN Jorge de e TREVIANO Gonzáles. *Curso de Direito Constitucional Espanhol*, Tomo III. Madrid: Complutense, 1994.

ESTEVES, Maria da Assunção A. *Estudos de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. México: Fundap - Colección Derecho, Administración y Política, 2002.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001. Buenos Aires: Konrad Adenauer-Stiftung, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del Derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad, “*La interpretación constitucional*”. In: Escritos de derecho constitucional, 1983.

JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Lagaranzia giurisdizionale della Costituzione*. (La giustizia costituzionale) in La giustizia costituzionale. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 145-206.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. *A Constituição como princípio - os limites da jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LIMA, Carlos Eduardo de Aratijo. *Permanência e Mutabilidade em Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Ariel, 1970, pp. 54-72.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Daniel Calhman de. *Uma perspectiva da jurisdição constitucional: Democracy and Distrust*, in Arq. Minist. Just., Brasília, 49 (187): 167-182, jan/jul, 1996.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.
- PIMENTA, Marcelo Vicente de. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. *Introducción al derecho constitucional comparado – las “formas de Estado” y las “formas de gobierno.”* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- SAMPAIO, Jose Adercio Leite. *A Constituição Reiventada Pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, “in” Doxa, n.º. 23.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos “in”* Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. 1 n.º. 3, junho de 2001.
- SCHMITT, Carl. Org. Moreira, Luiz, Trad. Carvalho, Geraldo de. *O guardião da Constituição*, coleção Del Rey Internacional – 9. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. *Jurisdição constitucional procedimentalista “in”* Revista de Doutrina da 4ª Região, edição 5, publicado em 8.03.2005. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao005/carlos_silva.htm. Acesso em: 20.06.2007.
- SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, pp. 129-140.
- STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional - Col. Direito, Política e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*. “In” Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 43 n. 171 jul./set. 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América – leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. Coleção Paideia. 2. ed. Vols. I e II. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- VELLOSO, Carlos Mário: *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, n.º. 12, mar. 2002.

Comentários aos parágrafos do novo art. 475-J do Código de Processo Civil

Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues*

1 Considerações preliminares

Com o objetivo de propiciar uma prestação jurisdicional consideravelmente mais efetiva, foram editados alguns atos legislativos entre outubro de 2005 e dezembro de 2006, dentre os quais sobrelevamos a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, em vigor desde 23 de junho de 2006, mormente o art. 475-J por ela instituído, coração da reforma.

Sem pretensão de esgotamento, a finalidade do presente trabalho é a concatenação de comentários, assim como a exposição de controvérsias e soluções acerca das alterações legislativas promovidas pela lei supramencionada, em especial pela instituição de uma etapa complementar ao processo de conhecimento (arts. 475-I a 475-R), de concretização do direito, em substituição ao anacrônico processo autônomo de execução.

Após esta introdução, averiguamos os parágrafos do art. 475-J, alma do novo Capítulo X do Título VIII do Livro I do Código de Processo Civil Brasileiro (Do cumprimento da sentença – arts. 475-I a 475-R).

Por uma questão de didática, de início debatemos o § 2º, com questionamentos e ponderações sobre o significado de: exigência de conhecimentos especializados para a efetivação da avaliação, nomeação do avaliador “de imediato”, “breve prazo” para a entrega do laudo.

Então, altercamos temas ligados ao § 1º, tais como a intimação da penhora e da avaliação e a impugnação no prazo de 15 dias.

Depois, tratamos de assuntos respeitantes aos §§ 3º a 5º, a exemplo da indicação, pelo exequente, dos bens a serem penhorados, do pagamento parcial e sua relação com o *quantum* da multa fixada, do não requerimento da execução no interregno de seis meses, do arquivamento dos autos e de seu desarquivamento a pedido da parte.

Entendemos não poder ser levada adiante a aprovação de projetos existentes no Congresso Nacional e tendentes a restringir o pleno acesso à justiça – mesmo a pretexto de conferir maior celeridade ao processo, a exemplo do Projeto de Lei nº 4.733/2004, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados –, princípio consagrado constitucionalmente como cláusula pétrea. Tal fato levaria ao necessário reconhecimento de inconstitucionalidade da norma, tanto pelo controle difuso quanto pela via concentrada.

Em suma, a finalidade das alterações efetuadas pela Lei nº 11.232/05, principalmente pelo art. 475-J do CPC, é a busca incessante pela efetividade da prestação jurisdicional, princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, em consonância com o modelo constitucional de processo.

2 Necessidade de conhecimentos especializados para a efetivação da avaliação

Com um propósito didático, analisaremos os aspectos concorrentes ao § 2º do art. 475-J de forma precedente às considerações a respeito do § 1º do mesmo preceito legal.

Após a vigência da Lei nº 11.232/05, a avaliação dos bens penhorados passou a ser tarefa do oficial de justiça. Porém, quando ela se encontrar na dependência de conhecimentos especializados, ele se quedará impossibilitado de fazê-la. Neste caso, de imediato, o juiz nomeará avaliador, estipulando-lhe breve prazo para a entrega do laudo, nos termos do art. 475-J, § 2º, do CPC.

* Advogado da União. Concluinte do Curso Preparatório da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Já exerceu a advocacia privada. Ex-Assessor de Desembargador do TJPE. Ex-Procurador do Estado de Roraima.

A mesma providência não deverá ser tomada onde o oficial de justiça, por força das leis de organização judiciária, não seja habilitado a realizar avaliações (o que dificilmente acontece, já que nos dias de hoje – pelo menos na maioria dos lugares do Brasil – o auxiliar da justiça de que se trata é aprovado em concurso para o cargo de *oficial de justiça avaliador*). Isto porque onde a lei local não o fez, a lei federal agora faz com que o oficial de justiça passe a ser, também, avaliador (Freitas Câmara, 2007, p. 120, grifo do autor).

O reconhecimento de insuficiência da instrução necessária à avaliação é ato de responsabilidade do oficial de justiça. Todavia, nada impede que o próprio magistrado reconheça a indispensabilidade de maior perícia para solução da análise a ser efetivada, e, assim, proceda à nomeação de avaliador.

A expressão “de imediato” (art. 475-J, § 1º), referente à premência da nomeação de avaliador, deverá ser contada a partir do momento em que se reconhece a necessidade de conhecimentos exorbitantes da alçada do oficial de justiça, seja por ato deste, seja por determinação judicial. Outrossim, terá de ser entendida como “o mais rápido possível”, o que somente poderá ser apurado na prática.

Quanto à locução “breve prazo” (art. 475-J, § 1º), atinente ao tempo concedido pelo juiz ao avaliador para a entrega do laudo, somente o cotidiano dos foros nacionais atestará o seu real significado, indicando o que pode ser razoavelmente considerado como breve interregno em cada caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, de acordo com diversos fatores, a exemplo da espécie de avaliação a ser concretizada.

3 Intimação da penhora e da avaliação

Dispõe o § 1º do art. 475-J do CPC: “Do auto de penhora e de avaliação, será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”.

Nos dizeres de Ernane Fidélis dos Santos (2006, p. 61), “se o oficial de justiça penhora e avalia, lavra-se único auto; se a avaliação for de outro, nada impede que se acresça ao auto o laudo de avaliação, desde que contenha a assinatura de ambos os participantes.

Normalmente, porém, as peças serão separadas, com as respectivas intimações realizadas apenas quando ambas estiverem nos autos”.

Conforme colacionado acima, o devedor é intimado da penhora e da avaliação na pessoa de seu advogado (mediante publicação no diário oficial). Em caso de inexistência deste – procurador do executado, designado com precedência pelo comando legal –, o que pode acontecer, por exemplo, na hipótese de o processo haver transcorrido à revelia, haverá a intimação do executado ou de seu representante legal (por correio ou por mandado).

O fator que determina quem vai ser intimado em nome do inadimplente deve ser apurado no instante do proferimento da sentença. Na ocasião, se o devedor possuía advogado constituído nos autos do processo, a este se encaminha, se dirige a intimação, mesmo que ele tenha sido deposto ou renunciado à outorga em momento posterior ao encerramento da etapa cognitiva no processo de conhecimento.

A finalidade dessa comunicação é a ciência dos atos executivos praticados e a abertura do prazo de 15 (quinze) dias para impugnação. “Não há, de acordo com a lei, *preferência* pela intimação pelo oficial (por mandado) ou pelo correio. A agilidade entre uma ou outra *forma* de intimação é que deve guiar a atividade jurisdicional. Haverá comarcas ou seções judiciárias em que a intimação pelo correio é mais rápida enquanto que em outras a expedição do mandado o será” (Scarpinella Bueno, 2006, p. 95/96, grifos do autor).

Importante ressaltarmos o fato de a intimação da penhora e da avaliação ser efetivada “de imediato”, isto é, independentemente de qualquer despacho do magistrado competente. Se a penhora recair em bens imóveis, também deverá ocorrer a intimação do cônjuge do executado, conforme mandamento do art. 669, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Conquanto haja omissão legislativa, na hipótese de inviabilidade de intimação do advogado, do devedor e de seu representante legal, ela se realizará por edital, desde que presentes seus pressupostos de publicação.

4 Impugnação no prazo de 15 dias

Preambularmente, devemos frisar o fato de o atual estudo ter por objeto a apreciação dos parágrafos do

art. 475-J do CPC. O exame da impugnação abrange observações acerca, essencialmente, do art. 475-J, § 1º, e dos arts. 475-L e 475-M. A avaliação pormenorizada destes dois últimos dispositivos desviaria o foco da pesquisa em apreço, razão pela qual comentaremos tão somente os aspectos desta espécie de oposição correlacionados àquele primeiro dispositivo legal (art. 475-J, § 1º).

Em qualquer ordenamento jurídico, faz-se necessária a implementação de meios de defesa para o executado se proteger em caso de ser desenvolvida execução de forma injusta. Não obstante a inegável força do título executivo, ele não tem o condão de deixar o suposto devedor em absoluto desarrimo.

Este dispõe de mecanismos de resistência, dentre os quais se destacam, no Brasil, o mandado de segurança, a ação anulatória do ato declarativo da dívida, a repetição de indébito, a consignação em pagamento (todos estes cabíveis somente nas hipóteses de execução fiscal), a exceção de pré-executividade e a impugnação.

Pode-se agrupar a defesa do executado em dois grupos: defesa própria e defesa imprópria, que têm como critério a existência ou não de regramento específico para cada forma de defesa. O grupo da defesa própria é composto pelos embargos à execução, nas suas diversas modalidades, que pode ser identificada como *defesa incidental*, e pela impugnação ao cumprimento de sentença, forma de *defesa endoprocessual*. O grupo da defesa imprópria é constituído pela exceção de pré-executividade, também *defesa endoprocessual* e pelas ações autônomas e prejudiciais à execução ou *defesa heterotópica* (GILBERT MARTINS, 2005, p.112, grifos do autor).

A exceção de pré-executividade – ou objeção ou arguição de não-executividade –, nos primórdios de sua existência no sistema brasileiro, tinha a sua admissibilidade restrita às matérias passíveis de serem decididas de ofício pelo magistrado (questões de ordem pública). Em etapa posterior, este remédio passou a ser igualmente cabível nas chamadas objeções substantivas. “O fim que lhe inspirou a criação lenta e sofrida é claro e responde pelo aumento da área de uso. A exceção de pré-executividade preenche o espaço anterior e posterior à época oportuna para o ajuizamento dos embargos ou da novel impugnação” (ARAKEN DE ASSIS, 2006, p. 300).

A impugnação – antes chamada de embargos, que hoje são aplicados, de regra, apenas aos títulos executivos extrajudiciais – tem como requisito legal a penhora (art. 737, I, c/c art. 475-R). Não admite a re-discussão da sentença anteriormente prolatada. Deve ser proposta por simples petição, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 475-J, § 1º, sempre com observância às regras do art. 184.

Em caso de intimação do advogado do devedor, realizada por intermédio do diário oficial, este interstício é contado a partir da data da publicação no referido órgão (art. 240, *caput*). Na hipótese de intimação pessoal do executado ou de seu representante legal, concretizada pela via postal ou por oficial de justiça, o intervalo se inicia, respectivamente, com a juntada aos autos do aviso de recebimento (art. 241, I) ou do mandado cumprido (art. 241, II). Já quando a intimação se dá por edital, o prazo é inaugurado com o fim da dilação subscrita pelo magistrado (art. 241, V).

Pode acontecer de o advogado do devedor renunciar ao mandato durante o prazo para oferecimento da impugnação. Até porque ele pretende cobrar novos honorários de seu constituinte, em função das atividades que se seguirão sob o manto da “fase de cumprimento da sentença”, e seu (ex-) cliente, tendo lido no jornal que o “processo de execução” acabou, não pretende remunerá-lo condignamente. Nestes casos, observar-se-á o que dispõe o próprio Código de Processo Civil. Em seu art. 45, na redação que lhe deu a Lei n. 8.952/1994, prevê que o advogado continua, no caso de renúncia ao mandato, responsável pelos atos do processo por 10 dias contados da intimação da renúncia ao seu antigo constituinte, a qual deverá comprovar para o juízo, “desde que necessário para lhe evitar prejuízo”. Postas as coisas desta forma, é muito provável que o advogado que decida pela renúncia do mandato, tenha, ainda, de apresentar a impugnação, sob pena de ser responsabilizado profissionalmente. A mesma diretriz é dada pelo art. 5º, § 3º, da Lei n. 8.906/1994, o Estatuto da Advocacia (SCARPINELLA BUENO, 2006, p. 98).

No entanto, pode ocorrer de os dez dias posteriores à renúncia se encerrarem antes do décimo quinto dia permitido para a propositura da impugnação. Nestes casos, prossegue Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 98) em valorosa síntese: “[...] será mister verificar se o devedor nomeou, ou não, um novo advogado. Em caso positivo, o prazo flui normalmente; em caso negativo, aplica-se, à espécie, o disposto no art. 265, I, e § 2º. Uti-

lização deste expediente para fins protelatórios deve ser severamente repudiado e exemplarmente punido, o que pode se dar com base no art. 17, IV, V, ou VI, e, de forma mais específica para a hipótese em destaque, art. 600, II”.

Especificamente a respeito do prazo de 15 (quinze) dias, convém realçarmos que se constitui em estipulação normalmente sem eficácia, porquanto as matérias tratadas no art. 475-L dizem respeito, em regra, a pressupostos processuais e a condições cumulativas do exercício eficaz do direito de ação, podendo, assim, ser argüidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive *ex officio* pelo magistrado. As exceções se encontram no inciso III, quando será possível a eventual ocorrência da preclusão após o decurso do tempo acima fixado para a propositura da impugnação.

Com censura ao legislador da reforma no tocante ao momento procedimental legalmente previsto para o ajuizamento desta espécie de oposição, têm-se as críticas e oportunas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 147): “[...]. Segundo pensamos, não andou bem o legislador, neste ponto da reforma. Melhor teria sido impor a apresentação de impugnação logo no início da execução, a fim de, com isso, antecipar a discussão sobre as matérias referidas no art. 475-L do CPC. [...]. Nada impede, assim, que tais questões sejam suscitadas pelo executado antes da penhora”.

4.1 Conceito e natureza jurídica da impugnação

A impugnação prevista no art. 475-J, § 1º, do CPC é a defesa incidental, por vezes hábil a suspender a execução (art. 475-M, *caput*), do suposto devedor em face da etapa de cumprimento da sentença.

Em relação à natureza jurídica, sempre foi pacífico na doutrina o entendimento segundo o qual os embargos do devedor consistem em ação de conhecimento autônoma e incidente à ação executiva.

Já a chamada impugnação, entretanto, representa *mero incidente processual cognitivo dentro da execução, em forma de defesa*.

Não se constitui em ação autônoma, e sim em mero incidente processual, por todas as características já analisadas na pesquisa em tela, em especial devido à inexistência de petição inicial e à não formação de pro-

cesso autônomo de execução, o que se dava – e ainda se dá em determinadas hipóteses, como a de títulos extrajudiciais – com os embargos do devedor. Contudo, em função da autoridade do qual emana, convém citarmos o entendimento doutrinariamente minoritário de Araken de Assis (2006, p. 314), para quem “a impugnação, analogamente aos embargos, e a despeito do último tramitar sempre de modo autônomo, representa uma *ação* de oposição à execução” (grifo nosso).

É cognitiva porque tem por escopo o *reconhecimento* de uma das situações previstas no art. 475-L, e não o *resguardo* ou a *concretização* de eventual direito.

Diz-se que ocorre na execução porque esta, atualmente, é a própria fase de cumprimento da sentença – momento adequado para o oferecimento da impugnação –, nos casos de títulos executivos judiciais.

Trata-se de modo defensivo, por visar apenas a evitar as conseqüências prejudiciais – para o executado – advindas da sentença proferida.

4.2 Breve diferenciação entre os fundamentos da atual impugnação (art. 475-L) e dos antigos embargos (redação original do art. 741)

A impugnação se encontrava regulada no art. 741 do CPC – ainda com o nome de embargos –, alterado pela Lei nº 11.232/05 e atualmente adequado apenas aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. Agora, seus fundamentos se localizam no novo art. 475-L do diploma processual civil. Todas as matérias aí tratadas podem dar azo à propositura desta modalidade de oposição.

Pelo fato de o título executivo judicial haver se formado em uma precedente demanda de cognição exauriente, onde restou provado o direito alegado, atestam-se inúmeras restrições ao conteúdo passível de argüição tanto na atual impugnação quanto nos antigos embargos à execução fundada em título judicial.

Devido a isso, “[...] só poderão ser admitidas na impugnação alegações referentes a matérias supervenientes à formação do título (como, por exemplo, o pagamento superveniente à sentença). Exceção a essa regra é, apenas, a hipótese prevista no art. 475-L, I, que permite a alegação de matéria anterior à sentença (mas que diz respeito a vício insanável até mesmo pelo trân-

sito em julgado da sentença de mérito)” (FREITAS CÂMARA, 2007, p. 132).

Basicamente, a distinção entre o art. 475-L e o antigo art. 741 reside no aparecimento do novo inciso III, referente à penhora incorreta e à avaliação errônea, e na supressão dos antigos incisos IV, V, parte final, e VII.

O velho n. IV do art. 741, respeitante à “cumulação indevida de execuções”, não foi reproduzido intencionalmente, deixando implícita, doravante, a impossibilidade de reunião de títulos de natureza diversa na execução contra o mesmo devedor, exceto em caso de execução contra a Fazenda Pública, em virtude do novo art. 741, IV, do CPC, que prevê embargos fundamentados no mencionado acúmulo indevido.

Também não consta da redação do novo art. 475-L a antiga parte final do inciso V do art. 741, ensejadora da oposição do devedor em caso de nulidade da execução até a penhora. Por sua vez, as hipóteses de nulidade dos atos executivos praticados até a realização da penhora estão no art. 618.

Uma interpretação equivocada poderia levar à conclusão de não ser mais admissível a alegação, na petição de impugnação, de nulidade das matérias contidas neste preceito legal.

Porém, devido à sua própria natureza, os assuntos ali tratados podem ser reconhecidos até mesmo de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, não havendo, portanto, óbice à argumentação de nulidade da execução com base nas matérias do art. 618 por ocasião da propositura da impugnação.

Quanto às exceções do primitivo inciso VII do art. 741, oportuno o ensinamento abaixo:

Se o réu não argüir a *incompetência relativa* no prazo deferido para a contestação, prorrogada estará a competência do juiz e não mais poderá ser oposto este seu defeito de legitimação (art. 114). [...] No tocante ao *impedimento*, é adequada a afirmativa do Código de que ele poderá ser oposto em qualquer tempo ou grau de jurisdição; mas é falso o enunciado de que a parte só poderá fazê-lo no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou o impedimento. [...] Quanto à *suspeição*, ela só pode ser argüida no prazo de 15 dias a contar do fato que a ocasionou. Se este fato ocorreu antes ou depois da contestação, na primeira ou na segunda instância, ou mesmo na instância extraordinária, pouco importa. Se o direito de afastar o juiz incompe-

tente somente surge com a ciência, pela parte, da causa de suspeição, só a partir desse momento se pode cogitar de preclusão. Este o sentido do texto” (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 294/295, grifos nossos).

Pelo exposto, não se há de falar em qualquer mudança de ordem prática em decorrência da não transposição dos antigos incisos IV, V, parte final, e VII do art. 741 para o novo art. 475-L, ambos do Código de Processo Civil. A verdadeira alteração, a nosso ver, pode ser constatada pela inclusão do inciso III neste último dispositivo. Com esta ressalva – em nossa opinião –, “[...] a reforma, no que tange à sistemática da oposição do executado contra a execução injusta ou ilegal, se cingiu à troca do nome tradicional (embargos) pelo novo epíteto “impugnação”. Na verdade, as características atribuídas no próprio art. 475-L à impugnação não oferecem os contornos mínimos de uma nova e imprecisa figura” (ARAKEN DE ASSIS, 2006, p. 303).

4.3 Prolongamento da execução após a impugnação e defesa de segunda fase

Quando o executado não apresentar impugnação ou quando a decisão nesta pronunciada for conciliável com a continuidade do processo, a execução terá seguimento. Devido à falta de previsão da Lei nº 11.232/05 a respeito do procedimento ulterior, adotar-se-á o art. 475-R do CPC, disposto da seguinte maneira: “Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial”.

Desse modo, no momento subsequente, em hasta pública será consumada a arrematação (arts. 686 a 707 do CPC) dos bens penhorados e avaliados. Depois desta etapa, será realizado o pagamento ao credor (arts. 708 a 729 do CPC). Após isso, haverá a extinção do processo, com fundamento no art. 794, I, do CPC.

Pode ocorrer de o devedor, para usar a nova terminologia, *impugnar* a arrematação ou a adjudicação dos bens, o que será objeto da chamada defesa de segunda fase, novamente com a aplicação do art. 475-R do CPC em virtude de omissão da Lei nº 11.232/05. No entanto, ter-se-á de utilizar também as exegeses sistemática e teleológica para a solução das questões acerca da terminologia, procedimento e efeitos relativos à parte final do título deste ponto.

Em outras palavras, devem ser infligidas as disposições concernentes à impugnação já apreciada, no que for razoavelmente factível. Depois, serão cominadas as regras relativas aos embargos à arrematação e à adjudicação, “no que couber”, consoante preceito do aludido art. 475-R.

Assim, a terminologia a ser empregada pode ser perfeitamente “impugnação à arrematação e à adjudicação”. A segunda parte por analogia ao art. 746 do CPC e a primeira tanto para aproveitar a recente nomenclatura legal quanto para adequá-la à nova realidade do processo, onde se tem um incidente e não mais uma ação autónoma como defesa do executado. Este simples fato já é suficiente para tornar inconcebível a acolhida da locução “embargos” à presente hipótese.

Outrossim, a *impugnação à arrematação e à adjudicação* deve ser recebida, em regra, no efeito meramente devolutivo, por analogia ao art. 475-M (interpretação sistemática) e por representar melhor os fins almejados pela nova execução implementada pela Lei nº 11.232/05 (hermenêutica teleológica), qual seja, a celeridade, a efetividade, a economia, dentre outros.

Por outro lado, quanto ao conteúdo a justificar o ajuizamento desta defesa, impõe-se o art. 475-R e, por conseguinte, o art. 746, haja vista a identidade de objetivos entre esta nova medida e os embargos à arrematação e à adjudicação. Portanto, a impugnação de segunda fase pode ser fundamentada “em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição [...]” – rol exemplificativo, inobstante a redação legal.

Araken de Assis (2006, p. 312), de forma genérica, concebe duas alternativas a serem perfilhadas pelo operador do direito. Embora não concordemos com a segunda opção por uma questão de interpretação sistemática e sobretudo teleológica – tendo em vista a finalidade da impugnação à arrematação e à adjudicação –, cumpre-nos a referência: “[...] ou se aplicará o art. 746, subsidiariamente, adaptando-se o art. 475-L às matérias nele explicitadas e ao respectivo regime (prazo, efeito suspensivo, dedução incidental); ou se admitirá o cabimento da exceção de pré-executividade [...]. Do ponto de vista dos que antipatizam com a exceção de pré-executividade, senão a rejeitam firmemente, parecerá preferível o primeiro e ortodoxo remédio”.

5 Indicação, pelo exequente, dos bens a serem penhorados

Estabelece o § 3º do art. 475-J do CPC, instituído pela Lei nº 11.232/05: “O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados”.

Com o advento desse novo instrumento legislativo, portanto, o executado deixou de ter o direito de oferecer bens à penhora antes da indicação do exequente (com a exceção, claro, da execução de título extrajudicial). Trata-se de sistema semelhante ao acolhido pelo Código de Processo Civil Português, em seu art. 812º-B.

Esta alteração legal, entretanto, não retira do demandado a prerrogativa de protestar contra a designação consumada pelo demandante e de reclamar a troca do bem penhorado, quando o magistrado decidirá em atenção ao interesse deste (credor), mas do modo menos oneroso para aquele (devedor), conforme diretrizes dos arts. 612 e 620 c/c art. 475-R, todos do CPC. Em outras palavras, o juiz concederá a substituição quando esta também for suscetível de assegurar a satisfação do exequente, mas com menos sacrifício para o executado.

Caso o credor não declare os bens do devedor sobre os quais ele quer ver a penhora recair – porque não sabe que bens são estes ou porque os que ele conhece não foram localizados, independentemente do motivo – caberá ao oficial de justiça penhorar o que encontrar (diretriz do art. 659, *caput*, aplicável à espécie) ou, na ausência de bens localizáveis ou diante das situações de impenhorabilidade dos arts. 649 e 650, todos ainda vigorantes, só restará ao credor “encontrar” de outra forma bens penhoráveis do devedor. E a melhor forma para tanto é pelo envio de ofícios à receita federal ou, até mesmo, pela chamada “penhora *on line*” (Scarpinella Bueno, 2006, p. 88).

Sabemos que, apesar das melhoras processuais resultantes da Lei nº 11.232/2005, singularmente do art. 475-J do Código de Processo Civil Brasileiro, a etapa executiva ainda se encontrará afastada dos almejados índices de satisfatividade e celeridade em nosso país – pois não podemos esperar milagres –, essencialmente por motivos estruturais, políticos, financeiros, sociais e até mesmo culturais. Para Araken de Assis (2006, p. 269),

[...] infelizmente, o direito pátrio omitiu incidente propício à solução de um dos gargalos da execução que é a localização de tais bens. Confiou na investigação preliminar do exequente, motivo por que lhe assegurou o direito de indicar bens no requerimento executivo (art. 475-J, § 3º), no tirocínio do oficial de justiça, cujas habilidades profissionais jamais devem ser desprezadas, e na colaboração eventual do executado. A este toca, em conformidade ao art. 600, IV, o ônus de indicar ao juiz “onde se encontram os bens sujeitos à execução”, sob pena de suportar multa de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito (art. 601, *caput*). É evidente que escamoteação bem sucedida deixa livre o executado burlão por petição de princípio (inexistência de bens penhoráveis).

O requerimento a que se refere o dispositivo em apreço - art. 475-J, § 3º - é aquele proposto pelo credor após o decurso do prazo de 15 dias para pagamento voluntário pelo devedor. Deve ser elaborado da forma mais completa possível, de maneira a abreviar ao máximo a identificação de bens do patrimônio do requerido passíveis de penhora.

6 Pagamento parcial e montante de incidência da multa

Preconiza o § 4º do art. 475-J do CPC: “Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante”.

O prazo aludido no *caput* é o de 15 (quinze) dias para adimplemento voluntário por parte do executado. Dessa forma, se a dívida atinge a quantia de R\$ 10.000,00 e o devedor paga somente R\$ 5.000,00 dentro do lapso temporal mencionado (quinze dias), a multa será de R\$ 500,00 (10% sobre o valor remanescente, não solvido) e não de R\$ 1.000,00 (equivalente a 10% do total, aplicável caso nada houvesse sido pago).

Nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 145/146), “a multa, de todo modo, não existe autonomamente, em relação à obrigação imposta pela sentença. Assim, caso seja provida a apelação interposta pelo réu, e o pedido seja julgado improcedente, a multa será incabível. [...] Semelhantemente, a reforma total ou parcial da sentença condenatória importará a respectiva alteração do valor da multa”.

O montante de 10% (dez por cento) recai sobre o débito não quitado, seja por vontade do devedor, seja por equívoco a ele atribuído.

7 O arquivamento e o desarquivamento dos autos do processo

Regra interessante se encontra no art. 475-J, § 5º, redigido da seguinte forma: “Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte”.

Assim, o arquivamento advém do decurso do tempo acima referido sem a manifestação do credor no sentido de ser iniciada a fase de cumprimento da sentença, em virtude de ser necessário o requerimento deste para poderem ser praticados os atos executivos.

Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 145) e Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 118) defendem o cômputo do prazo de seis meses a partir da existência de sentença exequível, ou seja, desde o trânsito em julgado. Entretanto, reputamos ser mais sensata a contagem dessa dilação a começar do primeiro dia útil subsequente ao 15º (décimo quinto) dia permitido pela lei para adimplemento da dívida sem a incidência da multa de 10% (dez por cento), haja vista a impossibilidade de cometimento, pelo demandante, de qualquer ato tendente a encetar a execução em momento anterior.

Já o desarquivamento não se encontra na dependência de qualquer transcurso temporal. Pode ser solicitado tanto pelo exequente quanto pelo executado, até mesmo porque a norma legal se refere a “pedido da parte”, sem qualquer especificação restritiva.

[...]. Não se aplica, à hipótese, o disposto no art. 267, II e III. Não tem sentido, a bem da verdade, que se apliquem, à situação aqui descrita, as regras daqueles dispositivos porque, na hipótese, já há sentença. A “inércia” do credor se dá com a busca de sua *satisfação* (da realização concreta do direito reconhecido no título) e, por isto, não tem sentido falar-se, nesta sede, de uma extinção do processo “sem julgamento de mérito”. Até porque haverá outros vários fatores que poderão levar à dificuldade do credor em promover os atos executivos, a mais comum e provável delas, é a não localização de bens pelo credor ou pelo oficial de

justiça ou, simplesmente, a sua inexistência (SCARPINELLA BUENO, 2006, p. 101/102).

8 Considerações finais

O intuito do artigo em tela foi externar observações concernentes, especialmente, ao art. 475-J do Código de Processo Civil, integrante da recentemente criada etapa de cumprimento da sentença, instaurada no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 11.232/2005.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, não obstante sua rebuscada e admirável técnica, adotava a separação clássica entre processo de conhecimento e processo de execução, que se revelava cada vez mais maléfica à celeridade e à eficiência.

Referida divisão ofendia o devido processo legal. Ademais, ocasionava um longo e desnecessário interstício entre a cognição e a execução, além de numerosos prazos legalmente estabelecidos dentro desta fase, de concretização do comando judicial, com incontestáveis danos para o credor e para a economia processual.

Com a vigência da Lei nº 11.232/05, adveio a junção dos processos de conhecimento e de execução. A partir de então, passou a haver uma etapa inicial (de reconhecimento) e uma etapa ulterior (de realização do direito). Agora, o processo de conhecimento consiste de seis fases: postulatória, ordinatória, instrutória, decisória, de liquidação e de cumprimento da sentença.

Após a intimação do executado referente à penhora e à avaliação, poderá ser efetivada a impugnação mediante simples petição. O art. 475-J, § 1º, do CPC fixa o prazo de 15 (quinze) dias, mas se trata de previsão inútil porque as matérias ensejadoras desta espécie de oposição são de ordem pública, argüíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição.

A impugnação é uma defesa incidental, normalmente inapta a suspender a etapa de cumprimento da sentença, ao contrário dos embargos à execução. Consideramos que possui natureza jurídica de mero incidente processual cognitivo dentro da execução, em forma de defesa.

Quando a decisão da impugnação não impedir o prosseguimento da fase de concretização do direito, ou quando ela não for apresentada, dar-se-á a arrematação dos bens penhorados e avaliados, após o que haverá o

pagamento ao credor. Depois disso, será extinto o processo, com fulcro no art. 794, I, do CPC.

Eventualmente, poderá ocorrer a chamada defesa de segunda fase, por intermédio de impugnação da arrematação ou da adjudicação dos bens. Na medida do possível, a disciplina a ela aplicável será aquela respeitante à impugnação supra-examinada.

Mencionamos o fato de o executado não ter mais o direito de oferecer bens à penhora antes do exequente, que poderá indicá-los já no seu requerimento. Também é importante salientarmos que, havendo pagamento parcial no prazo de 15 (quinze) dias, a multa incidirá sobre o restante, sobre a parcela não quitada, seja por vontade do devedor, seja por engano a ele imputado.

Se a execução não for requerida em seis meses, o magistrado determinará o arquivamento dos autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte. Não obstante respeitabilíssimas opiniões em sentido contrário, segundo nos parece, a contagem desse prazo deverá ser iniciada no primeiro dia útil após o 15º (décimo quinto) dia definido pela lei para pagamento do valor devido sem a incidência da multa de 10% (dez por cento), porquanto o credor não pode praticar qualquer conduta apta a abrir a execução em momento anterior.

Como objetivos salutares a serem atingidos em função da remodelagem decorrente da inserção do art. 475-J no CPC, podemos apontar a adequação ao modelo constitucional do processo, bem como o progresso da eficácia, da celeridade, da economia processual, da efetividade e da justiça, dentre outros.

Apenas o dia-a-dia forense poderá atestar a intensidade da melhora quanto às finalidades acima aludidas, com a análise dos resultados práticos a serem alcançados.

Referências Bibliográficas

ARAKEN DE ASSIS. *Cumprimento da sentença*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil, vol. III*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006).

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *A nova execução de sentença*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GILBERT MARTINS, Sandro. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil, vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006.

Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. Revista de Processo, v. 31, ano 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da sentença: comentários à nova execução da sentença e outras alterações introduzidas no código de processo civil (Lei nº 11.232/05)*. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. *Cumprimento da sentença civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. *Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar*. Revista de Processo, v. 123, ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil, vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. 1 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

O sistema reserva de vagas por cota racial nas universidades públicas brasileiras

Arthur Pinheiro Chaves*

1 – Introdução e aspectos históricos:

Tramita no Congresso Nacional, entre outros, Projeto de Lei nº 3.627/2004, encaminhado pelo Poder Executivo Federal, cuja ementa é a que segue: “Institui Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências”. A utilização do sistema de reserva de cotas de vagas, mormente o baseado em critério racial, para acesso às universidades públicas brasileiras, tem sido objeto de muita controvérsia entre os agentes envolvidos, inclusive no âmbito judicial.

Referido sistema se insere em um conjunto de ações denominadas de afirmativas, de políticas compensatórias ou de ações de discriminação positiva, visando reparar danos causados a grupos vítimas de algum tipo de discriminação, de forma a reduzir diferenças existentes entre aqueles e os demais membros do corpo social.

Tais ações afirmativas aparecem num contexto histórico específico nos Estados Unidos, após a aprovação do Ato de Direitos Civis, em 1964, pelo Congresso daquele país, e a assinatura da Ordem Executiva 11.246, de 1965, pelo presidente Lyndon Johnson.

Naquele contexto original, uma ação afirmativa, tanto no campo educacional como no do emprego, ocorre “sempre que pessoas agem de forma deliberada, positivamente, para aumentar a chance de que verdadeira igualdade seja atingida entre membros de categorias diferentes”.

No que concerne ao acesso ao ensino superior, o processo não ocorreu sem problemas, sem questionamentos, inclusive judiciais, da mesma forma como vem acontecendo no Brasil. O marco fundamental foi a decisão da Corte Suprema no caso *Universidade da Califórnia v. Bakke*, de 1978. Alan Bakke acionou a Escola de Medicina em Davis por ter sido preterido em favor de candidatos de minorias étnicas/raciais.

A Escola reservava 16 das 100 vagas anuais exclusivamente para as minorias. Uma vara cível local deu ganho a Bakke, determinando seu ingresso. A universidade recorreu à Corte Suprema, e perdeu. A decisão, tomada por maioria, considerou o sistema como um sistema de cotas, ilegal segundo a Constituição Americana, pois a universidade “diz aos candidatos que não são negros, asiáticos [...] que eles estão totalmente excluídos de uma porcentagem específica das vagas de uma turma inicial”. Porém, em seguida, afirma categoricamente que não se deve considerar ilegal, como consequência desta decisão, qualquer sistema que considere raça ou origem étnica como parte da seleção dos estudantes.

2 – Análise da controvérsia e conclusão:

Da breve análise histórica, percebe-se que as ações afirmativas consistem, em última instância, em meio de concretização do princípio da igualdade, que pressupõe que a realização da efetiva isonomia implica em proporcionar a igualdade de oportunidades, demandando, em determinadas hipóteses de relevante discrepância entre os atores sociais, a adoção de meios excepcionais, de forma a tornar possível a superação das diferenças, igualando desiguais na medida de suas desigualdades, conforme ensinamento de Rui Barbosa, repetindo Aristóteles.

No direito pátrio, tais ações encontram respaldo no Texto Constitucional, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III da Constituição).

Nesse sentido, inserindo-se no contexto das ações afirmativas mencionadas, a adoção do sistema de cotas se justificaria ante a dívida histórica existente na sociedade brasileira em relação a determinados grupos, tais como os indígenas e os afro-descendentes, por situações como a escravidão e a segregação, com efeitos até os dias atuais, consistente, inclusive, em maior

* Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Pará.

dificuldade de ascensão social.

Do outro lado da discussão, se põe o sistema de mérito no acesso às universidades públicas, fundamental para que a universidade possa desempenhar adequadamente a sua missão, recrutando os melhores talentos, aferidos, na medida do possível, através de critérios objetivos e impessoais (art. 206, VI e VII da CF/88).

Percebe-se, portanto, a existência de conflito de valores. Em tais situações, o moderno direito constitucional preconiza a adoção de técnica denominada de ponderação de valores, significando dizer que o intérprete ou aplicador da norma fundamental deve fazer concessões recíprocas entre os valores em confronto, preservando o núcleo mínimo de cada um, com base no princípio da razoabilidade, adotando, na solução do conflito, medida adequada ao fim a que se destina, sem restringir excessivamente o direito de outrem, trazendo benefício superior ao dano que acarreta.

Na hipótese que se analisa, o juízo de ponderação deve recair sobre o fator de discriminação aplicado nas cotas. A adoção de reserva de vaga com cota de percentual elevado, acima de 40%, por exemplo, demonstra-se injusta e pouco razoável, não se adequando ao fim visado, trazendo como conseqüência a queda geral do nível de ensino.

Viola, ademais, em grau excessivo e ilegítimo, o princípio da igualdade, acarretando um mal superior ao benefício que possa eventualmente trazer, podendo reavivar, ademais, preconceitos latentes entre grupos em oposição, beneficiados e não-beneficiados pelo sistema de reserva de vaga.

Dessa forma, mostra-se defensável, como ponderação razoável, uma cota de até 20%, apta a permitir a ascensão social do segmento tido por desfavorecido, sem frustrar os objetivos do ensino universitário.

Outro aspecto que merece ser ponderado é o concernente ao critério adotado. Um critério exclusivamente étnico dá ensejo a subjetivismos e distorções, mormente em face da miscigenação entre nós presente. Não obstante o débito histórico-social já apontado, a adoção de fator como a circunstância de o aluno ser oriundo de escola pública, além de refletir ao certo parcela menos favorecida da população, sem necessidade de maiores estudos estatísticos, emerge como critério mais objetivo, atendendo ao desiderato constitu-

cional de redução das desigualdades e proporcionando à parcela de cidadãos mais pobres o acesso à educação, como meio de crescimento individual e do país.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Editora Dicapel.

Words Worth of Wisdom: Toward an Understanding of Affirmative Action, F. J. Crosby & D. I. Cordova, em *Sex, Race and Merit*, Ed. F. J. Crosby, C. VanDerMeer, Univ. Michigan Press, 2000). (dados extraídos de página WEB da Universidade de Michigan sobre o assunto, <http://www.lib.umich.edu/govdocs/affirm.html>).

Na bela canção *Pelos bailes da vida*, Milton Nascimento entoa que *todo o artista tem de ir aonde o povo está*, porque *para cantar nada é longe*, nem que se siga por *estrada de terra na boléia de caminhão* e *com a alma repleta de chão* a fim de *buscar o caminho que vai dar no sol*.

Passando da música para o Direito, é inegável que a Justiça Brasileira há muito tempo devia ter feito como o artista, indo aonde o povo está em vez de ter ficado à espera, sempre, do interessado.

Felizmente a Constituição Federal de 1988, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, previu a instalação e o funcionamento da justiça itinerante, pelos Tribunais Regionais Federais (§ 2º do art. 106), pelos Tribunais do Trabalho (§ 1º do art. 115) e pelos Tribunais de Justiça (§ 7º do art. 125), a fim de realizar audiências e outras funções jurisdicionais inerentes a cada um daqueles órgãos, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se inclusive de equipamentos públicos e comunitários.

Nesse contexto, trata-se de útil novidade a previsão constitucional da possibilidade de os tribunais instaurarem a justiça descentralizada e provisória fora da sede dos juízos. Aliás, a mesma Constituição (art. 93, VII) já impunha, como regra, aos juízes o dever de moradia na comarca para assim poderem integrar-se na comunidade na qual irão exercer jurisdição e conhecerem a realidade do povo, seus costumes e seus problemas.

Pondere-se que o princípio da inércia da jurisdição não é violado com a presença efetiva da justiça, uma vez que o ato de chegar, chamar e colocar-se à disposição do jurisdicionado visando à resolução do litígio não significa parcialidade. Muito pelo contrário,

implica cumprir o princípio constitucional do acesso à justiça, inclusive porque os tempos atuais exigem um Judiciário atuante e marcante no processo e não simplesmente uma inacessível Deusa de Pedra do conflito.

Para isso a prestação de serviço itinerante é imprescindível em todos os lugares também pelos órgãos essenciais à justiça, sobretudo Defensorias Públicas, Ministério Público e advocacia pública e privada.

Grande caminho para o encontro com o povo já foi feito intensamente e mais de perto com a atuação dos Juizados Especiais para causas de menor complexidade (cíveis) e de menor potencial ofensivo (penais), conforme prevê a Constituição Brasileira, regulamentada pela Lei n. 9.099/95, no âmbito estadual, e pela Lei n. 10.259/2001, no âmbito federal. De fato, tendo a participação de diversos colaboradores, como conciliadores, estudantes universitários, peritos e outros, os Juizados Especiais não exigem a presença obrigatória de advogado, incentivam o acordo e concedem aos julgadores o poder de se guiarem mais pela equidade e menos pelo positivismo e mais pela realidade da vida e menos pelo formalismo dos autos.

Implantados os Juizados Especiais, nas ordinárias sedes dos Juízos, sobressai uma outra aspiração: tornar a Justiça cada vez mais descentralizada e interiorizada, num movimento contínuo em proveito dos habitantes de fora dos centros urbanos, fazendo com que a justiça chegue às áreas carentes, aos arrabaldes esquecidos, aos povoados perdidos e às sociedades quase inacessíveis. A propósito, os Tribunais Regionais Federais já iniciaram essa experiência feliz com a justiça itinerante. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, englobando treze unidades da Federação e ainda o Distrito Federal, constantemente põe em funcionamento por tempo curto e determinado os juizados federais nos mais longínquos locais do norte, nordeste, centro-oeste e sudeste, principalmente para processo e julgamento de causas previdenciárias.

É o serviço jurídico itinerante, que passa a ser não apenas destinado à população urbana, mas também ao

*Juiz Federal em Brasília. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Autor das obras *Audiência, instrução e julgamento*, *Embargos à execução fiscal* e *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*.

povo do interior deste rincão brasileiro, ao povo das comunidades precárias, merecedor também de uma vida digna e de paz. O Judiciário itinerante fomenta o acesso à justiça, incentiva os jurisdicionados a conhecerem, irem e confiarem no Judiciário, muitos dos quais habitantes das zonas rurais das mais remotas, que sequer sabem da existência do Judiciário e de seus direitos contra a ação ou a omissão de um particular ou do Poder Público.

Portanto, todo o juiz deve ir aonde o povo está. Precisa alcançar uma parcela afastada dos grandes centros; precisa ir ao encontro dos moradores das favelas que conhecem a violência como árbitro e a resolução de conflitos pela lei do mais forte; precisa subir aos morros, lá onde a questão é resolvida pela arma de fogo e pelo facão; precisa entrar nos vilarejos que tem no desconhecimento, na passividade e no medo grande impedimento para alguém ir procurar seus direitos; precisa adentrar em áreas de extrema violência com mandados de prisão para tornar punível e cumprida a sentença; precisa chegar a todas as regiões, ser onipresente, porque isso constitui democracia, um dos pilares da nossa Constituição Cidadã.

Corte Especial

Embargos de Declaração na Queixa-Crime

2004.01.00.023470-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Querelante: Gabriel Napoleão Velloso Filho
Advogados: Dr. Antonio Candido Barra Monteiro de Britto e outros
Querelado: Carlos Rodrigues Zahlouth Júnior
Advogada: Dra. Carla Ferreira Zahlouth
Publicação: DJ 2 de 09/11/2007

Ementa

Processo Penal. Embargos de declaração. Ação penal privada. Prescrição. Decadência. Honorários advocatícios

I – Institutos da prescrição e da decadência devidamente examinados. Inexistência de omissão.

II – Devem ser arbitrados honorários advocatícios em ação penal privada em favor do vencido, com base no art. 3º do CPP, que admite expressamente a aplicação analógica, e no 20, *caput*, e §§ 3º e 4º, do CPC, que estabelecem a incidência de verba honorária a ser paga pelo sucumbente (*Precedentes: STF: RE 91.112/SP; e STJ: REsp 252.290; REsp 74.984; EDcl no REsp 275650/SP; REsp 620177/SP e REsp 612772/RS*). Inexistência de inconstitucionalidade e de ilegalidade. Omissão suprida.

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, com o voto de desempate da Juíza Presidente, Assuste Magalhães, que acolheu a tese do Relator, Tourinho Neto, e dos Juízes Catão Alves, Carlos Mathias, Mário César Ribeiro e Ítalo Mendes, vencidos, em parte, os Juízes Carlos Moreira Alves, Antônio Ezequiel da Silva, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Selene Maria de Almeida e Isabel Gallotti Rodrigues, acolher os embargos de declaração para arbitrar honorários advocatícios em favor do querelado.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 19/07/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Trata-se de embargos de declaração opostos, em fls. 316/327, pelo querelado, Carlos Rodrigues Zahlouth Júnior, ao acórdão de fls. 287/313, alegando que houve omissão do acórdão ao examinar a prescrição e a decadência, afirmando (fls. 324):

Ainda, não houve nos autos qualquer causa impeditiva ou interruptiva da prescrição, portanto se requer o arquivamento, diante da nítida extinção de punibilidade da ação pela ocorrência

da decadência e da prescrição, conforme previsto no art. 41, *caput*, e § 1º, da Lei 5.270/1967. Apesar de requerido expressamente pelo embargante esta Corte ficou-se silente, havendo, portanto omissão a ser sanada.

Alega, também, que não foi apreciada a prescrição do crime de injúria, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal. E que houve omissão quanto à condenação em honorários advocatícios.

2. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo

Barbosa, opinou pelo acolhimento parcial dos embargos de declaração, “tão-somente para condenar o querelante ao pagamento de honorários advocatícios” (fls. 330/331v).

3. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. O eminente Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, com acuidade fez que ver só houve omissão quanto a aplicação da verba honorária. Disse S. Exa. (fls. 330/331):

Em primeiro lugar, não houve omissão, pois o Tribunal expressamente rejeitou essas preliminares nos termos do voto condutor, da lavra do Relator Tourinho Neto:

A mensagem tida como ofensiva à honra do querelante foi divulgada na internet, via e-mail, no dia 5 (cinco) de dezembro de 2003. O prazo de 6 (seis) meses está previsto no art. 38 do Código de Processo Penal e no art. 103 do Código Penal. A contagem do prazo, na hipótese, por estar vinculada ao direito de punir, uma vez que a decadência causa de extinção de punibilidade, é feita de acordo com a regra do art. 10 do Código Penal (“O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”). Logo, no caso em estudo, incluindo-se o dia em que foi veiculada a mensagem na internet, dia 5 (cinco) de dezembro de 2003, dies a quo, o termo final, dies ad quem, foi o dia 4 (quatro) de junho de 2004, data em que a queixa foi protocolizada em juízo. Não se pode levar em consideração a data em que foi distribuída e autuada a queixa crime. Estes atos não dependiam do querelante.

Rejeito, portanto, essa preliminar.

Em segundo lugar, apreciando o acórdão de fls. 287/313, verifica-se que o Tribunal rejeitou a queixa em relação aos dois crimes com fundamento na atipicidade da conduta, também nos termos do voto do relator:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Assuete Magalhães, Carlos Fernando Mathias, Mário César Ribeiro e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Fagundes de Deus (convocado em substituição ao Des. Federal Olindo Menezes, em férias).

Ante o exposto, entendendo não constituir o fato narrado crime, rejeito a queixa oferecida contra Carlos Rodrigues Zahlouth Júnior (CPP, art. 43,1).

(...)

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de decadência, e, por maioria, vencidos os Juizes Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Antônio Ezequiel da Silva e Daniel Paes Ribeiro, que recebiam a Queixa Crime pelo crime de injúria, e o Juiz Carlos Moreira Alves, que recebia a Queixa Crime integralmente, rejeitar a queixa crime oferecida por Gabriel Napoleão Velloso Filho contra Carlos Rodrigues Zahlouth.

Ora, os fatos atípicos não são penalmente puníveis! Se o fato é atípico, simplesmente não há o que punir, logo, seria ilógico falar em extinção de algo que já não existe (a punibilidade) pela prescrição ou decadência. Ademais, a consequência do reconhecimento da atipicidade, após o trânsito em julgado do acórdão, será exatamente a mesma da extinção de punibilidade pela prescrição/decadência: a coisa julgada material em favor do querelado, ora embargante, impedindo a rediscussão da causa para prejudicá-lo. Ainda pode-se que nos presentes embargos, nesse ponto específico, o ora embargante sequer tem interesse de agir.

Correto o entendimento. Faço-as minhas razões de decidir.

2. Os honorários advocatícios

Realmente, como salientado pelo Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, houve omissão do acórdão ao não apreciar a questão da verba honorária e mostrou, mencionando acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, que julgada improcedente a queixa-crime são devidos honorários advocatícios ao patrono do querelado, aplicando-se o princípio geral da sucumbência (REsp 252.290, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; e REsp 74.984, rel. Min. Fernando Gonçalves).

Na ação penal privada, são devidos, sem dúvida, honorários advocatícios ao sucumbente.

Além dos acórdãos citados pelo ilustre representante do Ministério Público Federal, temos os seguintes acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

EDcl no REsp 275650/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado pela Sexta Turma, em 29.11.2005 (DJ 06.02.2006):

É admissível a condenação do vencido no pagamento das verbas sucumbenciais nos crimes de ação penal privada, incluídamente os honorários de advogado, por aplicação analógica do princípio geral da sucumbência, em razão da omissão existente na Lei de Imprensa.

Precedentes desta Corte Superior de Justiça.

REsp 620177/SP, rel. Félix Fischer, julgado pela Quinta Turma, em 21.10.2004 (DJ 29.11.2004):

Na ação penal privada incide o contido no art. 20 do CPC, observado o art. 3º do CPP. (Precedentes).

REsp 612772/RS, rel. Laurita Vaz, julgado pela Quinta Turma, em 25.04.2004 (DJ 02.08.2004):

Aplica-se na ação penal privada o disposto no art. 20 do Código de Processo Civil, devendo o vencido arcar com o ônus da sucumbência, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal.

Precedentes.

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, é deste entendimento. Observem-se esses julgados:

RE 91.112/SP, rel. Min. Soares Muñoz, Primeira Turma, em sessão de 19.06.1979 (DJ 10.08.1979):

Ação penal privada. Condenação do sucumbente a pagar as custas e os honorários advocatícios do vencedor. Recurso Extraordinário limitado a alegação de ofensa a constituição, em conseqüência de tratar-se de processo por crime punido com pena de detenção. Ausência da alegada inconstitucionalidade, porquanto o art. 3º do Código De Processo Penal admite, expressamente, a aplicação analógica, de sorte que o art. 20 do Código de Processo Civil pode ser aplicado a ação penal privada.

Deste modo, com base no art. 3º do CPP c/c o art. 20, *caput*, e §§ 3º e 4º, do CPC, arbitro honorários advocatícios no valor de R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), considerando a não dificuldade da questão, o trabalho relativamente do patrono do querelado.

2. Ante o exposto, acolho, parcialmente, os embargos de declaração para arbitrar verba honorária em favor do embargante.

3. É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — Senhora Presidente, acompanho em parte o Relator, porém fixo

os honorários em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), porque o Desembargador Assis Santiago já dizia que a bela e árdua profissão do advogado não pode ser denegrida pela redução percentual dos honorários daqueles que exercem a profissão com denodo e eficiência. Portanto, acho o valor fixado pelo Relator pouco, e evidentemente mais do que isso o advogado deve ter cobrado dele.

Retificação de Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhora Presidente, retifico meu voto e fixo os honorários em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Senhora Presidente, acompanho o Relator. A mais recente decisão do STJ, em relação à verba honorária, é no sentido de que ela não pode ser aviltante. É um voto do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros. Não há mais o que dizer, porque não há sequer divergência, mas fica sempre um *quid* de subjetivismo, porque são aquelas situações em que o juiz deve fixar, atendendo àqueles parâmetros que os códigos de processo indicam.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Senhora Presidente, acompanho o Relator, sem me comprometer, por ora, com o entendimento pertinente aos honorários advocatícios.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Sra. Presidente, não é minha área de atuação no dia a dia mas, pelo que ouvi dos esclarecimentos prestados a propósito da orientação jurisprudencial relativa à hipótese em causa, a questão é bastante controvertida; não há um entendimento uniforme no sentido de que sejam devidos honorários advocatícios sucumbenciais em ação penal privada. À luz dessa circunstância, confesso que pendo meu entendimento para a corrente dos que entendem que no processo penal, à falta de

disposição expressa, não se deve aplicar por analogia a disposição correlata do Código de Processo Civil, muito menos com a conformação que lhe está sendo dada após a edição do Estatuto da Advocacia.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes: — Senhora Presidente, tenho ponto de vista no sentido da aplicação estrita do art. 804 do Código de Processo Penal que prevê que a sentença ou acórdão que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido. Apesar de que, na linha do meu entendimento, não prevendo o art. 804, do Código de Processo Penal, a condenação em honorários do vencido, não haveria de se cogitar dessa despesa para o vencido na ação penal privada.

Poder-se-ia, então, cogitada a possibilidade da aplicação ao caso do disposto no art. 3º, do Código de Processo Penal, que admitem a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito, no âmbito da legislação processual penal. Também, com a devida licença dos que se posicionam em sentido contrário, não vislumbro a possibilidade jurídica da aplicação do art. 3º, do Código de Processo Penal, a essa hipótese, tendo em vista que não há que se falar, na hipótese, em interpretação extensiva e aplicação da analogia, quando o Código de Processo Penal tem dispositivo de que trata relativamente às despesas processuais. Ainda mais quando se verifica que o Código de Processo Civil, quando fala nos honorários advocatícios, trata do tema juntamente com as despesas processuais. Não haveria, com a devida licença dos que se posicionam em sentido contrário, espaço para a aplicação do art. 804, do Código de Processo Penal, em um sentido mais amplo, para se entender que ali estariam também previstos os honorários advocatícios.

No entanto, Senhora Presidente, como há precedentes sobre a matéria do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ressalvo meu ponto de vista sobre o tema, para aplicar os precedentes jurisprudências do egrégio Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Acompanho o voto do eminente Relator.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Senhora Presidente, peço vênias ao Relator para acompanhar a divergência, pelos motivos já explanados no voto do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhora Presidente, também com a devida vênias do eminente Relator, acompanho a divergência, porque não estou convencida da jurisdição dos precedentes do egrégio STJ e STF.

O voto do eminente Desembargador Federal I'talo Mendes foi bastante elucidativo das razões pelas quais não se dá interpretação extensiva do art. 804 do CPP, por analogia ao art. 20 do Código de Processo Civil.

O princípio da sucumbência, em processo civil, é informado pela noção de vencido e vencedor. O Código adjetivo tem por finalidade conformar as lides de natureza privada, onde, aí sim, pode-se falar em sucumbência em razão da existência de um vencido e um vencedor.

No campo do Direito Processual Penal, em razão do seu objeto, ou seja, de regular a ação penal para aplicação da sanção em razão de delito contra o Estado (porque a primeira vítima do crime é o Estado), não pode ser informado com princípios privatistas.

Em sede de Processo Penal e Direito Penal não há vencido nem vencedor. Quando um crime é cometido, o Estado é sempre vítima e, portanto, é sempre lesado. Em razão, portanto, dos princípios que regem o Direito Penal e, por consequência, o processo penal, vejo como incabível a aplicação analógica das regras de sucumbência, que, como já disse, são direcionadas para litígios privados, mormente de natureza patrimonial, para o campo do processo penal.

Se o legislador do Código de Processo Penal de 1937 quisesse atribuir honorários advocatícios o teria feito expresso na forma do art. 804, como disse o Desembargador Federal Antônio Ezequiel. Daí porque tenho que a jurisprudência do STJ e STF violam a lei

federal.

Acompanho, pois, a divergência, para rejeitar os declaratórios.

Voto Desempate

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: — Efetivamente, a questão dos honorários de advogado em ação penal privada trata-se de matéria controversa, já que se encontram precedentes num e noutra sentença. Entretanto, consultando o Código de Processo Penal anotado de Damásio de Jesus, pude perceber que há precedentes do Supremo Tribunal Federal, condenando o vencido em honorários de advogado em ação penal privada. O eminente Relator citou também precedentes do STJ sobre o assunto. Embora, confesso, seja a primeira vez em que enfrentei essa matéria, prefiro aliar-me aos precedentes da Suprema Corte e também do egrégio STJ, que, em matéria de legislação infraconstitucional, diz a última palavra quanto à sua interpretação.

Assim, pedindo vênias à divergência, acompanho o eminente Relator.

Primeira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2001.34.00.003147-9/DF

Relatora convocada:	A Exma. Sra. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes
Relator p/ acórdão:	O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves
Embargante:	Maria Luiza Mathias de Souza
Procurador:	Dr. Elton Calixto
Embargada:	União Federal
Advogado:	Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Publicação:	DJ 2 de 23/11/2007

Ementa

Embargos Infringentes. Processual Civil. Incorporação de valor de função comissionada. Lei 8.911/1994.

I – O exame da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça mostra que se consolidou seu entendimento no sentido de que, em se tratando de servidor cedido para exercício em comissão junto a órgão ou Poder distinto daquele ao qual se encontra vinculado em razão do cargo efetivo de que é titular, tanto em casos de incorporação de quintos/décimos, como nos de conversão de parcelas, já incorporadas, por outras equivalentes, quando se operar transformação do cargo ou função originária da incorporação efetivada, ou ocorrer mudança de cargo, para outro de provimento efetivo em Poder distinto do originário daquele em que a incorporação se efetivou, há de se levar em consideração o valor da comissão efetivamente exercida, e não a de nível equivalente no poder cedente do funcionário.

II – Tratando-se de orientação uniforme no órgão maior de definição dos sentidos e alcance das normas da legislação infraconstitucional federal, cujas decisões que a instrumentalizam não vem sendo alteradas, no particular, pela Suprema Corte, sob fundamento de que não envolve a questão matéria de natureza constitucional, com ela há de se fazer harmônica a jurisprudência dos órgãos inferiores na estrutura do Poder Judiciário.

III – Prevalência, assim, da interpretação de que os quintos/décimos incorporados quando do exercício de funções comissionadas junto ao Poder Judiciário devem ser disciplinados à luz dos valores estabelecidos na Lei 9.421, de 24 de dezembro de 1996, passando, a partir de 11 de novembro de 1997, em virtude da edição da Lei 9.527, de 10 de dezembro seguinte, a substanciar, a parcela incorporada, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita tão só à atualização resultante da revisão geral remuneratória do funcionalismo público federal.

IV – Ressalva de entendimento pessoal do relator no sentido de que, em virtude da disposição específica constante no parágrafo 1º do artigo 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, em se tratando de funcionários efetivos da União, autarquias e fundações públicas federais, cedidos, por afastamento, para exercício comissionado em órgãos ou entidades do mesmo Poder ou de outro Poder da União, a incorporação será efetivada com base na comissão de nível equivalente no órgão ou Poder cedente do servidor.

V – Embargos infringentes acolhidos.

Acórdão

Decide a Primeira Seção, por maioria, vencidos a Relatora e o Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, acolher os embargos infringentes, nos termos do voto do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, que lavrará o acórdão.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes: — Trata-se de recurso de embargos infringentes interposto por Maria Luíza Mathias de Souza de acórdão (fls. 165/186), não-unânime, proferido pela eg. Segunda Turma desta Corte Regional, que deu provimento à remessa oficial, julgando improcedente o pedido de incorporação de parcelas de quintos de acordo com a retribuição do cargo ou função comissionada que lhes deram origem, nos termos do voto divergente do do Exmº. Des. Federal Carlos Moreira Alves, vencido o em. Des. Relator, Dr. Jirair Aram Meguerian, que dava parcial provimento à remessa oficial, tão-somente para limitar a condenação da ré nas custas ao reembolso do valor adiantado pela autora.

Alega a embargante (fls. 189/251), em síntese, que deve ser prestigiado o voto do em. Relator, que teria ratificado o entendimento do excelso STF, segundo o qual o servidor requisitado para servir em outro Poder tem direito à incorporação dos quintos com base na gratificação efetivamente percebida no órgão requisitante. Aduz que o art. 10, § 1º, da Lei nº 8.911/94 foi expressamente revogado pela Lei nº 9.527/97, não podendo ser utilizado para indeferir o seu pleito. Sustenta a ilegalidade da incorporação de quintos realizada pela Administração, de acordo com a tabela do Poder Executivo, uma vez que, sendo servidora do Hospital das Forças Armadas, exerceu função comissionada no Poder Judiciário, mais precisamente nesta eg. Corte Regional.

Com contra-razões (fls. 325/339), subiram os autos a esta Corte.

Pela decisão de fls. 341, o ilustre Relator da Apelação Cível, Des. Federal Jirair Aram Meguerian admitiu os presentes embargos infringentes, encaminhando-os à distribuição.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes: — Observo, de antemão, que estes embargos foram opostos em julgamento não unânime de remessa oficial, já que a apelação da União não foi sequer conhecida, por veicular matéria estranha à lide. A embargada levanta preliminar de não cabimento destes embargos, ao fundamento de que só seriam admissíveis em acórdão não unânime reformador de sentença de mérito em grau de apelação, nos termos do artigo 530 do Código de Processo Civil.

A preliminar não merece acolhida, já o artigo 297 do Regimento Interno desta Corte é expresso na previsão de cabimento do recurso manejado na hipótese de acórdão não unânime reformar, por força de remessa oficial, a sentença de mérito. Nesse sentido:

Processo civil. Valor da causa. Embargos infringentes. Remessa oficial. Cabimento. Valor da causa. Alçada. Divisão do valor dado na inicial pelo número de litisconsortes ativos. Lei nº 6.825/80.

I – Consoante RITRF-1ª Região, cabem Embargos Infringentes do julgado em Remessa Oficial quando o acórdão for decidido por maioria.

(...)

(EIREO 91.01.10595-7/DF, Rel. Juiz Jirair Aram Meguerian, Primeira Seção, DJ de 18/09/2001, p.60)

No mérito, verifico que cuida a espécie de pretensão de incorporação de parcelas de quintos de acordo com a gratificação do cargo ou função comissionada efetivamente exercido em órgão de outro Poder, mediante cessão. A autora embargante, servidora do Hospital das Forças Armadas, exerceu função comissionada neste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na condição de cedida.

Considero que está a merecer confirmação o entendimento consignado no voto vencedor do acórdão

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Neuza Alves e as Exmas. Sras. Juízas Federais Sônia Diniz Viana e Mônica Neves Aguiar da Silva (convocadas).

embargado, uma vez que incide, na espécie, a norma do §1º do art. 10 da Lei nº 8.911/94, que determina que a incorporação de função comissionada exercida por servidor cedido a outro órgão deve se dar com base em função equivalente existente no seu órgão de origem — no caso o Hospital das Forças Armadas —, e não com base na função originária efetivamente exercida no órgão cessionário — no caso o Poder Judiciário.

Dispõe o art. 10 da Lei nº 8.911/94, *in verbis*:

Art. 10. É devida aos servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União, a incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento.

§ 1º A incorporação das parcelas remuneratórias, autorizada neste artigo, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente do funcionário. § 2º Será admitida a conversão dos quintos incorporados, por parcelas equivalentes, nas seguintes situações:

I — quando ocorrer transformação do cargo ou função originária da incorporação efetivada; ou

II — quando acontecer mudança de cargo efetivo, mediante provimento efetivo, para Poder distinto do originário da incorporação efetuada.

Por conseguinte, a partir da Lei nº 8.911/94, a incorporação das parcelas de quintos/décimos deveria se dar com base em função ou cargo equivalente no órgão cedente do servidor (Hospital das Forças Armadas), desvinculando-se do cargo ou função efetivamente desempenhada no órgão cessionário (Poder Judiciário). Nesse sentido, não prevalece a pretensão da autora de ter as suas parcelas de quintos incorporadas de acordo com a remuneração efetivamente paga à função desempenhada no órgão cessionário. Correto, pois, o procedimento da Administração ao promover a incorporação de quintos do padrão DAS-101.3 de acordo com o nível remuneratório pago no Poder Executivo, e não daquele fixado para o Poder Judiciário.

Inadequado se mostra o raciocínio expandido pela embargante no sentido de que a norma do art. 10, § 1º, da Lei nº 8.911/94 não poderia ser utilizada como fundamento para o indeferimento do seu pedido, dada a circunstância de se encontrar revogada quando do

ajuizamento da demanda. Ora, a mesma norma que revogou o mencionado dispositivo legal (Lei nº 9.527/97) também revogou o instituto da incorporação de quintos; logo, se a autora não deveria ter incorporadas as parcelas de quintos segundo “o nível equivalente no órgão cedente”, sequer teria direito à incorporação de quintos, pois a norma que previa o referido instituto também já se encontrava revogada. Como se vê, a norma que permitia a incorporação de quintos pela autora era a veiculada pela Lei nº 8.911/94, razão pela qual este deve ser o diploma legal a incidir no caso concreto da demandante.

Ademais, no caso concreto dos autos, cumpre assinalar que a incorporação de quintos pela autora somente se tornou possível com a edição da Lei nº 8.911/94. Isso porque quando foi cedida para exercer cargo em comissão no Poder Judiciário ocupava emprego público da tabela do Hospital das Forças Armadas, submetido ao regime celetista. Com a conversão para o regime estatutário, implementada pela Lei nº 8.112/90, a vantagem de incorporação de quintos, prevista no art. 62 do mesmo diploma legal, ficou a depender de regulamentação, a qual somente veio a lume com a edição da Lei nº 8.911/94. Logo, como sob o regime celetista a autora não fazia jus à incorporação de quintos, o seu direito somente exsurgiu com a promulgação da Lei nº 8.911/94, a mesma que disciplinou a incorporação da vantagem na hipótese de exercício de cargo ou função comissionada em outro órgão, mediante cessão.

A despeito de a matéria de fundo não versar sobre tema constitucional, o eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento de embargos de declaração opostos a acórdão prolatado em mandado de segurança originário, firmou orientação no sentido de ser devida a incorporação de quintos ou décimos com base na remuneração de funções equivalentes do quadro do órgão cedente. Confira-se:

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Quintos: incorporação. Servidor efetivo da Câmara dos Deputados. Lei 8.112/90, art. 62. Lei 8.911/94, art. 10, § 2º, II.

I — Servidor efetivo da Câmara dos Deputados, oriundo de órgão do Poder Executivo, onde exerceu funções comissionadas: pretensão de incorporação dos “quintos”, ou “décimos”, com base na remuneração de funções equivalentes do quadro de pessoal da Câmara: procedência do pedido: Lei 8.911/94, art. 10, § 2º, II.

II — Embargos acolhidos.

(MS-ED 22736/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento pelo Tribunal Pleno em 13/06/2002, DJ 23-08-2002, p.71)

Ressalto que o julgamento original desse *writ*, que antecedeu os embargos declaratórios, foi apontado como precedente pela autora para o acolhimento de sua pretensão. Ocorre que os efeitos infringentes a ele imprimidos por força do julgamento do indicado recurso desautorizam a invocação.

O posicionamento vem sendo seguido pelas Primeira e Segunda Turmas desta Corte, como demonstram as ementas dos seguintes julgados:

Administrativo. Servidor público cedido. Incorporação de quintos/décimos. Base de cálculo para a incorporação. Função correspondente no órgão cedente.

1. Os servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, cedidos para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União têm direito à incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento.

2. Todavia, para tais servidores a incorporação deve ser feita na forma no § 1º do art. 10 da Lei nº 8.911/94 que determina que “incorporação das parcelas remuneratórias, autorizada neste artigo, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente do funcionário”.

3. Sendo o autor cedido do quadro da Presidência da república para exercer a função de Auxiliar Especializado - Motorista - no âmbito do Poder Judiciário, sua situação funcional se subsume àquela descrita na norma excepcional em comento.

4. Apelação da União e remessa oficial a que se dão provimento.

(AC 2001.34.00.034000-9/DF, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, DJ de 28/07/2005, p.52)

Administrativo. Servidor público. Gratificação de quintos/décimos (art. 62, § 2º, da Lei nº 8.112/90). Vantagem pessoal incorporada à remuneração dos impetrantes em razão do exercício de função comissionada no âmbito do Ministério Público Federal: correlação com a função correspondente no Ministério das Minas e Energia (art. 10, caput e § 1º, da lei nº 8.911/94). Segurança denegada: apelação não provida.

1. É devida aos servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União, a incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento (art. 10, caput, da Lei nº 8.911/94).

2. A incorporação das parcelas remuneratórias, autorizada neste artigo, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente do funcionário (art. 10, § 1º, da Lei nº 8.911/94).

3. Os impetrantes, servidores ocupantes de cargo efetivo no âmbito do Ministério das Minas e Energia, não fazem jus à percepção da vantagem pessoal nominalmente identificada, incorporada à sua remuneração em decorrência do exercício de função comissionada, no valor da função efetivamente exercida no âmbito do Ministério Público Federal.

4. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

(AMS 2002.34.00.019247-2/DF, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 25/10/2004, p.15)

Administrativo. Servidor público do Poder Executivo. Exercício de função comissionada junto ao Ministério Público da União. Pagamento de quintos/décimos incorporados pelo valor do poder cessionário. Impossibilidade. Lei nº 8.911/94. Lei nº 9.527/97.

I – O servidor do Poder Executivo cedido ao Ministério Público da União para o exercício de função comissionada não faz jus a atualização de parcelas de quintos/décimos com valores pagos pelo órgão cessionário (Lei nº 8.911/94, art. 10, § 1º).

II – O art. 3º da Lei nº 8.911/94 cuidava da incorporação dos então denominados “quintos/décimos” em razão do exercício de função comissionada no mesmo órgão em que o servidor exercia o cargo efetivo, não se aplicando à hipótese dos autos.

III – A revogação dos artigos 3º e 10º da Lei nº 8.911/94, pela Lei nº 9.527/97, não interfere no julgamento da lide, vez que a importância transformada em vantagem pessoal é aquela incorporada na forma da legislação então em vigor.

IV – Apelação improvida.

(AMS 2003.34.00.018168-2/DF, Rel. Juiz Federal Lincoln Rodrigues de Faria (conv), Segunda Turma, DJ de 21/07/2005, p.74)

Resta ver que no outro precedente do eg. STF invocado pela embargante (RE 358309 AgR/DF), da relatoria do Exm^o. Min. Sepúlveda Pertence, a Corte Suprema não chegou a examinar o mérito da lide, que versava sobre a incorporação de quintos por servidor do Distrito Federal cedido para exercer função comissionada na Câmara dos Deputados. O Recurso Extraordinário ofertado não foi admitido por falta de questionamento, mantendo-se o julgamento do Tribunal de Justiça local.

Em face do exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:
— Tenho o mesmo entendimento desenvolvido pela ilustre Relatora, em seu lapidar voto, e não só o afirmo no voto condutor do v. aresto embargado, de minha lavra, como o venho sustentando em todos os votos que profiro em processos que versam a questão, por estar convencido de que essa inteligência empresta a melhor exegese às disposições legais que a disciplinam. Com efeito, substancia objeto da lide pedido de revisão do ato administrativo de incorporação, aos vencimentos da ora embargante, titular de cargo de provimento efetivo na esfera do Poder Executivo, cedida para exercício de função comissionada nesta eg. Corte Regional, de valor pelo exercício da comissão, incorporado com base na Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, segundo critério de equivalência de nível da função no poder cedente. Se, portanto, a incorporação se deu à luz da Lei 8.911/94, de disciplina da matéria, a verificação da legitimidade do ato que se intenta ver revisto há de ser feita, evidentemente, à luz do referido diploma legal, que dela cogitava em dois de seus dispositivos:

“art. 3^o. Para efeito do disposto no § 2^o do art. 62 da Lei n^o 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

§ 1^o. Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade

pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores - DAS, e Cargo de Direção - CD.

§ 2^o. Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

§ 3^o. Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

§ 4^o. Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

(...)

art. 10. É devida aos servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei n^o 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União, a incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento.

§ 1^o. A incorporação das parcelas remuneratórias, autorizada neste artigo, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente do funcionário.

§ 2^o. Será admitida a conversão dos quintos incorporados, por parcelas equivalentes, nas seguintes situações:

I. quando ocorrer transformação do cargo ou função originária da incorporação efetivada; ou

II. quando acontecer mudança de cargo efetivo, mediante provimento efetivo, para Poder distinto do originário da incorporação efetuada.

§ 3^o. A conversão prevista no parágrafo anterior não se aplica ao servidor aposentado que tenha passado para a inatividade com a incorporação de quintos efetivada” (os destaques não constam do original).

Já se vê, sem maior dificuldade, que o transcrito artigo 3^o cuida da regra geral de incorporação, com base no valor da comissão efetivamente exercida por servidor no âmbito do próprio Poder de seu cargo de provimento efetivo, enquanto o artigo 10 trata de regra particular, para o caso específico de cessão do funcio-

nário para exercício de comissão junto a Poder distinto daquele ao qual se encontra vinculado em razão do cargo efetivo. Na regra geral, assim a do artigo 3º, a incorporação se fará com base no valor da comissão exercida efetivamente; na particular, disposta no artigo 10, com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente do servidor, resulte da regra de equivalência importe superior ou inferior à da comissão efetivamente exercida, pois, em se cuidando de incorporação, assim de ingresso de rubrica permanente no universo remuneratório do funcionário, sequer se pode falar em redução de vencimentos, que diz com a diminuição do valor global das parcelas de caráter permanente que compõem os respectivos estipêndios. E, note-se, critério de equivalência de *nível* de comissão junto ao Poder cedente, e não critério de equivalência de *valor* de comissão, na medida em que fosse essa equivalência de valor, para preservar o importe decorrente da comissão exercida efetivamente, sequer teria sentido a regra particular do referido artigo 10, bastando a geral do mencionado artigo 3º.

Sendo a autora, ora embargante, titular de cargo de provimento efetivo no âmbito do Poder Executivo, exercendo comissão na esfera do Poder Judiciário, está ela, obviamente, enquadrada na regra particular do artigo 10, parágrafo 1º, da Lei 8.911/94, nada mais tendo feito a autoridade administrativa, no caso em exame, do que lhe haver dado fiel aplicação. Se é certo, como pontuou a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau, na sentença de fls. 128/133, que “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo”, verdade menor não será a de que, onde a lei distingue, impõe-se ao intérprete observar a distinção, aplicando-a à hipótese para a qual se destina. Fazer incidir, no caso *sub examine*, a regra do artigo 3º, para se reconhecer a servidor cedido direito a incorporação com base no valor da comissão efetivamente exercida em Poder distinto do de seu cargo de provimento efetivo, a pretexto de interpretação da Lei 8.911/94, é, com o devido respeito, se deixar de aplicar a disposição específica do artigo 10, parágrafo 1º, do diploma legal de regência, que o disciplina, só se fazendo possível ao juiz deixar de aplicar preceito de lei quando incompatível com a ordem constitucional, vício de que aqui não se cogita, e ainda assim observado o procedimento próprio estabelecido no artigo 97 da Lei Fundamental.

Pedi, porém, vista dos autos, porque na Apelação

Cível 2000.34.00.000481-8/DF, e em outras apelações das quais sou relator na Segunda Turma, o eminente Desembargador Federal, hoje aposentado, Aloísio Palmeira Lima, divergiu desse entendimento, com adesão da não menos eminente Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, havendo eu, naqueles processos, pedido vista regimental dos autos para examinar a questão, suscitada por Sua Excelência, de que a orientação jurisprudencial do eg. Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria se consolidara de tal modo que os recursos especiais a ela pertinentes já estavam sendo objeto de deliberação monocrática por parte dos ilustres ministros aos quais distribuídos. E também para verificar a posição atual da Suprema Corte a propósito, porque da pesquisa que havia feito na jurisprudência, quando elaborara meu voto, observara que vários daqueles feitos decididos pelo STJ pendiam de exame dos recursos extraordinários interpostos, ou de agravo deduzido contra as decisões que os inadmitiam.

De fato, o exame da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça mostra que se consolidou sua posição no sentido de que, tanto nos casos de incorporação, decorrentes de cessão de servidores para exercício de comissão em órgãos de Poder diverso daquele a que se encontram vinculados os cargos de provimento efetivo de que são titulares, previstos no parágrafo 1º do artigo 10 da Lei 8.911, de 11 de julho de 1994, como nos de conversão de parcelas, já incorporadas, por outras equivalentes, quando se operar transformação do cargo ou função originária da incorporação efetivada, ou acontecer mudança de cargo, para outro de provimento efetivo em Poder distinto do originário daquele em que a incorporação se efetuou, contemplados no parágrafo 2º do dispositivo em apreço, deve se levar em conta o valor da comissão efetivamente exercida, assim se observar a regra inscrita no artigo 3º do diploma legal em referência, e não a exceção a ela estabelecida. Além dos precedentes chamados à luz no voto do insigne Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, pode se citar outros, como os a seguir reproduzidos por suas respectivas ementas:

“Administrativo. Servidor público. Incorporação de quintos. Servidor do Poder Executivo cedido para o Poder Judiciário. Desempenho de função comissionada. Redução da parcela incorporada ao fundamento de correlação de cargos. Impossibilidade. Incorporação com base na função efetivamente exercida. Precedentes.

1. É vedada a redução das parcelas incorporadas a título de quintos/décimos, ao fundamento de ser necessário efetuar a correlação entre as funções de diferentes Poderes da União, quando do retorno do servidor ao Poder cedente, uma vez que o servidor tem direito de incorporar os quintos relativamente à função efetivamente exercida. Precedente.

2. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 818.562/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 20.11.2006, pág. 358).

“Administrativo. Servidor público. Quintos. Exercício de função comissionada no poder judiciário. Posterior posse em cargo efetivo no poder executivo. Correlação dos quintos incorporados. Preservação do valor nominal.

A correlação de quintos de que trata o § 2º do art. 10 da Lei nº. 8.911/94, nos casos em que o servidor público toma posse em cargo efetivo pertencente a Poder distinto ao que era vinculado, significa a preservação do valor nominal recebido, sob pena de afrontar o princípio constitucional de irredutibilidade de vencimentos.

Recurso especial provido” (REsp 762.855/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 24.4.2006, pág. 477).

Embora, a meu sentir, no exame da questão se fizesse necessário distinguir entre incorporação e atualização de quintos/décimos, até porque só se pode cogitar de redução quando se cuidar de parcela incorporada, e não a incorporar, e conquanto indicasse, a meu juízo, o fundamento no qual se assenta o entendimento da Corte Maior de uniformização do direito infraconstitucional federal, apreciação da matéria à luz do princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, é bem de ver que os recursos extraordinários interpostos nos casos da espécie não têm alcançado êxito na Suprema Corte. Com efeito, contra o deliberado no Recurso Especial 818.562/DF, foi deduzido recurso extraordinário, tendo no entanto concluído o ilustre Ministro Ricardo Lewandowski, relator, ao negar seguimento ao agravo de instrumento deduzido, pela sua inviabilidade, à consideração de que o acórdão recorrido decidira a questão “com base na legislação ordinária. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta” (DJ 24.5.2007). Igual diretriz veio a ser adotada na apreciação do recurso extraordinário interposto contra o decidido no Recurso Especial 643.751/DF, em que o eminente Ministro Marco Aurélio, quando negou provimento ao agravo de instrumento pertinente, considerou que o “(...) acórdão impugnado mediante

o extraordinário revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando o acesso ao Supremo Tribunal Federal” (DJ 11.4.2006). Também esta foi a sorte do apelo extraordinário deduzido contra o decidido no Recurso Especial 818.562/DF, igualmente sem êxito em virtude da negativa de provimento ao agravo de instrumento, mediante deliberação de seu relator, o ilustre Ministro Ricardo Lewandowski, levada a efeito em 26 de junho próximo passado.

Aliás, quanto aos próprios precedentes desta eg. Corte Regional, mencionados no voto da ilustre relatora, cabe registrar que os dois últimos, assim as Apelações em Mandado de Segurança 2002.34.00.019247-2/DF e 2003.34.00.018168-2/DF, viram reformadas suas decisões mediante provimento aos recursos especiais contra elas interpostos, assim aos Recursos Especiais 812.634/DF e 812.063/DF, ambos de relatoria do nobre Ministro Paulo Gallotti, pendendo o primeiro de julgamento do recurso especial contra ele interposto, afeto à relatoria do Ministro Paulo Medina, tudo indicando tenha a mesma sorte dos demais.

Em tais condições, atento à jurisprudência consolidada no eg. Superior Tribunal de Justiça, à não admissão de recursos extraordinários interpostos contra acórdãos nas quais se sustenta, sob consideração de inexistência de questão de ordem constitucional, e ainda à circunstância de que a jurisprudência dos tribunais inferiores há de se fazer harmônica à das Cortes superiores, peço licença à eminente digna para, com ressalva de entendimento pessoal em contrário, no mesmo sentido do voto de Sua Excelência, acolher os embargos infringentes, fazendo prevalecer no julgamento da apelação o douto voto vencido, de pena ilustre do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Deixo claro, no entanto, para se evitar eventual dúvida quando da execução do julgado, que o acolhimento do apelo se faz para os fins assinalados no julgamento do Recurso Especial 511.757/MG, relator o insigne Ministro Paulo Gallotti, cuja ementa, abaixo transcrita, dá a exata dimensão do decidido:

“Administrativo. Servidor público. Quintos. Incorporação. Lei nº 9.527/97. Transformação para vantagem pessoal nominalmente identificada. Reajuste. Lei nº 9.421/96. Direito adquirido.

1. Quintos incorporados quando no exercício de função comissionada junto ao Poder Judiciário devem ser reajustados nos valores determinados pela Lei nº 9.421/96 e, após, sujeitos, exclusivamen-

te, à atualização geral da remuneração dos servidores públicos federais.

2. *Após a edição da Lei nº 9.527/97, a importância paga em razão da incorporação passou a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.*

3. Precedente: REsp. nº 457.287/MG, Sexta Turma, DJU de 26/5/2003.

4. Recurso especial do INSS improvido.

5. Recurso de Débora da Conceição Maia Beraldo e outros provido” (6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 5.9.2005, pág. 505 - os destaques não constam do original).

Retrata ele a exata extensão da jurisprudência daquela Corte, como mostra julgado de sua eg. Quinta Turma:

“Recurso especial. Servidor público federal. Redução do valor recebido como VPNI em razão de alegada correlação de cargos. Impossibilidade. Precedentes. Aplicação da súmula 182/STJ. Recurso desprovido.

I. *Conforme já decidido por este Superior Tribunal de Justiça, os quintos incorporados referentes ao exercício de função comissionada no Poder Judiciário devem ser reajustados de acordo com os valores regulados pela Lei nº 9.421/96, sujeitos, posteriormente, à atualização geral da remuneração dos servidores públicos federais. Precedentes.*

II. *As razões insertas na fundamentação do agravo regimental devem limitar-se a atacar o conteúdo decisório da decisão hostilizada. No presente caso, tal hipótese não ocorreu. Aplicável, à espécie, a Súmula nº 182/STJ.*

III. *Agravo interno desprovido” (AgRg no REsp 796.955/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 4.9.2006, pág. 323).*

Acolho, pois, os embargos, com essa explicitação: a incorporação deve observar a comissão exercida junto ao Poder Judiciário, de acordo com o valor previsto pela Lei 9.421, de 26 de dezembro de 1996, até a transformação da parcela, a contar de 11 de novembro de 1997, por força do disposto no artigo 15, parágrafo 1º, da Lei 9.527, de 10 de dezembro seguinte, em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), quando então passará a estar sujeita exclusivamente às atualizações decorrentes da revisão geral da remuneração do funcionalismo público federal.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência, por entender que não é apenas uma tendência que se apresenta no panorama dos julgamentos perante o Superior Tribunal de Justiça. Está me parecendo mais que uma tendência. Prestei bastante atenção ao inteiro teor do voto, da explicação que Vossa Excelência deu, e está me parecendo que já se consolidou na jurisprudência do STJ a convicção de que é o parâmetro do cessionário e não do cedente que tem que prevalecer.

Em sendo assim, estou à vontade para acompanhar o entendimento de Vossa Excelência.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana: — Senhor Presidente, embora esteja na 1ª Turma, entendendo que a melhor interpretação, em razão da jurisprudência que vem se firmar no Superior Tribunal de Justiça, é que deve ser contado pelo cessionário, que é onde a pessoa presta o serviço. Por isso, acompanho Vossa Excelência.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Senhor Presidente, Vossa Excelência fez menção à existência de divergência na 1ª Turma, e me recorde que houve um caso em que fui Relator, e que, realmente, fiquei vencido, mas havia uma especificidade de ordem fática, não me recorde bem. O certo é que os últimos julgamentos da 1ª Turma, eu pediria até o Desembargador Federal José Amilcar Machado que me ajudasse, têm sido unânimes, no sentido de prevalecer o art. 10, § 1º, da Lei 8.911, na linha daquela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos embargos declaratórios de que foi Relator o Ministro Carlos Veloso. Creio que o que está prevalecendo na 1ª Turma é aplicação das regras em vigor junto ao poder cedente.

Nesse caso, Desembargador Federal Carlos Moreira, com a devida vênia de Vossa Excelência,

não obstante a jurisprudência citada do STJ e até do Supremo, penso que a questão ainda está aberta para discussão, ou seja, não está definitivamente resolvida, tanto que há um acórdão do Supremo, este do Ministro Carlos Mário, que enfrentou a questão, e é um acórdão até bastante recente.

Então, coerente com o entendimento da 1ª Turma, com a devida vênia, vou divergir de Vossa Excelência e acompanhar a Relatora, apenas por esta questão, embora sejam ponderáveis os argumentos, e vejo que há uma sinalização no sentido contrário.

Segunda Seção

Mandado de Segurança

2007.01.00.006744-7/AM

Relator: O Exmo. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Impetrante: Josemar Cavalcante da Silva
Advogada: Dra. Maria Auxiliadora Bicharra da Silva Santana
Impetrado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga – AM
Interessada: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
Procurador: Dr. Hugo Marcelino da Silva
Publicação: DJ 2 de 09/11/2007

Ementa

Mandado de segurança. Ação de improbidade administrativa. Servidor público. Bloqueio de verbas de conta corrente. Vencimentos. Caráter alimentar. Lei 8.112/1990. Art. 649, IV, do Código de Processo Civil.

I – O impetrante teve o bloqueio de valores contidos em sua conta corrente em decorrência de liminar proferida em ação de improbidade, em que se apurava desvio de verbas públicas advindas de convênio celebrado entre a Funasa e o Município de Fonte Boa/AM para a realização de obras públicas.

II – A decretação de indisponibilidade de bens e valores não pode ocorrer indistintamente, notadamente quanto às verbas correspondentes ao vencimento do servidor, em face de sua natureza alimentícia.

III – Previsão nos arts. 48 da Lei 8.112/1990 e 649, IV, do Código de Processo Civil. Precedentes.

IV – Segurança concedida, para que fiquem excluídas as verbas salariais do bloqueio imposto à conta corrente do impetrante.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder o mandado de segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 17/10/2007.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*: — Josemar Cavalcante da Silva, identificado na inicial, impetrou o presente mandado de segurança contra ato do MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga do Estado da Amazonas, postulando a “(...) concessão de liminar, inaudita altera pars, para determinar o desbloqueio de sua conta corrente n. 8.397-6, existente na Agência 1525-3, do Banco do Bra-

sil, para que o Impetrante possa retirar seus vencimentos dos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2006, bem como os vencimentos subsequentes que forem depositados, inclusive qualquer outra verba alimentar creditada (...)” (fl. 5).

Em defesa de sua pretensão, argumentou o impetrante, em resumo, que:

“Em face da Ação Civil movida pela Procuradoria da República em Tabatinga, foi requerido

liminarmente o bloqueio de todos os bens móveis e imóveis dos envolvidos na questão, inclusive dos ativos financeiros, com pedido de bloqueio, *ressalvada a liberação das verbas alimentares (salários, vencimentos e/ou proventos) mediante decisões ulteriores.*

O Douto Julgador ao apreciar os pedidos feitos na Ação Civil, tanto deferiu liminarmente o pedido de indisponibilidade dos bens ou direitos com valor econômico do Impetrante, quanto o bloqueio de sua conta para saques, resgates, pagamentos, compensações e quaisquer outras operações que impliquem liberação de valores, não fazendo ressalva com relação às verbas alimentares.

Assim, com tal decisão, o Impetrante está sem receber seus salários desde o mês de setembro de 2006, inclusive 13º salário, passando necessidades de toda ordem, pois não tem condições financeiras nem para comprar comida para si e seus filhos, com dificuldades até para se deslocar ao seu local de trabalho, vivendo de favores de parentes e amigos, visto não poder retirar qualquer quantia dos seus vencimentos depositados em sua conta corrente no Banco do Brasil (...)” (fl. 04).

Por meio da decisão de fl. 72, reservei-me para examinar a possibilidade de concessão da medida liminar, após a juntada das informações pela d. autoridade judiciária impetrada, o que ocorreu às fls. 76/77 (via fax) e 85/86 (originais).

Às fls. 79/80, deferi parcialmente o pedido de concessão liminar requerido na inicial, para que o bloqueio imposto à conta nº 8.397-6 AG. 1525-3 do Banco do Brasil não incida sobre salários, até o julgamento definitivo deste mandado de segurança.

O d. Ministério Público Federal, em parecer às fls. 109/112, opinou pela concessão da segurança pleiteada.

Às fls. 114/119, a União requereu reconsideração da decisão de fls. 79/80, ao argumento, em síntese, do não cabimento do mandado de segurança ao presente caso, em face da Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal e na hipótese de se admitir o mandado de segurança, “(...) *há de se obedecer todos os demais requisitos elencados pela lei 1.533/51, notadamente a comprovação de forma documentada de tudo quanto alegado pelo impetrante, o que não ocorreu no caso (...)*” (fl. 118).

Às fls. 121/122, foi indeferido o pedido de reconsideração da União.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — O impetrante objetiva, com o presente *mandamus*, o desbloqueio de sua conta corrente de nº 8397-6, Agência 1525-3, do Banco do Brasil, para retirada de quaisquer verbas de natureza alimentar nela creditadas desde o seu bloqueio.

De início, convém ressaltar que o bloqueio dos valores contidos na referida conta corrente decorreu de decisão liminar proferida em sede de ação de improbidade, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o impetrante e outros, em razão de irregularidades oriundas de convênio celebrado entre a Funasa e o Município de Fonte Boa/AM para realização de obras de melhorias sanitárias.

Data venia, de eventual entendimento em contrário, tenho que o presente mandado de segurança deve ser admitido.

Em que pese o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial condicionar-se à inexistência de recurso específico previsto nas leis processuais, bem como em face da vedação contida na Súmula nº 267, do eg. Supremo Tribunal Federal, observo que a jurisprudência tem admitido a impetração contra ato judicial, nos casos teratológicos, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, em que ocorra violação de direito líquido e certo do impetrante.

Da leitura da decisão que deferiu a indisponibilidade de bens e valores (fls.08/18) do impetrante, verifica-se que o MM. Juízo Federal Impetrado, apesar de ter agido de forma fundamentada, deixou de descrever os limites da constrição patrimonial quanto ao bloqueio dos valores constantes na conta corrente correspondentes ao pagamento de remuneração e salários, que, por força de lei, são inexpropriáveis, dado seu manifesto caráter alimentar.

A título ilustrativo, eis o teor da extensa decisão ora atacada, *verbis*:

“Trata-se de Ação de Improbidade ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Sebastião

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Saulo Casali Bahia e Jaiza Maria Pinto Fraxe (convocados).

Ferreira Lisboa, Wilson Ferreira Lisboa, Armindo Inocêncio de Oliveira, Josemar Cavalcante da Silva, Construlipe Construções e Comércio Ltda, Sélbia Cristina Reis Aragão e José Hertel Garcia de Lima.

Requer o Ministério Público Federal a indisponibilidade dos bens dos acusados, visando ressarcimento ao erário.

Informa a inicial que o Município de Fonte Boa/AM recebeu R\$ 640.000,00, oriundos do convênio 1817/2001, celebrado com a Funasa para realização de obras de melhorias sanitárias.

O objeto do convênio era a construção de 374 módulos sanitários domiciliares, mas o dinheiro foi desviado e somente 10,69% das obras que eram objeto do convênio foram realizadas.

A situação descrita pelo Ministério Público está demonstrada documentalmente nos autos.

Por força do convênio 1817/2001 (fls. 129/136 do Volume I do Apenso I), celebrado entre o Município de Fonte Boa/AM e a Funasa, o Município recebeu R\$ 640.000,00 para investimento em saneamento básico.

Para cumprimento do convênio, foi aberta conta específica no Banco do Brasil S/A, Agência 0577-O, conta corrente 10.220-2.

Conforme fl. 172 do Volume I do Apenso I, a Funasa repassou ao Município de Fonte Boa/AM R\$ 213.333,33 pertinentes à primeira parcela do convênio. O repasse ocorreu em 11 de dezembro de 2002.

O crédito ingressou na conta aberta especificamente para o convênio no dia 13 de dezembro de 2002, conforme fl. 30 dos autos.

No dia 20 de dezembro de 2002, portanto sete dias depois do ingresso do crédito na conta, os réus Wilson Ferreira Lisboa (prefeito, fl. 90) e Armindo Ferreira de Oliveira (tesoureiro da prefeitura, fl. 91) simplesmente sacaram R\$ 127.000,00, na boca do caixa, conforme fls. 30 e 79 dos autos.

No dia 23 de dezembro de 2002, os mesmos réus sacaram, também na boca do caixa, outros R\$ 36.000,00, conforme fl. 77 dos autos.

Nos dias 31 de janeiro de 2003 e 04 de fevereiro de 2003, foram efetuadas transferências bancárias, com débitos na conta específica do convênio. Os débitos foram, respectivamente, de R\$ 27.663,00 e R\$ 22.650,00 (fls. 31 e 32)

Conforme fls. 82, o valor pertinente à transferência efetuada em 31 de janeiro de 2003 foi remetido para conta corrente 152455, mantida pelo Município de Fonte Boa/AM na Agência 3711 do Bradesco.

Conforme fls. 84, o valor pertinente à transferência efetuada em 04 de fevereiro de 2003 foi

remetido para a conta corrente 15709 mantida pelo Município de Fonte Boa/AM na Agência 3731 do Bradesco.

A partir das transferências, a conta corrente específica do convênio foi reduzida a saldos inferiores a R\$ 20,00, no período de fevereiro de 2003 até agosto de 2004 (fls. 32/50), quando a conta foi zerada (fls. 50/54). A conta permaneceu zerada no período de setembro de 2004 a janeiro de 2005.

Visando comprovar a aplicação dos recursos pertinentes aos saques e às transferências bancárias, que redundaram na total utilização do dinheiro repassado pela Funasa até então, o réu Sebastião Ferreira Lisboa apresentou as notas fiscais n° 3, 4, 6 e 7, de fls. 599/602.

As notas fiscais foram emitidas para corresponder às datas dos saques e transferências bancárias, ou seja, 20 de dezembro de 2002, 23 de dezembro de 2002, 31 de janeiro de 2003 e 04 de fevereiro de 2003.

Nota-se, porém, que em nenhuma das notas fiscais consta a assinatura da pessoa que atestaria a existências das medições da obra.

As notas fiscais documentam medições da obra, que na verdade sequer tinha sido iniciada quando da expedição dos documentos fiscais.

Os relatórios emitidos por técnico da Funasa e datados de 17 de fevereiro de 2003, 09 de julho de 2003 e 06 de novembro de 2003 (fls. 475, 476 e 482) informam que a obra não tinha sequer sido iniciada.

Os valores foram sacados ou transferidos para outras contas sem que nenhuma obra tivesse sido realizada.

Ainda assim, em 31 de dezembro de 2004, a Funasa repassou R\$ 189.135,84 ao Município a título de 2 parcela do convênio, conforme fl. 245. O dinheiro foi creditado na conta específica do convênio em 05 de janeiro de 2005, conforme fl. 55.

Ainda no dia 05 de janeiro de 2005, indevidamente foram transferidos recursos da conta específica do convênio para outra conta, cujo titular é o Município de Fonte Boa/AM. Na oportunidade foram desviados R\$ 50.000,00 para a conta corrente 107.504, da agência 3378-2 do Banco do Brasil, tudo conforme fls. 55 e 85.

No dia 26 de janeiro de 2005, outros R\$ 96.310,00 foram desviados, sempre indevidamente, para a conta 107.505-5, agência 3378 do Banco do Brasil, conforme fls. 55 e 86.

Outras duas transferências irregulares, respectivamente de R\$ 25.000,00 e R\$ 18.769,65, foram ainda efetuadas nos dias 1° de fevereiro e 03 de fevereiro de 2005. Os valores foram desviados da

conta específica do convênio para a conta 107.504 da agência 3378, mantida pelo Município de Fonte Boa/AM.

Assim, a conta permaneceu com saldo zero entre fevereiro de 2005 e maio do mesmo ano.

Conforme relatório do técnico da Funasa (fl. 617), embora liberadas as duas primeiras parcelas do convênio e utilizados (indevidamente) todos os recursos do convênio, somente 10,69% das obras tinham sido realizadas.

O relatório foi confeccionado após visita ao local das obras em 14 de março de 2005 e informa que as poucas obras realizadas somente tiveram início em 08 de novembro de 2004.

Ainda conforme fl. 617, várias irregularidades administrativas foram constatadas.

Notoriamente, o técnico que efetuou a visita informou a ocorrência de absurdos cometidos no uso dos recursos do convênio, conforme fl. 617.

Mesmo diante do flagrante descumprimento do objeto do convênio e notório desvio de recursos, o réu Josemar Cavalcante da Silva, na condição de servidor da Funasa, distorcendo os fatos e ignorando as evidências, opinou pela aprovação da prestação de contas pertinentes à primeira parcela dos recursos (fls. 625/627).

É de se registrar que o réu Josemar Cavalcante da Silva é Analista de Prestação de Contas e era Coordenador Regional da Funasa no Amazonas (fls. 626/627) e em tais condições tinha a obrigação de zelar pela regular aplicação dos recursos.

Com base nas informações do réu Josemar Cavalcante da Silva, foi aprovada a prestação de contas.

O réu Josemar Cavalcante da Silva, com base na aprovação das contas, lançou no Siafi as informações acerca da aprovação da prestação de contas da primeira parcela do convênio (fl. 629) e encaminhou o processo administrativo para liberação de mais recursos (fl. 630).

Como bem salientou o MPF, a conduta do réu Josemar Cavalcante da Silva simplesmente ignorou a realidade dos fatos, recomendou a aprovação e permitiu a liberação de novos recursos, quando se operava notório desvio de recursos do convênio.

Assim, a terceira parcela dos recursos do convênio, no valor de R\$ 237.530,83, foi repassada ao Município de Fonte Boa no dia 29 de abril de 2005 (fl. 632).

Conforme fls. 59 e 89, o dinheiro foi creditado na conta específica do convênio em 03 de maio de 2005.

Já no dia 05 de maio de 2005, R\$ 137.000,00 foram transferidos irregularmente para a conta 107505, mantida pelo Município de Fonte Boa na agência 3378, do Banco do Brasil (fls. 59 e 89).

O saldo remanescente, R\$ 100.530,83, foi transferido irregularmente, em 06 de maio de 2005, para a conta 107504, mantida pelo Município de Fonte Boa/AM na agência 3378 (fls. 59 e 89).

O Relatório da Funasa de fls. 685/694 informa que as obras estavam paralisadas em 24 de novembro de 2005 e que, malgrado liberados os R\$ 640.000,00 do convênio, apenas 10,69% das obras tinham sido realizadas. E todo o restante do dinheiro foi desviado.

O Relatório do técnico da Funasa, de 02 de março de 2006 (fl. 702), informa que nenhuma obra foi realizada depois de 24 de novembro de 2005 e que somente 10,69% das obras foram concluídas. Resta, assim, a constatação de que quase 90% do dinheiro foi simplesmente desviado pelos réus.

Os valores, como já se salientou, foram depositados na conta corrente 10.220-2, da agência 0577, do Banco do Brasil, aberta pela Funasa especificamente para movimentação de dinheiro do convênio, conforme fl. 139.

Os valores, segundo o disposto na Cláusula Terceira, Subcláusula Primeira do Convênio (fl. 132), somente poderiam ser movimentados pelo Município para pagamento de despesas previstas no Plano de Trabalho.

Os documentos de fls. 30/71 e 76/91 demonstram que parte dos recursos, como acima mencionado, foi simplesmente movimentado pelo Município de Fonte Boa/AM para outras contas do Município, em absoluto desrespeito ao convênio.

Outra parte do dinheiro foi sacada na “boca do caixa” pelos réus Wilson Ferreira Lisboa e Armindo Inocêncio de Oliveira. Apenas 10,69% das obras foram realizadas, denotando descumprimento do convênio e desvio de dinheiro.

Além da clara determinação da Cláusula Terceira, Subcláusula Primeira do Convênio (fl. 132), também determinam a prévia realização da obra para qualquer pagamento: o Edital, o contrato do Município com a ré Construlipe Construções e Comércio Ltda e a Ordem de Serviço assinada pelo réu Wilson Ferreira Lisboa.

Obviamente nem necessário se faziam tais determinações em edital, contrato e ordem de serviço, já que se trata de disposição legal de realização de despesa pública.

Tem-se, portanto, que os réus Wilson Ferreira Lisboa, então prefeito municipal (fl. 90) e Armindo Inocêncio de Oliveira, então tesoureiro

(fl. 91), apropriaram-se de valores sacados na “boca do caixa” (R\$ 163.000,00), conforme já exposto.

O restante do dinheiro foi desviado do objeto do convênio, sendo executadas obras correspondentes a apenas 10,69% do total.

O réu Sebastião Ferreira Lisboa apresentou a prestação de contas e as notas fiscais que simulavam a realização de obra inexistente (fls. 593/603) e, na condição de prefeito municipal, conseguiu a liberação da 3ª parcela do convênio e dilapidou parte dos recursos, tal qual o réu Wilson Ferreira Lisboa, que também foi prefeito municipal durante a vigência do convênio.

O réu Josemar Cavalcante da Silva emitiu pareceres favoráveis para aprovação da prestação de contas da primeira parcela, mesmo em absoluto descompasso com a prova dos fatos. Referido réu também foi decisivo na liberação da 3ª parcela.

A empresa Construlipe Construções e Comércio Ltda e seus sócios Sélbia Cristina Reis Aragão e José Hertel Garcia de Lima contribuíram decisivamente para o desvio de recursos, mediante fornecimento das notas fiscais que atestaram falsamente a realização de parte da obra (fls. 599/602).

A empresa Construlipe Construções e Comércio Ltda teve aumento ingente em seu capital social (de R\$ 7,27 para R\$ 100.000,00), redistribuiu o capital social e consolidou o contrato social em 17 de abril de 2001 (fls. 554/558).

Os números das notas fiscais (nº 3, 4, 6 e 7), emitidas entre 20 de dezembro de 2002 e 04 de fevereiro de 2003, para simular a realização das obras, relevam fato curioso, já que a empresa existia há tempo considerável, mas só tinha emitido 02 notas fiscais, malgrado a autorização para impressão das notas fosse de 22 de julho de 2002.

Também curioso o fato de que a autorização para impressão do documento fiscal tenha sido emitida apenas 05 dias depois da Ordem de Serviço (fls. 599 e 680).

A empresa venceu a licitação e, malgrado tenha recebido a Ordem de Serviço, somente realizou 10,69% das obras, contribuindo, assim como seus sócios, para a prática da improbidade administrativa.

São os réus Sélbia Cristina Reis Aragão e José Hertel Garcia de Lima beneficiários da prática da improbidade administrativa, na condição de sócios da empresa que expediu notas fiscais por obras não realizadas.

Tem-se a prática do ato de improbidade, com enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação aos princípios da administração pública.

Presente, notoriamente, elementos documentais veementes da prática de improbidade.

O perigo da demora também é manifesto, já que grande quantidade de dinheiro foi simplesmente sacada ou desviada com participação de todos os réus. Bastante difícil é a recuperação de dinheiro desviado dos cofres públicos.

Registre-se que o fato é ainda mais grave quando se verifica que os valores se destinavam ao saneamento básico de uma região miserável.

O manifesto descaso com que os réus trataram o interesse público, inclusive com saques absolutamente indevidos, indicam que os réus podem dilapidar o patrimônio, impedindo qualquer ressarcimento ao erário.

Assim, cabível e indispensável a determinação de indisponibilidade de todos os bens e direitos com valor econômico dos acusados até o limite do integral ressarcimento do dano.

O dano total é de R\$ 640.000,00.

Indispensáveis também todas as medidas requeridas pelo MPF no item “1” de fls. 32/34.

É imprescindível, para verificação dos bens e direitos com valor econômico dos réus, a quebra do sigilo fiscal e requisições mencionadas pelo MPF, visando a identificação dos bens e direitos dos réus.

Reitera-se, para efeito de quebra do sigilo fiscal e requisições indicadas às fls. 32/34, toda a argumentação acima tecida acerca dos atos de improbidade o perigo da demora.

Da Conclusão

Ante o exposto, defiro o pedido de indisponibilidade quaisquer bens ou direitos com valor econômico de todos os réus, até o montante de R\$ R\$ 640.000,00, em caráter solidário.

Visando a averiguação de bens ou direitos com valor econômico dos réus, defiro os pedidos formulados pelo MPF, item “1” (inclusive subitens) da petição inicial, salvo com relação ao Bacen-JUD, por inviabilidade técnica momentânea” (fls. 08/18).

Assim, a teor da decisão acima transcrita, há fundados indícios da prática dos atos administrativos apontados na ação respectiva, por parte do impetrante, portanto, a medida objetiva o ressarcimento do dano causado ao erário. No entanto, como sobredito, o MM. Juízo Federal impetrado ao deferir o pedido não fez ressalvas quanto às verbas de caráter alimentar, conforme requerido pelo Ministério Público Federal (fl. 48).

Dessa forma, ao deixar de descrever os limites da constrição patrimonial, a decisão ora atacada violou diretamente o disposto no art. 48, da Lei nº 8.112/90,

c/c art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, que estabelecem, respectivamente:

“Art. 48. O vencimento, a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, seqüestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial”

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

IV - Os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo”

Também merece referência o parecer emitido pelo d. Ministério Público Federal, da lavra do Procurador Regional da República, Dr. Luiz Augusto Santos Lima, quando acentuou:

“(…)

Foge ao princípio da razoabilidade admitir-se indisponibilidade de verbas de caráter alimentar, por sua própria natureza. As medidas cautelares servem ao processo e não ao direito das partes. Dessa forma, a indisponibilidade de bens deve ser decretada visando a uma possível obrigação de ressarcimento futuro, na Ação Civil Pública por atos de improbidade administrativa, não podendo prejudicar a parte envolvida de forma grave e danosa, como se verifica in casu.

Ademais, o próprio Parquet, na Ação Civil Pública ressaltou da pretendida indisponibilidade as verbas de caráter alimentar dos Requeridos. A autoridade coatora, ao deferir o pedido feito por aquele, sem transcrevê-lo *ipsis litteris*, não ressaltou as verbas salariais, o que pode ter acarretado erro na execução da medida” (fl. 111).

A jurisprudência é pacífica acerca dessa questão, conforme se depreende dos seguintes julgados abaixo colacionados:

“*Administrativo. Militar da reserva. Remuneração de transferência falsidade ideológica. Restituição de valores indevidamente recebidos. Suspensão. Mandado de segurança.*

1. Não tem direito à indenização por transferência o militar que, fazendo uso de declaração ideologicamente falsa, deixa de fixar residência na localidade indicada. Restituição de valores pagos que, por indevidos, não pode ser tida como ilegal.

2. Desconto que não deve ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração dos impetrantes, até a total quitação do débito, face ao caráter alimentar atribuído aos vencimentos do servidor.

3. Segurança parcialmente concedida” (STJ, MS nº 5814/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, 3ª Seção, julgado por unanimidade em 14/02/2001, publicado no DJ de 12/03/2001, p. 85).

“*Processual Civil. Agravo de instrumento. Servidor público. Penhora. Vencimentos. Impossibilidade.*

1. Inadmissível a exigência de bloqueio de vencimentos de servidor público, uma vez que revestidos de caráter alimentar, não podem ser objeto de penhora, arresto e seqüestro.

2. Precedente desta Corte.

3. Agravo de instrumento desprovido” (TRF – 1ª Região, AG nº 2006.01.00.016055-6/BA, Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado, 1ª Turma, julgado por unanimidade em 18/04/2007, publicado no DJ de 30/04/2007, p. 15).

“*Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Pagamento indevido. Boa fé. Reposição ao erário. Lei 8.112/1990, art. 46.*

1. Vencimentos do servidor público têm caráter alimentar, e por isso mesmo não estão sujeitos a penhora, arresto e seqüestro, exceto em caso de pensão de alimentos resultante de decisão judicial (art. 48, Lei nº 8.112/90, c/c os arts. 649, IV, 821 e 823, do CPC) donde: 1.1. Reposição de vencimentos do servidor público ao erário, recebidos indevidamente, de boa fé, faz-se nos termos do art. 46, da Lei nº 8.112/90, vigente à época.

2. Apelação e Remessa Oficial improvidas”

(TRF-1ª Região, AMS nº 95.01.11594-1/DF, Relatora Juíza Federal Convocada Maria José de Macedo Ribeiro, 2ª Turma, julgado por unanimidade em 22/05/2000, publicado no DJ de 28/02/2001, p. 09).

“*Processual Civil. Agravo de instrumento. Improbidade administrativa. Índícios veementes da prática de atos de improbidade administrativa. Indisponibilidade indistinta de bens. Impossibilidade. Suspensão do pagamento de remuneração. Incabimento.*

1. A indisponibilidade cautelar de bens e direitos do investigado não pode atingir os bens do requerido indistintamente.

2. Inexiste plausibilidade para a suspensão do pagamento da remuneração da recorrente, em razão da natureza alimentar da verba salarial.

3. Agravo de instrumento provido” (TRF-1ª Região, AG nº 2004.01.00.001130-3/RO, Relator Desembargador Federal Carlos Olavo, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 21/02/2005, publicado no DJ de 25/04/2005, p. 46).

Isso posto, concedo a segurança, confirmando a liminar anteriormente concedida, para que o bloqueio de valores não incida sobre os vencimentos do impetrante, depositados na conta nº 8.397-6, agência 1525-3, do Banco do Brasil.

Custas na forma da lei. Sem honorários advocatícios (Súmulas 105, do eg. Superior Tribunal de Justiça e 512, do eg. Supremo Tribunal Federal).

É o voto.

Terceira Seção

Conflito de Competência

2006.01.00.041699-5/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Autor: Roberto de Oliveira Aranha
Advogado: Dr. Roberto de Oliveira Aranha
Ré: União Federal
Procuradora: Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero
Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara – DF
Suscitado: Juízo Federal da 13ª Vara – BA
Publicação: DJ 2 de 26/10/2007

Ementa

Conflito de competência. Ação popular. Ajuizamento contra autoridade pública e não contra a União Federal competência do foro do domicílio do réu. CPC, art. 94.

I – Tendo o autor popular ajuizado a ação contra a autoridade pública responsável pelo ato impugnado, cuja condenação em perdas e danos requereu, e não contra a União, a regra de competência aplicável é a do art. 94, do CPC (foro do domicílio do réu).

II – Conflito de competência acolhido, para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Suscitante.

Acórdão

Decide a Terceira Seção, por unanimidade, conhecer do conflito de competência, para declarar competente o Juízo Suscitante.

3ª Seção do TRF da 1ª Região – 18/09/2007.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que declinou da competência para processar e julgar ação popular, por entender ser o Distrito Federal o foro competente, por ter sido ajuizada contra atos praticados pelo Presidente da República, no exercício de sua competência privativa (Lei nº 4.717/65, art. 5º).

Entende o Juízo Suscitante que o dispositivo legal citado não autoriza a conclusão de que todas as causas que envolvam autoridades federais e, via de regra, a União Federal devam ser aforadas no Distrito Federal. Isto porque o § 2º do art. 109 da CF/88 autoriza o ajuizamento das ações contra a União Federal na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela em que houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, ou onde esteja situada a coisa, além do Distrito Federal.

Por tais razões, entende ser legítima a escolha do autor pelo foro de seu domicílio, sob pena de dificultar o acesso do cidadão ao meio processual colocado à sua

disposição (ação popular), para o controle jurisdicional dos atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, dentre outros (CF/88, art. 5º, LXXII).

Parecer do MPF pelo conhecimento do conflito, para declarar competente o Juízo Suscitado.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Cuida-se de ação popular ajuizada por Roberto de Oliveira Aranha contra o Presidente da República, Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, objetivando sejam declarados nulos atos de perdão concedidos pelo requerido às dívidas da Bolívia e de países africanos com o Brasil. Pede, ainda, o autor popular a condenação do réu ao pagamento de perdas e danos.

A União ingressou no feito e apresentou contestação, tendo, também argüido a incompetência da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

Acolhida a exceção de incompetência, não aceitou o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal a competência para processar e julgar a ação popular, donde o presente conflito de competência.

Tivesse a ação popular sido ajuizada contra a União Federal não teria dúvida em acolher o entendimento do juízo suscitante de que assistiria ao autor popular optar pelo foro de seu próprio domicílio, tendo em vista o disposto no art. 109, § 2º, da CF.

Ocorre que a ação foi ajuizada apenas contra a pessoa física do Presidente da República e não contra a União. O pedido de condenação foi contra ele dirigido. A União ingressou no pólo passivo, espontaneamente, assim como poderia ter ingressado no pólo ativo, por força do disposto no § 3º do art. 6º da Lei 4.717/65.

Penso que a intervenção espontânea da União no pólo passivo não tem a consequência de alterar a regra geral de competência segundo o domicílio do réu (CPC, art. 94). O autor optou por ajuizar ação contra a pessoa física do Presidente da República e não contra a União e, neste caso, não tem a seu favor a regra de

competência estabelecida no art. 109, § 2º, da CF.

Não menos importante do que o princípio da facilidade de acesso ao Judiciário do autor popular é o princípio da facilitação do direito de defesa do réu. Este, hoje é titular de cargo público que lhe permite exercer seu direito de defesa por meio da AGU (dado que, no caso em exame, a União considerou que a defesa do ato impugnado atende ao interesse do ente público). Poderá, todavia, a qualquer momento, vir a exercer seu direito de constituir advogado para apresentar defesa em nome próprio, já que contra si foi deduzido pedido de indenização.

A competência, no caso, é ditada, portanto, pelo foro do domicílio do réu, o Distrito Federal.

Em face do exposto, acolho o presente conflito de competência, para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Suscitante.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, também acompanho Sua Excelência, a Relatora, no particular.

A Lei da Ação Popular legitima qualquer cidadão a pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, das sociedades autárquicas etc. Mas, embora o art. 6º da LAP diga que a demanda pode ser proposta contra pessoas públicas ou privadas no art. 1º, em verdade são as autoridades, os funcionários ou administradores que houveram autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado que são os réus nesse tipo de demanda, pois eles e os beneficiários diretos do tal ato é que deverão responder pela reparação da lesão.

E podendo a parte autora considerar que a pessoa jurídica de direito público é, em verdade, quem sofre os atos lesivos, pode dirigir a sua pretensão exclusivamente contra servidores ou agentes públicos, conforme permite o já mencionado art. 6º. Daí que não é de ser aplicado o art. 109 da Constituição, mas a regra geral do Código de Processo Civil, segundo a qual o réu é demandado em seu domicílio. Também declaro competente o juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do DF, o suscitante.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira e Selene Maria de Almeida. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e Souza Prudente.

Quarta Seção

Conflito de Competência

2007.01.00.039207-8/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Autora: Sandra Regina da Silva Sena
Advogados: Dr. Edvaldo Adriany Silva e outros
Réu: Conselho Regional de Técnicos em Radiologia 9ª Região
Procurador: Dr. Marcos da Silva Cazorla Barbosa
Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Aparecida de Goiânia/GO
Suscitado: Juízo Federal da 7ª Vara/GO
Publicação: DJ 2 de 09/11/2007

Ementa

Tributário e Processual Civil. Conflito de competência. MS objetivando extinção de crédito objeto de antecedente EF: competência absoluta do juízo da sede da autoridade coatora. Impossibilidade de declinação de competência para juízo sediado em outra comarca, na qual tramita a EF.

I – A competência para processar e julgar o MS é absoluta e pertence ao juízo do local em que sediada a autoridade coatora (STJ, CC nº 41579/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, S1, ac. un., DJ 24/10/2005, p. 156)

II – A competência, no caso relativa, para a EF fixou-se com o seu ajuizamento, anteriormente ao MS e no domicílio da executada, não podendo ser alterada.

III – Conflito de competência de que se conhece, declarado competente o suscitado, Juízo Federal da 7ª Vara/GO.

IV – Peças liberadas pelo Relator, em 26/09/2007, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 4ª Seção conhecer do conflito de competência e declarar competente o Juízo suscitado, Juízo Federal da 7ª Vara/GO, por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 26/09/2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:
— Sandra Regina da Silva Sena ajuizou (f. 06/11) em 05 DEZ 2006, perante a 7ª Vara da Seção Judiciária de Goiás/GO, MS contra ato do Presidente do Conselho Regional de Técnicos em Radiologia – 9ª Região, com sede em Goiânia-GO, objetivando a “suspensão” da EF nº 2006.35.04.006584-5, ajuizada em 27 ABR 2006 (f.

15/18), que lhe é movida pelo CRTR – 9ª Região para cobrança de anuidades, a qual tramita pela Vara Federal Única da Subseção Judiciária de Aparecida de Goiânia/SJGO, domicílio da Executada.

Por decisão (f. 44/6) datada de 29 MAI 207, o MM. Juiz Federal Substituto Warney Paulo Nery Araújo, da 7ª Vara/GO, declinou da competência para a Vara Federal Única da Subseção Judiciária de Aparecida de Goiânia/GO, nestes termos:

“A parte impetrada informou que ingressou com “Ação de Execução Fiscal” em face da parte impetrante, em trâmite na Vara Única da Subseção Judiciária de Aparecida de Goiânia/GO, sob o nº 2006.35.04.006584-5, cuja causa de pedir é idêntica à do presente feito, conforme se depreende das peças de f. 11/12 e 115/116. O caso em apreciação está tratado pelos arts. 103 e 106 do CPC.

Depreende-se da leitura do comando legal que as ações, no caso concreto, devem ser submetidas à apreciação de um único Juízo para preservar a uniformidade das decisões e a segurança jurídica.

Assim sendo, tendo em vista que a reunião de processos deve ocorrer sempre que haja possibilidade de decisões contraditórias, dou-me por incompetente para apreciar o presente feito, nos termos do art. 106 do CPC e, por consequência, determino a remessa dos presentes autos à Subseção Judiciária de Aparecida de Goiânia/GO...”

Por decisão (f. 47) datada de 28 AGO 2007, o MM. Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros, da Vara Única da Subseção Judiciária de Aparecida de Goiânia/GO, suscita conflito negativo de competência, ao entendimento de que, tratando-se de MS a competência para processá-lo e julgá-lo é do Juízo onde tem sede a autoridade coatora, competência absoluta. Sendo a autoridade coatora sediada em Goiânia/GO, a competência inderrogável é do juízo da 7ª Vara Federal/GO.

A PRR (f. 51/5) opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o suscitado, ao fundamento de que o competente para processar e julgar o MS é o juízo da sede da autoridade coatora. Reforça, ainda, a inexistência de conexão nem litispendência entre EF e MS.

Recebi os autos em Gabinete, com parecer da PRR, em 13 SET 2007.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — A competência para processar e julgar o MS é absoluta e pertence ao juízo do local em que sediada a autoridade coatora:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Roberto Carvalho Veloso, Osmane Antônio dos Santos e Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocados).

Conflito negativo de competência. Mandado de segurança. Competência absoluta estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade impetrada e a sua categoria profissional. (...)

1. Na linha de orientação desta Corte Superior, em se tratando de mandado de segurança, a competência para processamento e julgamento da demanda é estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional, o que evidencia a natureza absoluta e a improrrogabilidade da competência, bem como a possibilidade de seu conhecimento ex officio. Precedentes.

(...)

(STJ), CC nº 41579/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, S1, ac. un., DJ 24/10/2005, p. 156)

A competência, no caso relativa, para a EF fixou-se com o seu ajuizamento, em 27 ABR 2006, anteriormente ao MS e no domicílio da executada, não podendo ser alterada.

Ainda que assim não fosse, apenas como reforço de argumento, não há falar em conexão entre MS e EF

“Processual Civil. Conflito de competência. Mandado de segurança e ação ordinária: inexistência de conexão ou litispendência.

1. Não há falar em conexão, muito menos em litispendência, entre “mandado de segurança” e “ação ordinária (ou qualquer outra ação cível), porquanto a natureza especialíssima da ação mandamental objetiva exclusivamente a proteção de direito líquido e certo contra ato certo e determinado; o processo ordinário examina a questão em mais largo espectro e com vasta instrução probatória, ainda quando matéria exclusivamente de direito, independentemente de um ato concreto violador do eventual direito buscado.

2. Sem o mesmo objeto, a mesma causa de pedir e a mesma identidade de partes, não há conexão (sequer litispendência) entre “ação ordinária” e “mandado de segurança”, menos ainda se um deles já estava sentenciado ao tempo do ajuizamento do outro (Súmula 135/STJ).

3. Conflito conhecido. Competente o Juízo Federal da 21ª Vara.

(...)”

(CC nº 2004.01.00.005681-3/DF, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, S4, DJ II 12/05/2004, p. 02)

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro competente o suscitado, Juízo Federal da 7ª Vara/GO.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Senhor Presidente, considero que, quando o objeto do mandado de segurança for exatamente o mesmo da execução fiscal, ou contraposto a ele (um quer cobrar e o outro quer anular o débito), é possível se falar em conexão. Mas, no caso, vou ficar com o outro argumento de Vossa Excelência, no sentido de que, sendo a competência para o ajuizamento de mandado de segurança absoluta em razão da sede da autoridade coatora, não cabe o deslocamento dessa competência.

Acompanho Vossa Excelência.

Primeira Turma

Apelação Cível

1998.34.00.014144-5/DF

Relator:	O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes (convocado)
Apelante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado:	Cesar Antonio Moreira
Advogados:	Dr. Antonio Nabor Areias Bulhões e outros
Publicação:	DJ 2 de 12/11/2007

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público demitido. Controle judicial do ato administrativo. Absolvição na esfera criminal. Repercussão. Reintegração. Efeitos.

I – O Judiciário não pode se intrometer no âmbito subjetivo do ato administrativo, não lhe cabendo a análise da conveniência e oportunidade do ato administrativo praticado. Entretanto, deve analisar seu caráter objetivo, auferindo sua legitimidade e legalidade e verificando os pressupostos que autorizam sua prática.

II – Durante o processo administrativo disciplinar não houve prova específica quanto à conduta do autor. O conjunto probatório não é convergente no sentido de sua responsabilidade, cuja dúvida milita em seu favor, eis que não há nos autos provas de sua participação, mas, tão-somente, meras presunções, suposições.

III – Mantida a sentença que determinou a reintegração do servidor no cargo de AFTN com direito ao tempo de serviço, vencimentos e vantagens que lhe seriam pagas durante todo o afastamento, de modo a preservar todos os direitos do servidor atingidos pela ilegalidade. Mantida a tutela antecipada deferida no bojo da sentença

IV – A correção monetária deve ser aplicada desde a data em que cada parcela se tornou devida (Súmula 19 deste Tribunal), com a utilização dos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

V – Juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, até o advento da MP 2.180-35/01, quando devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês.

VI – Os honorários de advogado, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, não incidindo sobre as parcelas vincendas (art. 20, § 3º e 4º do CPC).

VII – Apelação não provida. Remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.

Acórdão

Decide a 1ª Turma do TRF 1ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, nos termos do voto do Juiz Relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 24/10/2007.

Juiz Federal *Miguel Angelo de Alvarenga Lopes*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de

Alvarenga Lopes: — Trata-se de apelação cível e remessa oficial em Ação Ordinária proposta por Cesar Antonio Moreira contra a União Federal, objetivando

a declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar e, por via de consequência, do decreto demissório, e a sua reintegração no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional com o pagamento dos vencimentos e vantagens devidos a partir de sua demissão, com todos os consectários legais, inclusive custas processuais e honorários advocatícios.

Na inicial o autor narra que integrava há mais de 10 anos os quadros funcionais da Receita Federal exercendo o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, quando foi demitido em 05.05.99, por ato do Presidente da República, nos termos do arts. 141, I, 117, IX e 132, IV e XIII, todos da Lei n. 8.112/90, baseado no Processo Administrativo Disciplinar n. 10168.003739/97-39, instaurado para apurar denúncia de tentativa de extorsão atribuída ao autor e Alberto Moreira de Sena contra sócios da Clínica do Coração.

Sustenta que o ato demissório fundou-se em procedimento administrativo disciplinar que violou seu direito constitucional à ampla defesa, porquanto a portaria que instaurou a Comissão do Processo Administrativo Disciplinar não dispôs de forma clara o objeto da acusação, tendo sido feita imputação genérica de “tentativa de extorsão”, e cogitando de fatos estranhos ao objeto do Processo Administrativo.

Alega ainda que o processo administrativo e, conseqüentemente, o ato demissório, são manifestamente nulos, por vício de contradição entre o fundamento do decreto de demissão e o objeto do processo administrativo, determinado pela Portaria instauradora e que a indicição não descreveu os atos ou fatos imputados ao autor com todas as suas circunstâncias, violando frontalmente os princípios constitucionais estabelecidos no art. 5º, incisos LIV e LV.

Aduz ainda que os depoimentos dos sócios e diretores da Clínica do Coração são inservíveis pois, como vítimas das infrações imputadas ao autor, não poderiam depor como testemunhas, a teor do disposto no art. 201, CPP.

Na sentença de fls. 842/865, publicada em 15.03.2006, o MM. Juiz Federal da 4ª Vara/DF, Dr. Itagiba Catta Preta Neto, considerando que houve violação ao contraditório e a ampla defesa, julgou procedente o pedido, para declarar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar e, por via de consequência, do ato demissório, além de decidir por antecipar os efeitos da tutela, determinando que a ré

procedesse à imediata reintegração do autor no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, em padrão/nível compatível com seu tempo de serviço, como se em efetivo exercício estivesse desde o ato demissório ora anulado. Ao final ainda condenou a ré ao pagamento dos vencimentos e vantagens devidos ao autor a partir da demissão, bem como a pagar as custas processuais porventura adiantadas e dos honorários advocatícios, este fixado em 10% do valor da condenação.

A União interpôs recurso de apelação às fls. 876/883, requerendo inicialmente o efeito suspensivo ao presente recurso para tornar sem efeito a antecipação de tutela concedida, uma vez que não foram observados os requisitos autorizadores em lei, além de não haver perigo na demora da prestação jurisdicional.

No cerne, a apelante assevera que o juízo *a quo* partiu de premissa equivocada, já que existem outras provas a incriminar o autor, tais como alguns trechos do depoimento das testemunhas que afirmam ter estado na presença dos dois acusados nos momentos da exigência da vantagem indevida, onde o acusado Alberto coordenava a operação e, por outro lado, o autor ora apelado tornava viável a finalização com sucesso da negociação, pois era ele o fiscal responsável.

A União alega, ainda, que o fato de ter ocorrido a absolvição criminal não obriga a Administração a manter em seus quadros o servidor, tendo em vista que as instâncias penal e administrativa são independentes, e além disso, o processo administrativo tramitou de forma regular. Deste modo, protesta para a não manutenção dentro de um órgão de um servidor que, no mínimo, teve conhecimento de um esquema de corrupção e quedou-se inerte.

Ao final, a União requer para efeito de eventual pré-questionamento sejam enfrentados no v. acórdão ofensa aos arts. 125, 126, 128, 132, da Lei 8.112/90, além do art. 2º e 41 CF/88.

Intimado, o autor apresentou contra-razões às fls. 886/907.

Os autos então subiram a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes: — Trata-se de apelação cível interposta

contra sentença que julgou procedente o pedido declarando a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar e, por via de consequência do ato demissório, e condenou a União a reintegrar o autor no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, com o pagamento dos vencimentos e vantagens devidos a partir de sua demissão, com todos os consectários legais, inclusive custas processuais porventura adiantadas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Remessa oficial tida por interposta nos termos do art. 475, I, CPC, não se aplicando a ressalva contida em seu § 2º, eis que é ainda ilíquido o valor da condenação. Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conheço do recurso de apelação interposto.

A questão posta nos autos para análise e julgamento em sede recursal diz respeito ao direito do autor ser reintegrado aos quadros de servidores públicos, bem como receber os valores decorrentes da exoneração anulada, corrigidos monetariamente.

Conforme exsurge dos autos, o Processo Administrativo n. 10168.003739/97-39 (fls. 17/627) foi instaurado por intermédio da Portaria n. 1.354/97, do Secretário da Receita Federal, designando Comissão Processante “incumbida de apurar denúncia de contribuinte relativa a tentativa de extorsão pelos servidores César Antônio Moreira, AFTN, Matrícula nº 3.011.681-3, e Alberto Moreira de Sena, AFTN, Matrícula nº 3.022134-0, que resultou na prisão em flagrante do servidor Alberto, bem como outros fatos correlatos que emergirem no decorrer dos trabalhos.”

Fundamentou a edição da referida Portaria o parecer da Divisão de Ética e Disciplina da Corregedoria Geral da Secretaria da Receita Federal propondo a instauração do procedimento disciplinar, tendo em vista o Termo de Intimação lavrado pelos dois AFTN, em uma ação fiscal ampla da empresa Clínica do Coração Cardiologia e Cirurgia Cardiovascular Ltda., abrangendo os exercícios de 1992, 1993, 1994, 1995 e 1996, e uma reportagem do jornal Correio Brasiliense, noticiando a prisão do AFTN Alberto Moreira de Sena, que “extorquia dinheiro de comerciantes ameaçando-os com

multas” e ainda, “que Alberto foi preso em flagrante, no estacionamento do Park Shopping, quando iria receber R\$ 200 mil de uma vítima e que agia em parceria com o fiscal César Augusto Moreira...”.

Designada a comissão processante, os servidores foram devidamente interrogados na presença dos respectivos patronos e notificados para acompanhar o apuratório, o que fizeram pessoalmente e por intermédio de seus procuradores e, em face do conjunto probatório carreado aos autos, foram indiciados por valerem-se do cargo para lograr proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função pública e por terem praticado ato ímprobo (art. 117, inc. IX e art. 132, inc. IV, da Lei n. 8.112/90). Posteriormente citados, os servidores apresentaram defesa escrita.

A União suscita na apelação que não cabe controle judicial para declarar o ato nulo, já que isto significaria intromissão na esfera administrativa.

Tal tese contraria diretamente a Carta Magna, artigo 5º, inciso XXXV, que preceitua que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Judiciário.

É noção pacífica que o Judiciário não pode se intrometer no âmbito subjetivo do ato administrativo, ou seja, não lhe cabe a análise da conveniência e oportunidade do ato.

Entretanto, deve analisar seu caráter objetivo, auferindo sua legitimidade e legalidade. Ocorre que, para analisar a legalidade do ato, é necessário verificar o pressuposto de fato que autoriza sua prática.

Quando o Judiciário analisa os motivos do ato, não o faz para julgar a conveniência ou oportunidade, mas para verificar a legalidade. Desta forma, a validade do ato depende de existir o motivo que houver sido enunciado, ou seja, se o motivo invocado pela administração for inexistente, o ato praticado será inválido.

No caso em análise, o Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, o senhor César Antônio Moreira, foi acusado de extorsão e demitido por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública.

Da análise dos autos, verifico que não houve prova específica quanto à conduta do referido servidor. Ressalte-se que foi absolvido na esfera criminal com base na insuficiência de provas quanto à sua conduta nos fatos noticiados na Portaria que instaurou o PAD.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado). Ausente, por motivo de licença prêmio por assiduidade, o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

Mesmo que de forma relativa, há que se considerar tal situação, pois o mesmo ocorreu no processo administrativo disciplinar.

O conjunto probatório não é convergente no sentido da responsabilidade do autor-apelado, cuja dúvida milita em seu favor, eis que não há nos autos provas de sua participação, mas, tão-somente, meras presunções, suposições.

A sentença recorrida destacou o elucidativo voto do eminente Desembargador Federal Cândido Ribeiro, relator da Apelação Criminal interposta pelo autor, cujo trecho transcrevo:

“No que pertine à conduta do segundo réu, César Antônio Moreira, não vislumbro a mesma evidência na situação encontrada nas ações ilícitas encetadas pelo primeiro acusado. Senão vejamos.

A principal prova que serviu para condenar ambos os denunciados foi a gravação da conversa havida entre o primeiro acusado e os diretores da Clínica do Coração, cujo laudo encontra-se às fls. 18/25 (...)

Ora, não se pode afirmar categoricamente que César participou do esquema apenas porque seu nome foi citado no diálogo entre o primeiro acusado e os diretores da clínica, pois Alberto pode simplesmente ter feito isso para valorizar a soma pedida. (...)

Por isso, as declarações, nas circunstâncias em que foram feitas por Alberto, somente podem comprometé-lo, pois são absolutamente insuficientes para incriminar o co-denunciado.

Ressalto, entretanto, que ilações como: “em regra um criminoso não deposita seus rendimentos em contas no próprio nome” ou “... a justificativa não é verossímil, ainda mais diante das acusações que o cercam” ou ainda “... cuja origem não esclareceu adequadamente” estão impregnadas de pré-julgamento.”

Assim, não havendo prova da autoria dos fatos que são imputados ao apelado, o motivo para a pena de demissão aplicada administrativamente é inexistente, o que invalida o ato praticado.

Ressalte-se que o Procedimento Administrativo Disciplinar marca-se como instrumento destinado a apurar a responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo investido (art. 148 da Lei n. 8.212/90), sujeitando-se, por esta razão, ao devido processo legal, à semelhança do processo judicial,

não havendo desta forma a alegada infringência aos artigos 125, 126, 128 e 132 da Lei n. 8.112/90 e art. 2º da Constituição Federal.

Confira-se os seguintes precedentes deste tribunal quanto ao controle judicial dos atos administrativos disciplinares:

“Administrativo. Constitucional. Ato administrativo disciplinar anulação. Ausência de justa causa. Motivos determinantes. Princípio da legalidade.

1. No controle judicial do ato administrativo disciplinar cabe ao Poder Judiciário verificar, em síntese, se existe ou não causa legítima que autorize a imposição de sanção disciplinar, sendo-lhe vedado, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa. (Cf. STF, MS 20.999-2/DF, Pleno, Min. Celso de Mello, DJ 25/05/1990; RTJ 49/621 e 79/318.)

2. Cabe-lhe, portanto, o exame da legalidade intrínseca e extrínseca do ato, isto é, a aferição da competência da autoridade, da observância das formalidades essenciais e da regularidade da sanção disciplinar aplicada, aí incluindo-se a perquirição em torno da existência do fato ou de sua adequação à previsão legal, o que não importa apreciação da conveniência, utilidade, oportunidade ou necessidade da punição disciplinar. (Cf. RTJ 100/1381.)

3. A judicial review da legalidade do ato disciplinar envolve, necessariamente, a análise da situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, do seu motivo determinante.

4. Uma vez delimitado, na sua extensão, o motivo determinante do ato administrativo, não é mais possível ao agente público a sua manutenção por fundamento diverso, ainda que presente no momento da sua prolação. (Cf. STJ, ROMS 11.336/PE, Quinta Turma, Min. Jorge Scartezini, DJ 19/02/2001.)

5. Inexistência, no presente caso, de ato de indisciplina imputado ao autor que ensejasse a instauração de sindicância e a aplicação da punição prevista no art. 364, XLII, do Decreto 59.310/66 – Estatuto dos Policiais Civis Federais.

6. Sentença confirmada em remessa oficial. Apelação improvida.”

(AC nº 1997.01.00.037622-5/MG. 1ª Turma Suplementar. Relator Juiz Convocado João Carlos Mayer Soares. DJ 03.10.2002. p.202).

“Administrativo e Penal. Servidor público demitido. Declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar. Reintegração. Existência de

sentença penal condenatória transitada em julgado. Aplicação de pena privativa de liberdade. Perda do cargo público. Pedido improcedente.

1. O processo administrativo disciplinar que se desenvolve regularmente não merece ser declarado nulo. Havendo o ex-servidor praticado vários atos delituosos apurados na esfera administrativa que não foram, todavia, considerados na sentença penal condenatória não configura, por si só, nulidade do processo administrativo. O ilícito administrativo independe do ilícito penal. A punição interna apenas é afastada quando houver absolvição criminal decorrente de prova de que o servidor não foi o autor do ato criminoso ou da inexistência do próprio fato.

Omissis". (AC nº 1998.34.00.032027-7/DF. 2ª Turma. Relator Desembargador Federal Tourinho Neto. DJ 25.04.2003. p.33).

Em atenção à remessa oficial, anoto que a correção monetária deve ser aplicada desde a data em que cada parcela se tornou devida (Súmula 19 deste Tribunal), com a utilização dos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

E, na linha do decidido por este Tribunal e pelo STJ, tendo sido a ação proposta antes da edição da MP 2.180-35/01, são devidos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, até o advento da citada MP, quando devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês (STJ - REsp nº 734.455/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 19.09.2005, p. 376; AgRg no Ag 680324/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 12.09.2005, p. 388; TRF/1ª Região - AC 1999.01.00.067950-1/RR; Rel. Juíza Federal Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (Conv.), 2ª Turma Suplementar, DJ de 20/09/2005, p. 7; AC 1999.36.00.000102-8/MT, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 2ª Turma, DJ de 28/07/2005, p. 49).

Quanto aos honorários de advogado, estes devem ser pagos pela União no valor equivalente a 10% das parcelas vencidas, considerando os balizamentos do art. 20, §§ 3º e 4º, CPC.

Por se tratar de condenação da Fazenda Pública aplico, ainda, por interpretação analógica, a Súmula 111 do STJ. Assim, devem ser excluídas do cálculo da condenação da verba honorária as parcelas vencidas posteriormente à data deste julgado, que são consideradas vincendas. Precedentes: AC nº 2000.38.00.027292-1/MG, 1ª Turma. Relator Desemb. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ 24.11.2003,

p. 25; AC nº 1997.01.00.060224-4/AC. 1ª Turma Suplementar. Relator Juiz Conv. Antônio Cláudio Macedo da Silva, DJ 05.08.2004, p. 28.

Ressalte-se, ainda, que a antecipação de tutela deferida na sentença deve ser mantida, já que presente os seus pressupostos diante do reconhecimento do direito do servidor e diante do caráter alimentar dos vencimentos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, confirmando a sentença que determinou a reintegração do autor no cargo antes ocupado de AFTN, com direito ao tempo de serviço, vencimentos e vantagens que lhe seriam pagas durante todo o afastamento, de modo a preservar todos os direitos do servidor atingidos pela ilegalidade, mais consectários nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2003.01.00.034542-7/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves
Apelantes: Dirce Barbosa dos Santos e outro
Advogados: Dr. Paulo Ferreira Loreto Neto e outro
Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procurador: Dr. José Adalberto Fernandes
Publicação: DJ 2 de 26/10/2007

Ementa

Administrativo. Servidor. Integração aos quadros do Incra. Possibilidade. Lei nº 7.231/84. Falecimento do servidor no curso da ação anterior. Impossibilidade de habilitação processual. Ação ordinária movida pelas herdeiras. Pensão por morte estatutária e pagamento de diferenças salariais. Cabimento. Aplicação presumida da Lei nº 7.662/88. Operacionalização do pagamento. Lei nº 3.373/58. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios.

I – Em setembro de 1988 foi julgado procedente o mandado de segurança ajuizado pelo companheiro e pai das autoras, servidor público que investiu contra o ato administrativo denegatório de seu pedido de integração aos quadros do Incra.

II – Após a remessa dos autos a esta Corte sobreveio o falecimento do referido servidor, razão pela qual o processo foi extinto sem julgamento do mérito, ante a impossibilidade de habilitação das herdeiras do *de cujus*, em sede de ação mandamental.

III – Ato contínuo, as referidas herdeiras ajuizaram a presente ação ordinária, postulando o pagamento das diferenças salariais devidas, bem assim a concessão de pensão por morte consentânea com o status funcional que a que fazia jus o servidor.

IV – Julgado parcialmente procedente o pedido, esta Corte anulou a sentença proferida, por constatar que a presença de menor no feito impunha a intervenção do Ministério Público.

V – Baixados os autos, o magistrado de primeiro grau proferiu novo julgamento, extinguindo o processo com comando terminativo, ao argumento de que o falecimento do servidor que não havia sido empossado no Incra afastava a existência de interesse processual quanto aos pedidos formulados.

VI – A sentença, todavia, deve ser reformada, com a aplicação do quanto dispõe o art. 515, § 3º, do CPC, visto que, malgrado a ação mandamental tivesse sido processualmente resolvida, é fato inconteste que o servidor falecido manifestou de forma expressa, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, seu interesse em corrigir o que considerou ser um equívoco da administração, daí porque seu passamento no curso da lide, malgrado tivesse o condão de extingui-la, não poderia obstar a constatação de que remanescia incólume ao termo do processo, a existência de uma projeção dos efeitos patrimoniais decorrentes do enquadramento funcional que foi requerido pelo servidor e negado pela entidade pública.

VII – Aliás, a própria decisão proferida por esta Corte na ação mandamental facultou às autoras a possibilidade de se valerem das vias ordinárias.

VIII – Nos termos da lei nº Lei nº 7.231/84 tinha o servidor – depois falecido – direito à integração funcional aos quadros do Incra, no cargo de Procurador, tendo vista que possuía escolaridade compatível para tanto e formulara seu pedido dentro do prazo estabelecido pela norma.

IX – Ao negar a alteração funcional pretendida, a administração terminou por impedir que o servidor pudesse optar por sua adesão ao regime estatutário, nos termos da Lei nº 7.662/88, daí porque não pode agora invocar a ausência de investidura nos quadros do Incra como circunstância impeditiva do pagamento das diferenças pleiteadas, bem assim da concessão do benefício de pensão por morte.

X – Assegurado o direito ao benefício, seu pagamento deverá ser efetuado com base no quanto disposto na Lei nº 3.373/58, e legislação posterior que se mostrar aplicável.

XI – As parcelas já pagas a título de outro benefício deverão ser deduzidas do montante devido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa das autoras.

XII – Correção monetária incidente, desde o momento em que devida as parcelas, com base nos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

XIII – Juros de mora arbitrados em 1% ao mês.

XIV – Honorários fixados em 5% do valor da condenação.

XV – Apelação provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 05/09/2007.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Recorrem Dirce Barbosa dos Santos e Aline Barreto Viana da sentença de fls. 210/213, proferida pelo MM Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que extinguiu o processo, *sem julgamento do mérito*, por considerar que a anterior sentença concessiva da segurança, proferida nos autos da ação mandamental então manejada pelo companheiro da primeira autora, e pai da segunda, foi substituída pelo Acórdão prolatado por esta Corte, extinguindo o referido mandado de segurança sem julgamento do mérito, ao considerar inviável a habilitação de herdeiros em sede de *writ of mandamus*.

De logo se esclarece que o instituidor da pensão disputada veio a falecer no curso do mandado de segurança, quando se encontrava em grau de recurso.

Assim, entendeu o magistrado *a quo* que, desfeito o comando sentencial proferido no *mandamus*, a conclusão é a de que o *de cuius* jamais foi servidor dos

quadros do INCRA, razão pela qual não haveria interesse processual para a postulação que nestes autos foi encaminhada pelas autoras – companheira e filha.

Em sua apelação de fls. 220/226 a parte autora investe contra a sentença recorrida historiando a situação fático-processual vislumbrada na espécie e informando em resumo, que:

– o Sr. Luiz Dornelles foi servidor da Cibrazen – Companhia Brasileira de Armazenamento, onde ingressou em 1970, vindo ser colocado à disposição do Incra no ano de 1972;

– com a entrada em vigor da lei nº 7.231/84, que estabeleceu a possibilidade e as condições para que os servidores requisitados pudessem optar pelo quadro próprio do órgão requisitante, o referido servidor *formalizou a opção* para integrar definitivamente os quadros do Incra, mas teve seu requerimento equivocadamente indeferido na esfera administrativa, sob a alegação de dificuldades orçamentárias, razão pela qual viu-se compelido a buscar socorro judicial contra a indevida recusa

administrativa, ajuizando o Mandado de Segurança ao fito de obter a pretendida integração funcional;

– a referida ação mandamental foi julgada procedente no dia 02.09.88, determinando o comando sentencial “a integração do impetrante no Quadro de Pessoal do ex-Incra, no emprego de Procurador, com direitos e deveres nos termos da Lei nº 7.231/84 e do Decreto 90.681/84;

– antes da referida sentença concessiva ser apreciada na segunda instância, submetida ao duplo grau obrigatório, ocorreu o falecimento dele (em 12.09.88), o que propiciou o pedido de habilitação processual pelas ora autoras formulado;

– remetidos os autos a esta Corte, sobreveio decisão extintiva do processo em Acórdão da lavra da e. Segunda Turma, por considerar inviável a habilitação de herdeiros em sede de ação mandamental, ante a natureza personalíssima do direito nela debatido;

– a referida decisão colegiada restringiu-se a extinguir o processo sem julgamento do mérito, por considerar descabida a habilitação processual, mas manteve hígida a sentença no ponto em que esta determinou a reintegração do servidor, assegurando-lhes, outrossim, a possibilidade de busca da efetivação de seus direitos nas vias ordinárias (fls. 33);

– ajuizada a presente ação ordinária, *foi proferida sentença pela parcial procedência dos pedidos formulados*, reconhecendo-se e declarando-se a união estável entre a primeira autora e o *de cujus*, tão-somente para legitimá-la a postular as vantagens decorrentes da relação empregatícia de seu companheiro, condenando-se ainda o Incra no pagamento das diferenças salariais deixadas pelo falecido servidor, mas rejeitando o pedido de pagamento da pensão mensal requerida;

– o referido provimento foi confrontado por recursos interpostos por ambas as partes, vindo os autos a este TRF, no qual foi determinada a anulação do processo, desde o despacho citatório, ante necessidade de intervenção do MPF no feito, por estarem sendo nele discutidas questões referentes a interesse de menor;

– baixado o feito e constatada a desnecessidade de intervenção do “parquet” em razão do advento da maioria da segunda autora, foi prolatada nova sentença, esta que motivou a interposição do presente recurso de apelação, em face de que, inexplicavelmente, o feito foi extinto sem julgamento do mérito;

Voltam-se as apelantes contra a sentença recorrida, ao argumento de ter sido equivocado o fundamento sobre o qual ela se assentou, visto que a decisão proferi-

da por esta Corte no julgamento da ação de segurança apreciou apenas a questão relativa à habilitação dos herdeiros ali requerida, não tendo, em momento algum, analisado o mérito da causa, donde se infere que permaneceu hígido o comando judicial monocrático que determinou a integração do servidor aos quadros do Incra.

Nessa quadra, dizem, tanto o magistrado prolator do primeiro *decisum* nas vias ordinárias, quanto o membro do Ministério Público Federal, consideraram ser extreme de dúvidas o fato de que o trânsito em julgado operado na ação mandamental *foi no sentido de manter a sentença proferida quanto ao reconhecimento do direito do servidor, considerando inviável o prosseguimento da lide em razão do falecimento da parte, já que é inadmissível a habilitação processual em sede de mandado de segurança*.

Por fim, pugnaram pela reforma do comando atacado, determinando-se o retorno dos autos à origem para que fosse julgado o mérito da demanda.

Contra-razões a fls. 230/234.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — O relatório antes apresentado dá a exata dimensão de todo o périplo a que foram submetidos tanto o servidor, falecido no curso da ação mandamental por ele ajuizada, quanto as suas herdeiras que, no bojo dos presentes autos, vieram buscar a repercussão patrimonial de um direito que teria sido denegado ao seu verdadeiro titular. Com efeito, o referido servidor ingressou em juízo no longo ano de 1988, cerca de quatro anos após ter requerido administrativamente seu enquadramento funcional, e logo após a prolação da sentença favorável veio a falecer, antes mesmo que esta Corte deliberasse sobre o desfecho da liça em razão da remessa oficial imposta contra o comando proferido.

Assim é que em 23.10.1991 a Segunda Turma desta Corte deu provimento à remessa oficial para ex-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais convocados Iran Velasco Nascimento e Mônica Neves Aguiar da Silva. Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves.

tinguir o *mandamus* sem julgamento do mérito, certo que somente em 30.08.1994 transitou em julgado o referido *decisum*, em razão de que apenas em julho e agosto daquele mesmo ano foram proferidas as decisões que negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário interpostos.

Seguiu-se, assim, o ajuizamento da presente ação ordinária no ano de 1996, tendo esta mesma Turma determinado a anulação da sentença proferida no ano de 2000, ante a ausência de intervenção do MPPF) vindo o feito a ser novamente sentenciado em abril de 2003, subindo mais uma vez a esta Corte em outubro daquele ano.

É evidente que a demora da prestação jurisdicional concreta e definitiva, dispondo sobre a existência ou não do direito das autoras, não decorreu da inércia do Poder Judiciário, visto que as especiais circunstâncias verificadas tanto nestes autos quanto na ação de segurança em muito colaboraram para a longevidade da duração da querela. Mas tal ressalva não serve de consolo para o jurisdicionado que desconhece os meandros do processo, bem assim as formalidades necessárias para o seu correto impulsionamento, e que mesmo se conhecesse tais peculiaridades, ainda assim permaneceria estupefato diante da circunstância de que cerca de *vinte anos foram necessários para que viesse a ser proferido um julgamento de segunda instância que finalmente dispusesse acerca do mérito da lide*, feito o registro de que a decisão ora proferida ainda pode vir a ser questionada pela parte que com ela não se conformar, perante as instâncias superiores.

Pois bem, analisando o processo, entendo que deva ser reformada a sentença de primeiro grau contra a qual investem as autoras, e que sendo meramente de direito a questão enfeixada nos autos, resulta plenamente aplicável a regra inserta no art. 515, § 3º, do CPC.

Com efeito, entendeu o douto magistrado *a quo* que tendo o servidor impetrante da ação mandamental falecido antes de sua análise definitiva, a conseqüente extinção do processo ensejou a ausência de interesse das ora apelantes em postular o pagamento da pensão a que teriam direito, bem assim das diferenças salariais havidas em razão da recusa administrativa, simplesmente porque o servidor não teve apreciado o pedido de integração funcional aos quadros do Incra, pela segunda instância, e não mais poderia tê-lo, em razão de

seu falecimento.

Em primeiro lugar, deve ser registrado que é correta a premissa apresentada na sentença ora examinada, no sentido de que a decisão proferida por esta Corte extinguiu o mandado de segurança ajuizado pelo *de cujus* sem julgamento do mérito, tendo substituído *in totum* a sentença proferida, daí porque equivocada a tese das apelantes no sentido de que o capítulo sentencial referente à determinação da integração do servidor aos quadros do Incra havia transitado em julgado.

O acórdão extinguiu o *processo* sem julgamento do mérito, sendo curial que nenhuma decisão meritória anteriormente proferida poderia subsistir, justamente porque o entendimento então adotado foi no sentido de que a lide, em sua inteireza, não mais poderia ser meritoriamente resolvida, *tanto assim que o voto condutor do aresto facultou às herdeiras a possibilidade de se valer das vias ordinárias para garantir o direito em disputa* (fls.33).

Diferente seria, por exemplo, se a decisão colegiada tivesse anulado um determinado comando da sentença, mantendo hígido outro édito de índole definitiva nela contido, situação em que a subsistência do referido tópico sentencial seria conseqüência lógica do decotamento apenas parcial do julgado.

Não se há de falar, portanto, em trânsito em julgado da sentença que, no mandado de segurança, determinou a integração do servidor (hoje falecido) aos quadros do Incra.

Não considero, contudo, válida, a conclusão adotada pelo ilustre sentenciante, porque não se pode perder de vista que, malgrado a ação mandamental tivesse sido processualmente resolvida, é fato incontestado que o servidor havia manifestado de forma expressa, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, seu interesse em corrigir o que considerou ser um equívoco da administração, daí porque seu passamento no curso da lide, se tinha o condão de extingui-la, não poderia, entretanto, obstar a constatação de que remanesca incólume ao termo do processo a existência de uma projeção dos efeitos patrimoniais decorrentes do enquadramento funcional que foi requerido pelo servidor e negado pela entidade pública e reconhecidamente devido por sentença que, se não veio a ser confirmada na segunda instância, também não foi infirmada, no mérito, por nenhuma outra autoridade judiciária.

Não foi outra razão, com efeito, que em caso símile o Superior Tribunal Justiça concluiu que a reintegração funcional do servidor tem expressão patrimonial e impacto sobre a vida dos herdeiros, emergindo, na situação apreciada pela Corte da legalidade, o interesse do espólio em prosseguir na lide ajuizada pelo servidor que em seu curso faleceu, principalmente por ter se verificado (tal qual, *mutatis mutandis*, ocorre na espécie), que o próprio servidor houvera manejado a ação, não tendo sobrevivido para receber a prestação jurisdicional.

Confira-se, pois, o aresto em comento:

Processual Civil. Administrativo. Civil. Recurso especial. Funcionário público. Ação objetivando reintegração e danos morais. Falecimento no curso da lide. Habilitação dos herdeiros.

Possibilidade. Ofensa ao art. 37 da CF/88. Impossibilidade de Exame na via do recurso especial. Ofensa ao art. 159, CC. Incidência da Súmula Nº 284/STF.

I – A suposta ofensa a dispositivo constitucional não pode ser objeto de recurso especial, porquanto matéria própria de apelo extraordinário para a Augusta Corte.

II – Restrito o acórdão recorrido a afastar a incapacidade processual do espólio, nos termos da decisão monocrática que a reconhecendo, declarou, com fundamento nos arts. 267, IV e VI, do CPC, extinto o processo, sem julgamento do mérito (fl. 69), não se há de falar no maltrato à regra do art. 159 do Código Civil, até porque na anotação o julgado de que tal dispositivo, pertinente à condenação por danos morais, “constitui o mérito do segundo pedido, e cuja aplicação dependerá do juízo de mérito do segundo pedido, e cuja aplicação dependerá do juízo de mérito, oportunamente entregue ao órgão judiciário de primeiro grau.”. Incidência da Súmula 284/STF.

III – *Os pedidos estampados na inicial - reintegração no cargo ocupado pelo de cujos e indenização por danos morais - têm expressão patrimonial e impacto sobre a vida dos herdeiros, emergindo, com clareza, o interesse do espólio em prosseguir na lide, mormente quando se verifica que o próprio servidor manejou a ação, não tendo sobrevivido para receber a prestação jurisdicional, garantida a todos constitucionalmente.*

Recurso não conhecido. (REsp 470359/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09.03.2004, DJ 17.05.2004 p. 270)

(destaque ausente no original)

As diferenças entre o precedente invocado e o presente feito são apenas que, naquele processo, o servidor havia falecido no curso da própria ação, ao passo que no caso presente a ação mandamental é anterior à ordinária e veio a ser extinta por conta de seu falecimento; além disso, no primeiro exemplo, a ação já decidida em última instância examinou pedido do servidor por sua *reintegração funcional*, enquanto neste feito se discute a integração do servidor no órgão para o qual houvera sido requisitado. Apenas isto.

Quer dizer, se em vez de ter o *de cujus* optado pela via célere do mandado de segurança, tivesse escolhido o rito ordinário com vistas à satisfação de seu direito, seria praticamente idêntica à hipótese tratada pela Corte da Legalidade esta que está agora sendo objeto de deliberação, certo que a singeleza da distinção verificada não justifica a dispensa de tratamento diferente, justamente pelo fato de que a conclusão obtida no feito paradigmático está assentada na premissa de que *a reintegração funcional do servidor tem expressão patrimonial e impacto sobre a vida dos herdeiros*.

Do mesmo modo, o correto enquadramento (integração) funcional do servidor falecido propicia inescandível repercussão patrimonial em proveito de seus herdeiros, daí porque estão eles, sim, legitimados para buscar a correção do ato administrativo que consideraram incompatível com o ordenamento jurídico à época vigente.

Nessa quadra, a simples extinção terminativa do processo ao argumento de que as autoras não teriam legitimidade para postular o correto enquadramento do servidor falecido não se compraz com o postulado da razoabilidade, este que, segundo o preciso ensinamento de Humberto Ávila serve como elemento estruturante das normas, princípios e regras, devendo ser utilizado “como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral.”

Outra não é, pois, a hipótese dos autos, porque malgrado consubstancie regra geral a de que somente o

Teoria dos Princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Malheiros Editores, pp. 102/103.

servidor poderia requerer qualquer alteração funcional que considerasse correlata com sua situação fático-jurídica perante a administração, a hipótese em apreço contempla a situação específica em que o servidor promoveu tal requerimento, vindo a ser ele indeferido pela entidade pública, daí porque acionou o aparelho judiciário e, antes de obter resposta definitiva para o seu requerimento endereçado ao estado-juiz, veio a falecer.

Ora, sabendo-se de antemão que a resposta já requerida pelo servidor haveria de repercutir diretamente em seu patrimônio, é intuitivo que as herdeiras, impossibilitadas de se habilitarem no feito, pudessem ingressar com novo processo, como se estivessem dando continuidade a uma súplica preexistente, formulada pelo próprio servidor.

Diferente seria, com efeito, se o servidor ainda não tivesse formalizado sua opção aos quadros do Incra e, no prazo aberto para tanto, viesse a falecer. Nessa hipótese, por se tratar – a opção – de um direito personalíssimo, o seu não exercício pelo titular impediria, em tese, que seus herdeiros pudessem atuar em seu lugar, à presunção de que se vivo estivesse, assim teria ele se manifestado.

Todavia, e vale a repetição, essa não é a hipótese dos autos, porquanto incontestado que o servidor formulou a sobredita opção, que não veio a ser efetivada em face de uma expressa negativa da administração, esta que veio a ensejar o acionamento do aparelho judiciário com a ajuizamento da já mencionada ação de segurança.

Assim sendo, são as autoras, sim, partes legítimas para requerer, em caráter substitutivo do requerimento inicialmente formulado pelo servidor que faleceu no curso da lide anterior, que a administração corrija a distorção considerada existente, simplesmente porque essa distorção repercute, segundo entendem, de forma negativa sobre seu patrimônio jurídico-financeiro.

Ultrapassada a questão preambular, ingresso ao exame do mérito da lide, autorizada pela dicção do art. 515, § 3º, do CPC, valendo-me, para tanto, da transcrição dos trechos retirados da sentença proferida na ação mandamental movida pelo *de cuius* que mais considere pertinentes ao exame da *vexata quaestio*.

Nesse sentido (cf. fls. 18/22):

“...Inicialmente, deve ser apreciado os requisitos para que o impetrante pudesse validamente optar por integrar o quadro o extinto Incra.

A autoridade informante alegou que o impetrante à época da Lei 7.231 de 23 de outubro de 1984 e do Decreto nº 90.698 de 12 dezembro do 1984 achava-se prestando serviço ao Governo de Pernambuco. Ou seja, não existiria vínculo entre o impetrante e o ex-Incra.

Deferi que o impetrante juntasse, por linha, documentos que contraditam as alegações da autoridade informante. Os documentos de número 10, 11, 12 e 13 do apenso demonstram que o impetrante foi cedido a título de colaboração sem prejuízo de sua requisição para o Incra. Aliás o documento de número 12 é bem explícito. Trata-se de ofício do Presidente do Incra ao Vice-Governador do Estado de Pernambuco solicitando o retorno do impetrante a aquele Instituto.

O documento tem o seguinte conteúdo:

‘Para atender à solicitação da Companhia Brasileira de Armazenamento-CIBRAZEM, tenho a honra de dirigir-me a V. Exª encarecendo o retorno do servidor Luiz Dornelles Barreto Viana a este Instituto.

O referido servidor, pertencente ao Quadro de Pessoal daquela Companhia, foi colocado à disposição desta Autarquia, com ônus para a origem, estando prestando colaboração a esse Governo, junto ao Projeto, a que se referem os Ofícios nºs 012/83 e 007/84-VG, de 27.4.83 e 13.03.84, respectivamente.’

Extrai-se do teor dos ofícios acostados pelo impetrante que este não rompeu seu vínculo com o ex-Incra no tempo decorrido entre o seu afastamento em 1983 e a prorrogação em 1984.

No que tange à escolaridade declarou a autoridade informante que o impetrante só foi reclassificado em 1º de agosto de 1984, como Técnico de Nível Superior. Noto que o enquadramento foi solicitado pelo próprio Incra em ofício datado de 15 de dezembro de 1980 (doc. fls. 23). A Portaria nº 2 de 5 de fevereiro de 1981 fez a reclassificação do impetrante (doc. fls. 24). Salienta-se que o enquadramento do impetrante foi a pedido do próprio Incra, sob o argumento que ‘tendo o aludido servidor concluído em junho próximo passado, o curso de Ciências Jurídicas, em busca de melhor qualificação nos trabalhos que desenvolve neste Instituto permito-me solicitar a V. Sª a reclassificação aqui proposta, no intuito de remunerá-lo condizentemente com as atribuições e tarefas a ele cometidas.’

Sobre a alegação de intempestividade da opção, razão não assiste à autoridade informante, a

própria Administração já havia reconhecido que a opção foi manifestada no prazo legal.

O impetrante deu entrada nos documentos em 02.06.86 mas o processo só foi protocolado com a data de 01.07.87, conforme se verifica pelos documentos números 5 e 7 juntados por linha.

Outro ponto a ser considerado, concerne a compatibilidade do impetrante para ser aceito pelo órgão. No procedimento administrativo de opção atestaram a *compatibilidade do impetrante ao emprego de Procurador o Secretário Geral adjunto do Mirad (doc. fls. 20), a Chefe da Seção de Legislação e Jurisprudência (documentos de fls. 46) e o Diretor da DPL/DF (documento de fls. 32).*

Assim sendo, sob o aspecto estrito dos requisitos legais não há como negar que o impetrante preencheu todos os requisitos da Lei nº 7.231 de 23.10.84 e do Decreto 90.698 de 12 de dezembro de 1984 para se integrar ao Quadro de Pessoal do extinto Incra. Isto é, o impetrante integrava a tabela permanente do órgão de origem, estava requisitado pelo Incra há mais de 2 anos, tinha formação profissional compatível com as atribuições do Incra, e fez opção tempestiva.

O último aspecto a ser apreciado diz respeito ao caráter vinculado ou discricionário da aceitação da opção pelo órgão.

Segundo parecer da Chefe da Seção do Regime Jurídico do DPL do extinto-Incra, o deferimento ou indeferimento do pedido de opção do impetrante dependia apenas do preenchimento dos requisitos legais, sem ensejo de juízo discriminatório por parte do órgão. É o que se lê às fls. 36:

“Considerando, finalmente, se tratar da apuração da existência de uma situação de fato, torna-se desnecessário o retorno dos processos às minhas mãos para qualquer análise complementar, ficando o deferimento ou não subordinado à comprovação daquele requisito legal.”

Para a digna autoridade apontada como coatora, porém a aceitação pelo Incra estava sujeita aos seus interesses e necessidades, enfim a sua política de pessoal.

Os motivos aludidos no ato indeferitório foram está o Incra extinto e por medida de contenção de despesas.

(...)

Portanto, os motivos indicados pela autoridade informante para o indeferimento da opção do impetrante estão vinculados ao ato. A existência dos motivos indicados é pressuposto para a validade do ato.

Verifico, pois, se os motivos determinantes para o indeferimento da opção do impetrante guar-

dam correspondência com a realidade e se, consequentemente, é válido o ato.

O primeiro motivo para a rejeição do pedido do impetrante foi que o Incra estava extinto. Não é exatamente, assim. Dito de outra forma, esta afirmativa não corresponde totalmente a realidade porque o decreto-lei 2.363/87 no seu artigo 12 determinou que os servidores do Incra, detentores de cargo efetivo ou emprego permanente ficam lotados no MIRAD, mantido seu regime jurídico e respectivos direitos e deveres.

Depois sobreveio o Decreto 95.715 de 10/02/88 e a Lei 7.662/88 regulando também a lotação dos servidores do extinto Incra no Mirad ou no Inter.

Assim sendo o Quadro do Pessoal do Incra não foi extinto o que implica afirmar que o motivo invocado pela autoridade coatora de que o impetrante não poderia ser integrado ao quadro de pessoal do Incra porque o Incra não existia mais, não tem exata correspondência com a realidade.

Por fim, resta o motivo da contenção de despesas. Os contra-cheques juntados por linha demonstram que o impetrante até 1986 recebia seus vencimentos pelo Incra. *Logo, já havia ônus para o Incra previsto no seu orçamento.*

Este Juízo deferiu a juntada por linha de cópia do DOU de 13.07.88, que exhibe ato de autoridade coatora fazendo integrar ao Quadro de Pessoal do antigo Incra Maria Giselda Luna Ferreira Lima. É bem de ver que para a servidora a autoridade coatora não opôs os motivos de extinção do Incra (DL 2.363) e a questão de contenção de despesas (Decreto 95.682).

Se o motivo de contenção de despesa é oponível ao impetrante deve ser oponível para todos. Se o motivo de contenção de despesas não existe para a integração de outro servidor, o motivo indicado não existe para o impetrante. É visto que reside a igualdade perante a lei e o ato indeferitório do pedido do impetrante foi discriminatório e fundado em motivos inexistentes. Declaro, pois, inválido o ato da autoridade coatora que indeferiu o pedido de integração do impetrante ao antigo Incra”.

(grifos ausentes no original)

Como visto do quanto exposto, o servidor preenchia todos os requisitos para obter a sua integração nos moldes em que pretendeu, visto que a prova dos autos (fls. 29, 14/22, 27 e 33) aponta no sentido de que o servidor falecido estava vinculado ao Incra quando requereu a integração funcional; possuía escolaridade compatível com a do cargo almejado, já que desde 1984 havia sido promovido para Técnico de Nível Superior,

a pedido do próprio Incra, e sob o argumento de que o referido servidor, já graduado em direito, deveria ser remunerado com valores condizentes com as atribuições e tarefas que lhes eram acometidas; a opção administrativamente manifestada foi feita de forma temporária, certo que a alegação de que a integração não mais poderia se perfectibilizar por questões de contenção de despesas não guarda um mínimo de sustentação, visto que se o direito à reclassificação foi assegurado por lei, não cabe ao administrador se valer de argumentos metajurídicos para justificar a conduta que destoava da regra positivada.

Mais que isso, está registrado de forma textual que o motivo singelamente apresentado para o indeferimento administrativo do pedido foi o de que o Incra houvera sido extinto e que medidas de contenção de despesas autorizariam essa postura.

Ora! Para além dos bens lançados argumentos sentenciáveis, é de se ver que o Incra somente veio a ser extinto muito tempo depois de formulado o pedido pelo servidor, daí porque a análise da pertinência do enquadramento deveria levar em conta a situação da autarquia no momento em que manifestada a opção, e não aquela vislumbrada muito tempo depois da apresentação do pedido (4 anos), *notadamente quando se verifica que todos os pareceres técnicos até então apresentados tinham sido favoráveis ao enquadramento.*

Por outro lado, chega a ser risível invocar-se a necessidade de “contenção de despesas” como argumento válido para o indeferimento de uma pretensão a que faz jus o servidor, como se os simples interesses de caixa da entidade pudessem preponderar sobre os direitos a ele legalmente assegurados. Não podemos perder de vista que o servidor era e sempre foi remunerado pelo Incra, mesmo quando estava cedido a outro órgão.

Pois bem, estabelecido o direito do *de cujus* ao enquadramento funcional como Procurador do Incra, resta saber se as autoras fazem jus ao pagamento da pensão, e se em caso positivo, na forma em que requerida, ou de outra forma, bem assim às diferenças salariais a que em vida teria direito o servidor.

Tenho, pois, por incontestado, a existência desses direitos:

Em primeiro lugar, a condição de dependente das autoras em relação ao *de cujus*, para fins previdenciários, é evidente.

Com efeito, consta da Certidão de óbito do *de cujus* que ele vivia maritalmente com a primeira demandante (fls. 12), que com ele teve uma filha, esta que vem a ser a segunda querelante.

De outro eito, a Certidão de Nascimento de fls. 13 dá conta de que a filha do servidor falecido nasceu no ano de 1979, certo que o infortúnio do passamento de seu pai somente teve lugar em 1988, o que demonstra a longevidade da relação de companheirismo mantida entre a primeira autora e o pai da segunda, pois o óbito, quando ocorreu, foi na constância da supra referida relação.

Não bastasse tudo isso, o documento de fls. 31 comprova que à companheira do *de cujus* foi deferida a pensão estatutária a cargo do INSS, o que só vem a comprovar seu legítimo interesse em buscar a transformação do benefício para pensão custeada pelo órgão a que deveria estar definitivamente vinculado o servidor.

Nem se diga, por outro lado, que as demandantes não teriam direito à pensão em razão de ter falecido o instituidor do benefício em testilha na condição de servidor celetista, o que impediria a concessão de benefício de índole estatutária, paga a cargo do próprio Incra.

De fato, a regra que deve vigorar, em se tratando do benefício de pensão por morte, é a da inviabilidade de sua conversão de pensão geral paga a cargo do INSS para pensão estatutária, ou mesmo de concessão direta da pensão nesses moldes, nas hipóteses em que o instituidor do benefício tiver falecido na condição de servidor celetista.

Ocorre que a hipótese dos autos guarda uma peculiaridade que justifica a superação dessa constatação, consistente no fato de que a Lei nº 7.662 de 17 de maio de 1988 facultou aos servidores que, como o *de cujus*, tivessem ingressado nos quadros do Incra, optassem pela condição de servidor estatutário disciplinado pela Lei nº 1.711/52.

Nesses termos, vejamos o que dispôs a norma em comento:

Art. 1º. Poderão optar pelo regime de que trata a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, no prazo de 60(sessenta) dias, contado da data da vigência desta lei:

I -

II – os servidores incluídos no Quadro de Pessoal do extinto Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, com base no item II do art. 9º da Lei nº 7.231, de 23 de outubro de 1984, e lotados no Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário - MIRAD, em conformidade com o art. 12 do Decreto-lei nº 2.363, de 21 de outubro de 1987;

Como visto, se a administração tivesse efetivado o direito à integração a que ele já havia requerido desde o ano de 1984, poderia o servidor, sem assombro, ter requerido sua adesão ao regime da Lei nº 1.711/52, passando a ostentar, desde sua opção, o status de servidor estatutário da administração. Quanto à efetivação dessa opção, aliás, basta ver que a esmagadora maioria dos então Procuradores vinculados ao regime celetista optou pela mudança em comento, donde se conclui ser robusta o suficiente a presunção de que, se ele tivesse sido conferido o correto tratamento pela administração, também o *de cuius*, quando em vida, teria efetuado a referida opção.

Portanto, forçosa é a conclusão de que se ao então servidor não foi dada a chance de optar pelo ingresso no novo regime jurídico (estatutário) ou de permanecer naquele a que já estava vinculado, *por um erro da própria administração*, nem ele, servidor, tampouco suas herdeiras, podem ser apenados com a privação de um direito decorrente justamente da opção que não foi feita, por culpa exclusiva, repise-se, da própria administração, que agora negando o direito à pensão estatutária das autoras, com esse argumento, pretende em verdade, se valer do próprio erro para obter uma vantagem a que verdadeiramente não faz jus.

Nesse mesmo sentido, aliás, trafega o argumento de que também se valeu o Incra ao afirmar que as autoras não têm direito à pensão pretendida (nem ao pagamento das diferenças salariais pleiteadas), porque condição *sine qua non* para a sua concessão e pagamento seria a posse do servidor em seus quadros.

Ora! Se a investidura no cargo não ocorreu justamente porque a administração indeferiu, com base em argumentos fugidios e inconsistentes, o pedido de integração funcional formulado pelo servidor, como agora alegar a inexistência do direito à pensão, justamente porque ele, servidor, não houvera sido empossado como Procurador Autárquico?

A postura da administração, com efeito, remete ao princípio jurídico de que ninguém poderá se valer

de sua tórpeza em benefício próprio e também faz lembrar o chamado “efeito borboleta”, explicado pela teoria do caos, e analisado pela primeira vez por Edward Lorenz, na década de 60 do século passado, segundo o qual, o bater de asas de uma simples borboleta poderia influenciar o curso natural das coisas de forma tal, a ponto de provocar um tufão do outro lado do mundo.

De fato, a hipótese dos autos se encaixa perfeitamente ao quanto acima descrito, senão, vejamos: foi editada norma assecuratória do direito ao enquadramento funcional, que veio a ser requerido pelo servidor; o referido pedido foi indeferido pela administração, o que ensejou o acionamento do aparelho judiciário, com o manejo da ação mandamental já mencionada; no curso da ação o servidor veio a falecer, decretando esta Corte a impossibilidade de habilitação processual de suas herdeiras; as herdeiras ingressaram com a presente ação ordinária que, depois de longas marchas e contramarchas, veio a ser extinta sem julgamento do mérito, dando azo ao recurso de apelação que agora está sendo apreciado.

Pois bem, o metafórico “bater de asas” foi o indeferimento administrativo ao pedido de integração funcional, e o tufão, *todos* os obstáculos impostos em desfavor do servidor e de suas herdeiras, que há 23 anos perseguem esse objetivo.

Afinal, é de se indagar: se o pedido do servidor houvesse sido atendido desde o início, estariam as autoras agora percebendo a pensão na forma em que por elas pretendida? Obviamente que sim, daí porque a única conclusão a que se pode chegar é a de que estão elas plenamente legitimadas para requerer, desde a origem, a correção de rumo sobre o ato denegatório ao pedido apresentado pelo então servidor.

Em outras palavras, a prevalência da tese formulada pelo Incra corresponderia a uma verdadeira premiação à sua incorreção administrativa, chancelando-se, outrossim, um verdadeiro enriquecimento sem causa que, em hipótese alguma, pode ser admitido.

Por fim, no tocante à forma de pagamento do benefício, deverá ser observada a regra constante do art. 6º da Lei nº 3.373/58, vigente e com vigor por ocasião do óbito do servidor, assim dispondo o referido dispo-

Edward Norton Lorenz, meteorologista e matemático norte-americano, nascido em 23 de Maio de 1917.

sitivo:

Art 6º Na distribuição das pensões, serão observadas as seguintes normas:

I – Quando ocorrer habilitação à pensão vitalícia, sem beneficiários de pensões temporárias, o valor total das pensões caberá ao titular daquela;

II – Quando ocorrer habilitação às pensões vitalícias e temporárias, caberá a metade do valor a distribuir ao titular, da pensão vitalícia e a outra metade, em partes iguais, aos titulares das pensões temporárias;

Assim, terá direito a primeira autora ao pagamento de 50% do valor da pensão devida, desde o óbito do servidor, até a data em que atingiram a maioridade os filhos mencionados em sua certidão de óbito, devendo ser observada, contudo, a ressalva contida no parágrafo único do art. 5º da referida norma, que assegurou à filha *solteira*, maior de 21 anos, o direito à percepção do benefício até o momento em que vier a ocupar cargo público permanente.

A segunda autora, como visto, terá direito à percepção do benefício, em percentual correspondente a 25% do valor da pensão, até o momento em que tiver convolado núpcias ou assumido cargo público permanente (o que ocorrer primeiro), esclarecido que o referido percentual decorre do fato de que os 25% remanescentes pertenciam ao primeiro filho do *de cuius* que, mesmo tendo sido citado (fls. 66/67) para integrar o pólo ativo da demanda, como litisconsorte necessário das autoras, permaneceu inerte, não tendo direito, portanto, à percepção de nenhuma diferença decorrente do presente comando.

Extintas as pensões provisórias, as respectivas cotas-partes serão revertidas em favor da primeira demandante.

No que se refere ao pagamento das parcelas devidas ao servidor, quando em vida, semelhante procedimento deverá ser adotado na apuração dos créditos, sendo 50% dos valores devidos vertidos em favor da companheira do servidor, e 25% de tais valores pagos em nome de sua filha, já que os 25% remanescentes pertencem ao herdeiro que não quis integrar o pólo ativo da ação.

Ao trânsito em julgado do presente *decisum* deverá o Incra previamente comunicar às autoras, no prazo de trinta dias, acerca da inclusão de seus nomes no rol de beneficiários do Instituto, cabendo a elas

fornecer os elementos necessários à implantação do benefício, bem assim, a partir da efetiva implantação, comunicar ao INSS da necessidade de cancelamento da pensão que lhes vinha sendo paga, a fim de se evitar a ocorrência de *bis in idem*.

Registre-se, outrossim, que por ocasião da execução do julgado deverão ser deduzidas todas as parcelas já percebidas pelas autoras em face da pensão por morte que lhes foi deferida pelo INSS, a fim de se evitar seu indevido enriquecimento sem causa.

Todas as parcelas devidas deverão ser monetariamente corrigidas, desde o momento em que devidas, com base nos índices de atualização monetária previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Juros de mora arbitrados em 1% ao mês, a contar da citação do INCRA, em razão da natureza alimentar das parcelas que não foram adimplidas, bem assim da aplicação analógica do Decreto-lei nº 2.322/87.

Com os olhos postos no art. 20, § 4º, do CPC, fixo os honorários advocatícios em 5% do valor da condenação.

Ao lume do exposto, dou provimento à apelação, para condenar o INCRA a proceder à devida alteração na forma de pagamento das pensões percebidas pelas autoras, levando-se em conta o correto *status* funcional do instituidor do referido benefício, nos moldes acima consignados, bem assim a lhes todas as diferenças devidas, sendo o termo inicial do pagamento a data do óbito da pensão por elas titularizada, já que afastada a incidência do prazo prescricional durante todo o período em que teve curso a ação mandamental primeva.

É como voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

1999.35.00.013503-8/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro

Apelante: Waldir de Paula Souza

Advogados: Dr. Roberto Maia Arantes e outros

Apelada: Justiça Pública

Procurador: Dr. Marcus Marcelus Gonzaga Goulart

Publicação: DJ 2 de 23/11/2007

Ementa

Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Art. 20 da Lei 7.492/86. Dolo comprovado.

I – Autoria e materialidade do crime previsto no art. 20 da Lei 7.492/86 suficientemente comprovadas, impondo-se a manutenção do édito condenatório.

II – Extinta a punibilidade em relação ao delito do art. 304 do CP, uma vez que a denúncia foi recebida dia 10/08/1999 e que a sentença, prolatada em 15/12/2005, fixou a pena em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Decorrido lapso superior a 4 (quatro) anos, impõe-se decretar, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto ao citado delito, com fulcro no art. 109, inc. V, c/c 110, §1º, do CP.

III – Apelação parcialmente provida apenas para deferir a substituição da pena privativa de liberdade deferida quanto à condenação pelo delito do art. 20 da Lei 7.492/86, com espeque no art. 44 do CP.

IV – Extinção da punibilidade do acusado decretada, de ofício, quanto ao delito de uso de documento falso (art. 304 do CP).

Acórdão

Decide a 3ª Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, tão-somente para conceder a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem definidas pelo Juiz de execução e decretar, de ofício, a extinção da punibilidade do acusado pela ocorrência da prescrição quanto ao crime de uso de documento falso (art. 304 do CP).

3ª Turma do TRF 1ª Região – 02/10/2007.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Waldir de Paula Souza e Jorge Nunes da Silva, imputando-lhes a prática dos crimes capitulados no art. 20 da Lei 7.492/86 e art. 171, § 3º c/c 69 do Código Penal.

Narra a peça acusatória, *verbis*:

Segundo apurou o Banco Central, o denunciado Waldir de Paula Souza, durante o ano agrícola 1992/1993, aplicou em finalidade ignorada, porém diversa da prevista nos contratos, parte dos recursos do Crédito Rural obtidos junto à agência do Banco do Brasil de Cristalina/GO, através do contrato 92/00580-2, para o custeio de 90ha lavou-

ra de soja semente, na Fazenda Canaã, município de Paracatu/MG

Os recursos desviados deveriam, contratualmente, custear a aquisição e aplicação dos insumos descritos na nota fiscal n.º 2154, emitida pela Cotrigo – Comércio e Representações Ltda. (por cópia às fls. 31).

Apurou-se, contudo, que tais insumos não foram adquiridos e que tal nota fiscal é fria, isto é, apenas simula operações mercantis que, na realidade, não se efetivaram (fls. 34 e 49/50).

Apurou, ainda, o Banco Central que em maio de 1993, o denunciado Waldir de Paula Souza, com o concurso indispensável e consciente do denunciado Jorge Nunes da Silva, obteve para si, em prejuízo do Proagro e do Banco Central do Brasil, a indenização do seguro pela perda da mencionada lavoura, induzindo o Banco do Brasil em erro, mediante a instrução do requerimento com a citada nota fiscal fria, com a qual pretendia comprovar a correta aplicação dos insumos na sua lavoura.

Para tanto, o denunciado Jorge Nunes da Silva, no exercício da gerência e administração de Cotrigo – Comércio e Representações Ltda., da qual é procurador com poderes plenipotenciários (fls. 46 e 47), emitiu conscientemente a nota fiscal de fls. 31 ideologicamente falsa, que apenas simula as operações mercantis nela descritas de venda de insumos agrícola que na realidade não ocorreram, com a finalidade de proporcionar a que o denunciado Waldir de Paula Souza pleiteasse e obtivesse a indenização do seguro do PROAGRO, pela perda da lavoura.

Inspetores do Banco Central e fiscais do Banco do Brasil, após diligências investigatórias realizadas na Cotrigo – Comércio e Representações Ltda. (fls. 34 e 49/50) constataram que empresa havia cerrado suas portas e abandonado as atividades pelo menos 2 anos antes da data de emissão da referida nota fiscal.

Apurou-se que, na realidade, a nota fiscal em referência foi emitida após a perda da lavoura e para o fim único de viabilizar o recebimento da indenização do seguro. (Fls. 1C/1D.)

A denúncia foi recebida em 10/8/1999 (fls. 157).

Defesa prévia a fls. 186/187; 238/240.

Interrogatório a fls. 184/185; 234/235.

Inquirição de testemunhas a fls. 271; 279/280; 303/307; 335; 457/458.

Na fase do art. 499 do CPP, o Ministério Público Federal requereu a atualização das certidões de antecedentes criminais dos acusados (fls. 495); a Defesa nada

requereu (fls. 498).

Alegações finais do Ministério Público a fls. 518/522 e da Defesa a fls. 525/537 e 551/553.

O MM. Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, Dr. Gilton Batista Brito, julgou parcialmente procedente a denúncia para absolver o acusado Jorge Nunes da Silva de todas as acusações feitas na denúncia e condenar o acusado Waldir de Paula Souza como incurso nas penas do art. 20 da Lei 7.492/86 e no art. 298 c/c art. 304 e art. 69, todos do Código Penal.

A pena do acusado foi fixada em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 120 (cento e vinte) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Apela Waldir Souza alegando que o Juízo da 11ª Vara não valorou adequadamente as provas carreadas aos autos, razão pela qual espera absolvição. Sustenta, em síntese, as seguintes teses defensivas: a) o apelante não usufruiu dos valores; b) os recursos obtidos mediante financiamento foram, na verdade, direcionados a Jorge Sávio de Paula Antunes; c) os valores obtidos foram, efetivamente, empregados no plantio da lavoura de soja; d) inexistem, nos autos, provas suficientes para fundamentar um decreto condenatório (fls. 572/582).

Contra-razões a fls. 590/595.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Dr. Marcus da Penha Souza Lima, opina pelo desprovemento da apelação e pela extinção da punibilidade com relação ao delito de uso de documento falso, em razão da ocorrência da prescrição (fls. 612/619).

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Waldir de Paula Souza foi condenado pela prática do crime capitulado no art. 20 da Lei 7.492/86 c/c art. 304 (uso de documento falso) do CP.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Jaiza Maria Pinto Fraxe e Saulo Casali Bahia (convocados).

Primeiramente, observo que, além do delito do art. 20 da Lei 7.492/86, o apelante também foi condenado a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão por ter se valido de nota fiscal falsa de nº 2.154, emitida por empresa inexistente, para instruir pedido relativo ao Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro) junto à agência de Cristalina/GO do Banco do Brasil.

Os fatos se deram entre 1992 e 1993, a denúncia foi recebida em 10/8/1999 (fls. 157) e a sentença condenatória publicada em 15/12/2005. *In casu*, como o prazo prescricional desse crime é de 4 (quatro) anos e tendo transcorrido mais de 5 (cinco) anos entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia, verifica-se que o delito prescreveu em 1997.

Do crime do art. 20 da Lei 7.492/86

Dispõe o art. 20 da Lei do Colarinho Branco, *verbis*:

Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Nesse espectro legislativo insere-se a conduta atribuída ao apelante e o que se deve analisar na hipótese é a existência no caderno probatório do dolo exigido na conduta do réu, que, na qualidade de proprietário rural, obteve empréstimo junto ao Banco do Brasil com o objetivo de formar 90ha de lavoura de soja semente, no período de agosto de 1992 a julho de 1993, mas desviou parte desse valor.

Materialidade e autoria estão devidamente comprovadas nos autos, pois a prova coligida foi inconteste em demonstrar que o acusado realizou um financiamento destinado a adquirir e aplicar insumos, porém, utilizou-se desse empréstimo para fins diversos. A Cédula Rural Pignoratícia de fls. 104/105 mostra que foi deferido ao apelante o crédito correspondente a CR\$ 165.907.804,70 (cento e sessenta e cinco milhões, novecentos e sete mil, oitocentos e quatro cruzeiros e setenta centavos) para financiamento de Custeio Agrícola de lavoura de Soja Semente numa área de 90 ha.

Conforme a cuidadosa análise dos fatos feita pelo Magistrado em sua sentença, *verbis*:

Segundo a inicial acusatória, o acusado Waldir, durante o ano agrícola 1992/1993, obteve financiamento junto ao Banco do Brasil – Agência de Cristalina/GO pra custear a aquisição e aplicação dos insumos descritos na nota fiscal nº 2154, de emissão da empresa Cotrigo – Comércio e Representações Ltda. Contudo, restou apurado que tais insumos não teriam sido adquiridos, porquanto o acusado visando demonstrar a efetivação da compra, apresentou nota fiscal cujo teor é uma simulação das operações mercantis nela descritas.

A materialidade é incontroversa. Basta compulsar a prova documental coligida às fls. 06; 12/13; 105/106; 108/109; 140; 354/357 e 359/409.

A Cédula Rural Pignoratícia – Contrato nº 92/00580-2 (fls. 105/106) e a Proposta de Custeio Agrícola (fls. 12/13 e 108/109) encartadas aos autos demonstram que o acusado Waldir de Paula declarou que a finalidade do financiamento objeto da presente ação penal era o custeio agrícola de 90ha de soja semente, no período agrícola de agosto/92 a julho/93.

O Relatório emitido pelo Banco Central do Brasil, o qual traz informações a respeito do rastreamento dos recursos obtidos pelo réu por intermédio do contrato nº 92/00580-2 (fls. 354/357), acompanhado da documentação embaçadora das informações nele contidas (fls. 359/409) demonstra que o acusado não utilizou os mencionados recursos de acordo com a finalidade prevista no contrato sob comento.

Consoante se vê do supracitado Relatório, o acusado obteve um crédito de Cr\$ 165.907.804,70 (cento e sessenta e cinco milhões, novecentos e sete mil, oitocentos e quatro cruzeiros e setenta centavos) para financiar a lavoura de soja semente em tela (fl. 06). Contudo, a utilização do numerário ocorreu da seguinte forma: a) na data de 23/10/92 fora realizado um crédito no valor de Cr\$ 146.378,67, o qual foi transferido, na mesma data, para uma conta de uso interno do banco, na qual foram efetuados débitos referentes a outras operações de titularidade do acusado Waldir; b) ainda na data de 23/10/92 o acusado efetuou um crédito de Cr\$ 11.503.471,00 na conta corrente da empresa contratada para a prestação de assistência técnica ao acusado; c) na data de 19/01/93 foi efetuado um crédito de Cr\$31.087.774,24 na conta corrente do acusado, havendo tal quantia sido transferida, na mesma data, para a conta de Poupança-Ouro de Jorge Sávio de Paula Antunes, avalista do contrato de nº 92/22580-2, o qual gerou a obtenção dos recursos sob comento.

Desse modo, restou constatado, pelo copioso substrato documental encaminhado pelo Banco

Central do Brasil, que os recursos obtidos por intermédio do financiamento objeto da presente ação penal não foram utilizados na finalidade prevista no contrato de nº 92/22580-2.

É dizer, a maior parte do numerário liberado pelo Banco do Brasil S/A – agência em Cristalina/GO, para financiar a lavoura de soja semente em tela fora direcionada para quitar dívidas anteriormente contraídas pelo acusado. Conforme se vê, o acusado também utilizou parte dos valores para pagar pelos serviços de assistência técnica à empresa Costoplan; referindo, outrossim, um depósito na conta de Jorge Sávio de Paula Antunes. (Fls. 559/560.)

Nesse mesmo sentido destacou o Ministério Público em seu parecer, *verbis*:

O apelante, todavia, usou parte desse financiamento para fim diverso daquele previsto no contrato de financiamento. Esse fato foi constatado em relatório elaborado pelo Banco Central do Brasil, que traz informações a respeito do rastreamento de recursos obtidos pelo réu e demonstra que o apelante não utilizou os mencionados recursos de acordo com a finalidade prevista no contrato. Confira-se:

“Da 3ª utilização no valor de Cr\$ 31.087.774,24 (Anexo 4).

A 3ª utilização foi creditada na conta corrente do financiado de n. 10522-8, agência Cristalina (GO). Pelo extrato dessa conta verificou-se que no dia 19.01.1993 foi efetuado um crédito no valor de Cr\$ 31.087.774,24 corresponde à utilização do contrato n. 92/00580/2.

Nessa mesma data esse valor foi transferido para conta de Poupança-Ouro de Jorge Sávio de Paula Antunes de n. 090.010.108-3, agência Cristalina (GO) e em 29.01.1993 foi transferido para a sua conta corrente de n. 10.108-3 na mesma agência. O Sr. Jorge Sávio de Paula Antunes, conforme informado no item 4.1, era avalista do contrato n. 92/00580-2.

Essa transferência serviu para amortizar o saldo devedor dessa conta que em 28.01.1993 era de Cr\$ 33.919.242,78. Após tal transferência, em 29.01.1993, a conta ficou com saldo devedor de Cr\$ 4.189.474,72”.

Como visto acima, o dinheiro primeiro foi depositado na conta n. 10.522-8. Após foi transferido para a conta n. 090.010.108-3, ocasião em que foi utilizado para amortizar o saldo devedor dessa conta. Ocorre que o saldo devedor dessa última conta não foi gerado por gastos com a implantação da lavoura objeto do contrato de financiamento, mas sim em despesas com praticadora, motel, su-

permercado, restaurante. É o que consta do quadro demonstrativo de folha 356. Está claro, portanto, que o dinheiro do financiamento foi parcialmente utilizado para fim diverso daquele previsto no contrato.

Consta do mesmo relatório que valores foram utilizados também para amortizar débitos referentes a outras operações de titularidade do apelante.

É certo que há nos autos depoimentos em que se afirma que o financiamento foi contratado pelo apelante, mas foi Jorge Sávio de Paula Antunes que usou parte dos recursos para o custeio da lavoura. Esse fato, todavia, é penalmente irrelevante. Isso porque para configuração do crime do artigo 20 da Lei 7492/86 basta que o valor do financiamento seja usado em fim diverso daquele contratado, o que efetivamente ocorreu. Ademais, o cultivo da lavoura apenas demonstra que o dinheiro do financiamento, ao menos em sua totalidade, não era necessário para o desenvolvimento dessa atividade.

Conforme acertadamente assegurou o Parquet em suas razões recursais, “mesmo levando-se em consideração haver a lavoura em comento ter sido implementada por outrem, não fica descaracterizado o ilícito penal perpetrado pelo acusado Waldir de Paula Souza, uma vez que os recursos obtidos foram desviados para outra finalidade que não a contratada” (fls. 521). (Fls. 615/617.)

Dentro desse contexto, afigura-se inconsistente a alegação da Defesa no que tange à ausência de dolo, sustentando que a lavoura teria sido realizada. Ora, o tipo penal em questão versa justamente sobre o desvio de recursos financeiros obtidos para fins específicos. Assim, a consciência de ilicitude do acusado é evidente, pois ele tinha ciência dessa destinação para os recursos do crédito agrícola. Correta, então, sua condenação no tipo previsto no art. 20 da Lei 7.492/86.

Em conclusão, a prova da autoria é harmônica e absolutamente segura, fundamentando-se a condenação não apenas nas declarações do acusado, mas também nos depoimentos convergentes das testemunhas arroladas pela Acusação, o que impõe a manutenção do *decisum in totum* quanto ao delito previsto no art. 20 da Lei 7.492/86, inclusive quanto às penas aplicadas, que obedeceram estritamente aos ditames insculpidos nos arts. 59 e 68 do CP.

Remanescendo tão-somente a condenação pelo art. 20 da Lei 7.492/86 que impôs ao réu a pena de 2 (dois) anos e 8 meses de reclusão e estando presentes as condições de admissibilidade nos termos do art. 44, I

a III, do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem definidas pelo Juiz de execução.

Ante o exposto, declaro, de ofício, a extinção da punibilidade do acusado com relação ao delito de uso de documento falso (art. 304 do CP), em face da ocorrência da prescrição (art. 109, V, c/c art. 107, IV, ambos do CP). E, dou parcial provimento ao apelo do acusado tão-somente para conceder a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, com fulcro no art. 44, I a III, do CP.

É como voto.

Voto Revisor

A Exma. Sra. Juíza Jaiza Maria Pinto Fraxe: — 1. Waldir de Paula Souza insurge-se contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto Gilton Batista Brito, da 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que o condenou à pena total de *04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa*, pela prática, em concurso material, dos crimes tipificados nos artigos 20, da Lei 7.492/86 [*02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa*], e 304 c/c o art. 298, ambos do Código Penal [*01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*]. O dia-multa foi calculado à razão de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Segundo termos da inicial acusatória, de fls. 01B/01E, o acusado, proprietário rural, durante o ano agrícola de 1992/1993, aplicou em finalidade ignorada, mas diversa da estabelecida em contrato, uma parte dos valores do Crédito Rural obtido junto ao Banco do Brasil para custeio de 90ha de lavoura de soja semente, na Fazenda Canaã, Município de Paracatu/MG.

Os recursos desviados deveriam, contratualmente, custear a aquisição e aplicação dos insumos descritos na nota fiscal de nº 2154 emitida pela empresa Cotrigo – Comércio e Representações Ltda.

O Banco Central do Brasil apurou que o acusado, com o concurso indispensável e consciente de Jorge Nunes da Silva, gerente e administrador da Cotrigo, co-réu nessa ação penal, obteve para si, em prejuízo do Proagro e do próprio Banco Central, a indenização do seguro pela perda da mencionada lavoura, induzindo o Banco do Brasil em erro, mediante a instrução do

requerimento com a citada nota fiscal fria, com a qual pretendia comprovar a correta aplicação dos insumos na sua lavoura.

Jorge Nunes Da Silva foi absolvido pelo Juiz sentenciante.

2. Do delito tipificado no art. 304 do Código Penal

De início tenho que o crime encontra-se alcançado pela prescrição.

O acusado foi condenado à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão. Os fatos ocorreram em 1992/1993, a denúncia foi recebida em 10/08/99 (fls. 157) e a sentença foi publicada em 15/12/2005.

O art. 110 do Código Penal determina que a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior. Por seu turno, o art. 109 do CP, que regula tais prazos, fixa em 04 (quatro) anos o lapso temporal para reconhecimento da prescrição, quando o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois, que é o caso que ora se apresenta.

Como transcorreram mais de cinco anos entre a data dos fatos e a de recebimento da denúncia, forçoso é reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, com esteio nos artigos 107, IV; 109, V; e 110, § 1º, todos do Código Penal.

3. Do delito tipificado no art. 20 da Lei 7.492/86

Este crime consiste na aplicação de recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato.

A materialidade restou comprovada pelos documentos de fls. 06; 12/13; 105/106; 108/109; 140; 354/357 e 359/409.

Quanto à autoria, o que se deve perquirir é a existência do dolo, elemento subjetivo do tipo, evidenciado na conduta do réu.

Ao acusado foi deferido crédito de CR\$ 165.907.804,70 (cento e sessenta e cinco milhões novecentos e sete mil oitocentos e quatro cruzeiros e setenta centavos), conforme demonstra a Cédula Rural Pignoraticia – Contrato 92/00580-2, às fls. 105/106, para financiamento de custeio agrícola de lavoura de soja semente numa área de 90ha, ano agrícola de

1992/1993.

O Banco Central, o qual fez o rastreamento dos recursos mencionados, demonstrou por meio de relatório que o réu não destinou os recursos da forma estipulada no contrato. Do crédito liberado, CR\$ 146.378,67 (cento e quarenta e seis mil trezentos e setenta e oito cruzeiros e sessenta e sete centavos) foram transferidos, em 23/10/92, para uma conta de uso interno do banco, na qual foram efetuados débitos referentes a outras operações de titularidade do acusado; CR\$ 11.503.471,00 (onze milhões quinhentos e três mil quatrocentos e setenta e um cruzeiros) foram creditados pelo réu, na mesma data, na conta corrente da empresa contratada para prestar-lhe assistência técnica; e CR\$ 31.087.774,24 (trinta e um milhões oitenta e sete mil setecentos e setenta e quatro reais e vinte e quatro centavos) foram creditados, em 19/01/93, na conta do acusado, tendo sido transferidos nesse mesmo dia para a conta de Poupança-Ouro de Jorge Sávio de Paula Antunes, avalista do contrato supramencionado, como frisou o Juiz *a quo* na sentença.

Assim, por ter tomado empréstimo junto ao Banco do Brasil com a finalidade relatada na denúncia e ter destinado parte do mesmo a outro objetivo que não o estipulado nos contratos firmados, a autoria tornou-se evidente, tendo o réu incorrido no delito previsto no art. 20 da Lei 7.492/86.

Não se sustenta, por tais razões, o argumento de que Jorge Sávio de Paula Antunes foi o destinatário do empréstimo, servindo o acusado apenas de meio para obtenção do mesmo, e que a lavoura teria sido realizada.

Ora, se foi ele o tomador do empréstimo, seu nome é que está vinculado ao empréstimo; e se esses valores tinham destinação específica, jamais poderiam ter sido utilizados com outro fim. Aliás, se foi, como afirma o réu, Jorge Antunes o destinatário do empréstimo tomado em seu nome, deveria cuidar junto a este para que os valores fossem aplicados de maneira correta.

Por derradeiro, não importa, para a caracterização do crime em tela, que o empréstimo tenha sido utilizado por terceiro, ou que a lavoura tenha sido realizada, uma vez que o tipo penal deixa claro que basta a aplicação dos recursos em finalidade diversa daquela para a qual foi deferido para que se evidencie o delito.

4. Quanto à dosimetria da pena aplicada, nenhum reparo deve recair sobre a sentença. O *decisum* obedeceu estritamente os ditames dos artigos 59 e 68 do Código Penal.

Entretanto, estão presentes as condições objetivas e subjetivas (art. 44, I, II e III, do CP) para que seja substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, parte final, do CP), cuja fixação e fiscalização deverão ficar a cargo do Juízo da Execução, conforme disposto no art. 66, inciso V, “a”, da LEP, observando-se as conveniências locais.

5. *Pelo exposto*, deve ser declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em relação ao uso de documento falso (art. 304 do CP), e deve ser dado parcial provimento à apelação do acusado, apenas para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

6. É como voto.

Quarta Turma

Recurso Criminal

2004.33.00.003786-6/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro

Recorrente: Justiça Pública

Procurador: Dr. Márcio Quadros

Recorrido: José Carlos dos Santos da Silva

Defensor: Defensoria Pública da União

Publicação: DJ 2 de 20/11/2007

Ementa

Processual Penal. Incidente de insanidade mental (CPP, arts. 149 e SS). Inquérito policial. Trancamento.

I – Havendo dúvida acerca da integridade mental do indiciado, apresentada, inclusive, por ocasião da suposta prática criminal objeto do inquérito policial, impõe a lei a instauração de incidente processual para a realização de exame médico-legal (CPP, arts. 149 e ss.).

II – Usurpa atribuição do *Parquet* Federal o Magistrado que, sob o fundamento de atipicidade da conduta capitulada no artigo 331, CP (desacato) e ao entendimento de que o crime de resistência (art. 329, CP) é absorvido por aquele, determina o trancamento do inquérito policial, sem que tenha sido concluído o incidente de insanidade mental e sequer oferecida Denúncia.

III – Recurso criminal provido.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso criminal, nos termos do voto do Sr. Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 16/10/2007.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 17ª Vara/BA, que, nos autos do Incidente de Insanidade Mental n. 2004.33.00.003786-6/BA, concedeu, “*de ofício, ordem de habeas corpus em favor de José Carlos dos Santos da Silva, determinando o trancamento do Inquérito Policial n. 1-044/2004, por ausência de justa causa, nos termos do art. 648, inciso I, do CPP*”.

Sustenta o *Parquet* Federal, em síntese, que a conduta do acusado “*jamais foi atípica, ao contrário, foi perfeitamente típica e antijurídica, amoldando-se com precisão aos elementos descritos nos arts. 331 e 329, do Código Penal*” e, ainda, que estão presentes a “*materiabilidade e a autoria delitivas*”, razão pela qual “*impossível se torna o trancamento do inquérito policial por meio de habeas corpus*”.

Diante disso, requer o provimento do presente recurso, para que seja mantida a tramitação do inquérito policial, que, no entanto, deverá ficar suspenso até a realização do exame de sanidade mental já instaurado

(fls. 79/84).

Com contra-razões (fls. 92/102) e mantida a Decisão recorrida (fl. 103), subiram os autos a esta Corte onde receberam parecer ministerial pelo provimento do recurso (fls. 106/110).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— Compulsando os presentes autos verifico que foi instaurado o Inquérito Policial n 1-044/2004 contra José Carlos dos Santos da Silva, preso em flagrante em 26.01.2004, para apurar supostos crimes de desacato e resistência cometidos contra o Agente Policial Lourival Monteiro Neto que, na ocasião, atendia ao público na Superintendência de Polícia Federal da Bahia.

Verifico, ainda, que o Acusado foi colocado em liberdade em 29.01.2004, após pagar fiança, e que foi requerida pelo Ministério Público Federal a instauração de Incidente de Insanidade Mental, nesses termos, *verbis*:

“No bojo do relatório conclusivo do presente inquérito, iniciado com auto de prisão em flagrante de José Carlos dos Santos Silva pelos crimes de desacato e de resistência à prisão, em 21.01.2004, amparado em informação prestada pela genitora do preso, o ilustre Delegado de Polícia Federal aventa a necessidade de realização de exame médico a fim de averiguar higidez mental do mesmo.

Efetivamente, ao lado do proceder que justificou a prisão em flagrante, a mencionada informação é suficiente a produzir dúvida sobre a integridade mental do indiciado, devendo, pois, instaurar-se o incidente de insanidade mental a fim de submetê-lo a exame médico-legal, consoante permissivo do art. 149, § 1º, do Código de Processo Penal, cabendo aos peritos responderem os quesitos de logo apresentados:

1 – Ao tempo da ação descrita no auto de prisão em flagrante, era José Carlos dos Santos Sil-

va, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento:

2 – Àquela mesma época, não era o periciando, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Formado o instrumento do incidente em autos apartados, cumpre que se proceda a nomeação de curador” (cf. fls. 12/13 – grifei)

Pois bem, instaurado o incidente, o MM. Juiz *a quo*, após nomear como curadora Maria Fidélis dos Santos, mãe de José Carlos dos Santos da Silva, formulou quesitos em 19.02.2004 (cf. fls. 14/15), tendo o Hospital de Custódia e Tratamento em Salvador/BA designado o dia 06.12.2004 para a apresentação do paciente e início do referido Exame de Sanidade Mental (cf. fl. 26).

Contudo, conforme certificado à fl 33, a genitora do Indiciado comunicou à Secretaria da 17ª Vara da Seção Judiciária da Bahia a *“impossibilidade de acompanhá-lo no dia 06.12.2004, às 7h30min, ao Hospital de Custódia e Tratamento, para realização do exame de sanidade mental, uma vez que o mesmo tem dificuldades de sair de casa e se recusa a ser submetido a exame médico”*.

Diante disso, requereu, então, o il. representante do Ministério Público Federal, em 17.01.2005, a interinação do Acusado em Manicômio Judiciário, para que pudesse ser realizado o exame pericial (fl. 36).

Após diversas frustradas tentativas sem que houvesse o comparecimento espontâneo do indiciado ao Hospital de Custódia e Tratamento do Estado da Bahia, requisitou o Juiz monocrático a sua condução, pela Polícia Federal, àquele nosocômio e bem assim determinou que fosse oficiado à sua Direção, solicitando a adoção das *“medidas possíveis a fim de submeter José Carlos dos Santos da Silva a tratamento psiquiátrico adequado, já que, segundo relato de familiares (fls. 33 e 35), o mesmo se recusa a fazer uso dos medicamentos prescritos”* (cf. Despacho de fl. 59).

À fl. 65, consta a Informação n. 0063/2006 dos Agentes da Polícia Federal, Raimundo Petrônio Fagundes da Silva e Márcio Souza de Carvalho, no sentido de que não conseguiram conduzir o paciente ao Hospital,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Ney Barros Bello Filho e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz. Afastado, justificadamente, por motivo de defesa de tese de Doutorado, o Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

tendo sua mãe, na ocasião, informado que ele não saia “*das dependências do imóvel há pelo menos 03 anos*” e, diante desse contexto, sugeriram os Agentes que fossem enviadas ao local “*pessoas qualificadas a realizar tal tarefa, sem colocar em risco a integridade física do requerido*”.

Instado a se manifestar sobre “*a real necessidade da continuidade desta persecução penal*” (cf. Decisão de fl. 68), o *Parquet* Federal reafirmou o pedido de internação, “*para o bem do próprio indiciado*” (fl. 69), tendo em seguida o magistrado *a quo* proferido, então, a “*Sentença*” ora recorrida, nesses termos, que destaco:

(...)

Conforme se observa do que consta do presente apuratório, o representado teria incorrido nos delitos de desacato e resistência (arts. 329 e 331 do CP) devido ao comportamento exaltado, com alteração de voz, embora sem xingamentos, em virtude da interpelação do agente de polícia federal que estava no plantão.

Com efeito, ao ser questionado a respeito do conteúdo da notícia-crime pretendida, o investigado respondera que somente trataria do assunto que lhe trouxera com o competente delegado de polícia, passando a esbravejar com o citado agente, o qual procedera à sua prisão em flagrante, oportunidade em que houve a suposta resistência.

Para uma possível subsunção dos fatos ao tipo penal consubstanciado no art. 331 do CP, faz-se necessária a existência do elemento subjetivo especial do tipo, consistente no especial fim de agir, configurado na vontade consciente de praticar a ação ou proferir a palavra injuriosa com o propósito de ofender ou desrespeitar o funcionário a quem se dirige.

Nesse contexto, a jurisprudência tem considerado atípica a conduta, quando a suposta ofensa é proferida por desabafo ou em estado de revolta momentânea, uma vez que, em casos que tais, não há a intenção específica de ofender a honra do funcionário público.

(...)

Da mesma forma, não se verifica o crime de resistência consistente na conduta do agente em *opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio* (sublinhei), eis que o crime em comento é absorvido pelo desacato quando resulta em mero exaurimento da vontade deliberada de ofender o funcionário público, sendo uma ratificação da intenção de humilhar a autoridade, desprestigiando-a.

(...)

Ex positis, concedo de ofício, ordem de habeas corpus em favor de José Carlos dos Santos da Silva, determinando o trancamento do Inquérito Policial n. 1-044/2004, por ausência de justa causa, nos termos do art. 648, inciso I, do CPP.

Duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 574, inciso I, do CPP).” (fls. 73/76 – grifado no original)

Contra esse *Decisum* insurge-se o *Parquet* Federal mediante o presente Recurso em Sentido Estrito, sustentando, em síntese, que: (a) “*não há que se falar em exigência do dolo específico de desacatar*”, haja vista que o delito em questão “*se contenta tão só com o comportamento assumido pelo agente de repulsar de forma aviltante funcionário público, sendo irrelevante a vontade consciente de ofender o servidor*”; (b) “*o estado de exaltação ou nervosismo do agente não poderia ser aceito como causa que (...) viesse a retirar a tipicidade da conduta descrita no art. 331 do Código Penal*”, não sendo, portanto, “*causa por si só suficiente para afastar o desacato*”; (c) a conduta do acusado “*jamais foi atípica, ao contrário, foi perfeitamente típica e antijurídica, amoldando-se com precisão aos elementos descritos nos arts. 331 e 329, do Código Penal*”; e (d) estão presentes a “*materialidade e a autoria delitivas*”, razão pela qual “*impossível se torna o trancamento do inquérito policial por meio de habeas corpus*”.

Por tais razões, requer o provimento ao recurso para que seja “*mantida a tramitação do inquérito policial, que deverá, entretanto, permanecer suspenso até a realização do exame de sanidade mental do Recorrido, determinando-se para tanto, o seu internamento em Manicômio Judiciário, a fim de ensejar a realização da indispensável perícia médica*”.

Vejamos.

É certo que, de conformidade com o artigo 149 do Código de Processo Penal, “*quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal*”.

E bem assim, a teor do § 1º do mesmo artigo, “*o exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente*”.

Comentando esse dispositivo, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Revelando os autos elementos que indiquem haver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz deve ordená-lo de ofício ou deferir o pedido de instauração do incidente sob pena de nulidade do processo, já que, prevendo a lei o exame médico-legal, não pode ser ele suprido por outras provas ou pela inspeção pessoal do juiz. Além disso, como é indispensável que a verificação decorrente do exame se relacione com o crime praticado e objeto do processo, pois é necessário apurar o estado mental do autor no momento da ‘ação ou omissão’, não supre o exame o laudo pericial realizado como incidente de outra ação penal, e, muito menos, o efetuado em processo administrativo. (...). Não constitui constrangimento ilegal a submissão do acusado a exame médico-legal quando sua conduta faz transparecer dúvida sobre sua integridade mental.”

(in Código de Processo Penal Interpretado. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 442)

Ora, o próprio MM. Juiz singular, quando determinou a instauração do incidente em questão, consignou, *verbis*:

“Assiste razão ao ilustre membro do Parquet Federal.

Analisando os depoimentos constantes no Auto de Prisão em Flagrante acostado aos autos, percebe-se que os mesmos se harmonizam no que tange ao estado de ânimo bastante alterado externado pelo investigado quando da ocorrência da eventual prática dos delitos insculpidos nos arts. 321, 329 c/c 69, todos do CPB.

Também, na oportunidade em que prestou declarações, a genitora do indiciado afirmou que ele, de fato, vinha, há aproximadamente um ano, apresentando comportamento anormal, tendo, inclusive, por mais de uma vez, tentado suicídio.

Desse modo, dos depoimentos acima aludidos, em especial as declarações proferidas pela mãe do detido, demonstra-se plenamente plausível que José Carlos dos Santos da Silva seja portador de alguma enfermidade mental, motivo pelo qual considero pertinente o pedido de exame médico com o fito de averiguar citada desconfiança.” (cf. fl. 14)

Portanto, restou evidenciado pelo próprio Magistrado de primeiro grau, com base nos elementos constantes dos autos que, efetivamente, havia dúvidas sobre a integridade mental do Indiciado, daí decorrendo a justa causa para a realização do exame médico em referência.

Ora, é sabido, por outro lado, que o inquérito policial é mero procedimento investigatório, cujo desenvolvimento e desfecho não devem ser obstados através de *habeas corpus*, para que não se incorra no risco de coarctar as atividades próprias da polícia judiciária e do Ministério Público.

A propósito, sobre o tema, leciona o Professor Tourinho Filho:

“Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. Para tanto, a Polícia Judiciária desenvolve laboriosa atividade, ouvindo testemunhas que presenciaram o fato ou que dele tiverem conhecimento por ouvirem a outrem, tomando declarações da vítima, procedendo a exames de corpo de delito, exames de instrumentos de crime, determinando buscas e apreensões, acareações, reconhecimentos, ouvindo o indiciado, colhendo informações sobre todas as circunstâncias que circunvolveram o fato tido como delituoso, buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato.” (in Processo Penal, vol. I, Saraiva, 16ª ed., p. 177/178)

Com efeito, o inquérito policial não é nem encerra um juízo de formação de culpa, e conforme esclarece Vicente Greco Filho:

“Para oferecer denúncia é preciso que existam elementos probatórios sobre todos os aspectos da infração, *sob pena de inexistir justa causa*. (...) Hoje (...) reconhece-se que, para haver justa causa, exige-se um juízo de probabilidade da ocorrência da infração penal quanto a todos os seus elementos, inclusive a antijuridicidade e a *culpabilidade*. Para a instauração do inquérito bastou um juízo de *possibilidade*. Para a ação exige-se a probabilidade, porque a ação penal já é um constrangimento que depende de base para submeter qualquer pessoa. Se estiver, por exemplo, cabalmente demonstrada a inexistência de dolo ou culpa, ou a ocorrência de excludente, não pode o promotor denunciar. Deve pedir o arquivamento.” (in Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 105)

Diante desse quadro, resulta evidenciado que o MM. Juiz *a quo*, ao determinar o trancamento do Inquérito Policial n. 1-044/2004, por atipicidade da conduta do Recorrido, no tocante ao artigo 331 do Código Penal (desacato), por falta de elemento subjetivo do tipo, e à consideração de que o aludido delito do artigo 329 (resistência), por ter sido absorvido pelo desacato, constitui “*mero exaurimento da vontade deliberada de ofender o funcionário público*”, sem que sequer houves-

se sido oferecida a Denúncia, decidiu precipitadamente, usurpando atribuição do *Parquet* Federal.

Isso posto, por tais razões e fundamentos, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2000.36.00.010649-5/MT

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Apelante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelante:	Estado de Mato Grosso
Procuradora:	Dra. Mônica Pagliuso Siqueira
Apelante:	Companhia de Cimento Portland Itaú
Advogada:	Dra. Rita Asdine Bozaciyan Avedissian
Apelante:	Macro Logística Consultoria S/C Ltda.
Advogados:	Dr. Vasco Ribeiro Gonçalves de Medeiros e outro
Apelante:	Mineração Corumbaense Reunida S/A
Advogada:	Dra. Fabiola Pasini e outro
Apelante:	Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema
Advogados:	Dr. Arnaldo Augusto Dorileo Leite e outros
Apelante:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procurador:	Dr. Valdir Salviano da Costa
Apelante:	Urucum Mineração S/A
Advogados:	Dra. Renata Oliveira Pires Castanho e outros
Apelado:	Ministério Público Federal
Procurador:	Dr. Mário Lucio de Avelar
Apelado:	Ministério Público do Estado do Mato Grosso
Procurador:	Gerson N. Barbosa
Litiscorrente passivo:	Granel Química Ltda.
Advogados:	Dr. Antonio Fernando Pinheiro Pedro e outros
Remetente:	Juízo Federal da 1ª Vara – MT
Publicação:	DJ 2 de 05/10/2007

Ementa

Direito Ambiental. Hidrovia Paraguai-Paraná. Porto de Morrinhos, na região de Cáceres/MT. Pretensão de construção para incremento da navegação cinco vezes a capacidade atual. Licenciamento requerido à Fema/MT e EIA/Rima isolado. Limiar do Pantanal Matogrossense (“patrimônio nacional” e “patrimônio natural da humanidade”). Adaptação da hidrovia propriamente dita. Consequência inevitável. Impacto ambiental de caráter regional. Competência do Ibama para o licenciamento. Apreciação conjunta do pedido de licenciamento das diversas obras. Necessidade. Princípios da prevenção e precaução. Consulta às populações atingidas. Exigência implícita.

I – Nos termos do Tratado de Santa Cruz de La Sierra, os países signatários (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai): a) garantirão mutuamente facilidades de acesso e operação nos portos localizados na Hidrovia Paraguai-Paraná; b) promoverão medidas tendentes a incrementar a eficiência dos serviços portuários prestados às embarcações e às cargas que se movem pela Hidrovia e o desenvolvimento de ações de cooperação em matéria portuária e de coordenação de transporte internacional; c) adotarão medidas necessárias para criar as condições

que permitam otimizar os serviços de praticagem e pilotagem para as operações de transporte fluvial realizadas pelas embarcações dos países que integram a Hidrovia; d) revisarão as características e os custos dos serviços de praticagem e pilotagem com o objetivo de readequar sua estrutura, de modo a harmonizar as condições de prestação do serviço, reduzir os custos e garantir uma eqüitativa e igualitária aplicação destes para todos os armadores da Hidrovia.

II – Não há propriamente plano unitário de reconstrução da hidrovia, mas um compromisso de gradativo melhoramento de suas atuais condições. Não haverá, assim, *demolição* e posterior *reconstrução (instalação)* de uma *obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente* para os efeitos do art. 225, § 1º, IV, da Constituição. Não há, por isso, necessidade de interferir na organização e funcionamento de portos que existiam antes da assinatura do mencionado tratado.

III – Extinção do processo, por ausência de interesse processual do autor, em relação às rés Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (Fundação Pantanal), Companhia de Cimento Portland Itaú, Mineração Corumbaense Reunida S/A, Urucum Mineração S/A e Granel Química Ltda., ficando prejudicadas as respectivas apelações.

IV – Litisconsórcio necessário de Macrologística Consultoria S/C S/A tendo em vista que, sendo a empreendedora do Porto de Morrinhos, a solução a ser dada ao mérito da questão (extensão do EIA-Rima para efeito de licenciamento da mencionada obra) obviamente atinge seus interesses.

V – O projeto de construção do Porto de Morrinhos, em face de sua localização e da finalidade de incrementar cinco vezes a capacidade de navegação no Rio Paraguai, poderá causar graves conseqüências ambientais ao Pantanal Matogrossense, a cujo respeito dispõe a Constituição que constitui “patrimônio nacional” e que “sua utilização far-se-á, na forma da lei, *dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais*” (art. 225, § 4º).

VI – A inexistência de um projeto global, formalmente estabelecido, de reconstrução da hidrovia Paraguai-Paraná não significa que o EIA/Rima para efeito de licenciamento do projeto do Porto de Morrinhos possa ser feito isoladamente. Ao contrário, depende de estudo de impacto ambiental, senão unitário, concomitante de todas as inevitáveis adaptações no trecho da hidrovia que corta o Pantanal Matogrossense, precedido de autorização do Congresso Nacional relativamente ao(s) segmento(s) em que há reserva(s) indígena(s).

VII – A fragmentação da realidade, em casos da espécie, serve aos interesses econômicos, em detrimento dos interesses ambientais. Cumpre a finalidade de vencer furtiva e gradativamente as resistências, utilizando-se, inclusive, de arma psicológica. Uma etapa abre caminho e força a outra, sob o argumento de desperdício de recursos, até a conquista final do objetivo. Construído isoladamente o Porto de Morrinhos, o Pantanal Matogrossense ficará literalmente “sitiado”. Em tal situação a autoridade administrativa, na tomada de decisão, e o Poder Judiciário, no papel de controle, não podem circunscrever o exame ao fragmento fático, isolado do conjunto sistêmico, nem às regras legais, isoladas da Constituição.

VIII – Competência administrativa do Ibama para apreciar o pedido de licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos, em face do caráter regional dos impactos ambientais, só podendo fazê-lo juntamente com a apreciação de pedido(s) de licenciamento das conseqüentes obras de adaptação da hidrovia ao fluxo de embarcações e cargas que o novo porto provocará no trecho que atravessa o Pantanal Matogrossense, dependente tal licenciamento, ainda, de prévia autorização do Congresso Nacional para a intervenção em áreas indígenas.

IX – Os princípios da prevenção e da precaução conduzem à conclusão que o referido porto só poderá ter sua construção liberada caso se verifique, mediante aprofundada pesquisa, que inexistem riscos de significativa degradação ambiental ao Pantanal Matogrossense ou sejam encontradas alternativas técnicas para preveni-los. Preserva-se, ao mesmo tempo, o princípio da proporcionalidade (“versão balanceada” dos princípios da prevenção e da precaução): não se admite que o porto seja licenciado isoladamente, mas não se vai ao ponto de exigir licenciamento unitário e global de todo o trecho brasileiro da Hidrovia Paraguai-Paraná, nas suas mais de duzentas obras.

X – Na exigência de que no processo de licenciamento do Porto de Morrinhos seja levada em conta a repercussão física e social da obra na região pantaneira está implícita a necessidade de consulta às populações atingidas, por meio de audiências públicas.

XI – Em face da natureza da causa e da sucumbência recíproca, deixa de haver condenação em honorários de advogado.

XII – Parcial provimento à remessa oficial e às apelações.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, julgar, de ofício, extinto o processo em relação à Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (Fundação Pantanal), Companhia de Cimento Portland Itaú, Mineração Corumbaense Reunida S/A, Urucum Mineração S/A e Granel Química Ltda., ficando prejudicadas as respectivas apelações, vencida a Desembargadora Federal Selene de Almeida, e, no mérito, dar parcial provimento às demais apelações e à remessa oficial, também vencida em parte a Desembargadora Federal Selene de Almeida.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 27/08/2007.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Na sentença (fls. 1.460-1.467), foi julgado procedente o pedido inicial, ratificando-se “a liminar anteriormente deferida” e determinando-se aos Primeiro, Segundo e Quarto Requeridos (sic) “que se abstenham de conceder qualquer licença ambiental a empreendimentos, atividades e equipamentos isolados pertinentes à Hidrovia Paraguai-Paraná, incluindo-se o Porto de Morrinhos, no município de Cáceres/MT, compreendendo-se o trecho iniciado neste último até a Foz do Rio Apa, Mato Grosso do Sul, na divisa do Brasil com o Paraguai, restando suspensas e declarada a nulidade daquelas já concedidas e dos procedimentos administrativos que lhes deram origem e daqueles ainda em curso, dentre estes os portos licenciados pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema e pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – Pantanal/MS e ainda as atividades com licença do Ibama que não tenham por objeto a manutenção do atual nível de navegabilidade do Rio Paraguai, as dragagens de rotina e a sinalização respectiva”. Declarou-se “a competência administrativa do Ibama para proceder o licenciamento ambiental da referida malha hidroviária e de seus vários componentes (portos, terminais portuários e demais intervenções), condenando-o a exigir um único Estudo e Relatório de

Impacto Ambiental – EIA/Rima para a totalidade da Hidrovia Paraguai-Paraná e ainda a considerar a vontade das populações diretamente atingidas pela obra quanto à permissão para a sua instalação e operação”. Os Requeridos (sic) foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, “cabendo ainda às empresas privadas pagar proporcionalmente o valor das custas processuais, excluindo-se as parcelas pertinentes aos entes estatais estaduais e federais que estão isentos desse último ônus processual, tudo em consonância com o artigo 20, § 4º, do CPC”. “Os portos e terminais portuários descritos às fls. 91, 631/634 e no item II do despacho de fls. 574/578 deverão cessar suas atividades com o trânsito em julgado desta. Até lá, poderão funcionar por força do acórdão de fls. 677/709, não podendo, entretanto, expandir suas operações, observando ainda as prescrições oriundas do TRF – 1ª Região no tocante a não utilização de ‘grandes embarcações, grandes comboios e chatas’, sendo que ‘as embarcações não poderão usar as margens do Rio Paraguai como elemento de apoio à manobra; e que deverão empregar propulsores azimutais nos empurradores e elementos de produção do empuxo lateral avante do comboio, a fim de não danificarem as margens dos rios, nas curvas’, sob pena de terem interrompido o respectivo funcionamento”. Determinou-se a intimação do Ibama para que verifi-

casas, no prazo de 20 dias, se as referidas prescrições estavam sendo observadas e cominou-se multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para a hipótese de descumprimento. Houve remessa obrigatória.

Apela a União, com as seguintes razões: a) “a questão controvertida cinge-se na exigência determinada pela sentença de obrigatoriedade de realização de um único Estudo de Impacto Ambiental e, por consequência, de um único Relatório de Impacto Ambiental – EIA-RIMA para todo o trecho nacional da Hidrovia Paraguai-Paraná, vale dizer do município de Cáceres/MT até a Foz do Rio Apa, no Estado de Mato Grosso do Sul, na fronteira do Brasil com a Bolívia” (sic); b) “a Resolução n. 237/97 do Conama, em seu anexo I, relaciona as hidrovias como atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental e ao prévio EIA-RIMA”; “ocorre que tal previsão de necessidade de licenciar não pode ser entendida quanto à hidrovia em si, mas em relação às obras ou às atividades potencialmente causadoras de degradação ao meio ambiente”; c) “diversamente das rodovias e das ferrovias, as hidrovias não são uma obra humana, mas um recurso natural”; “hidrovias são os rios, lagos, canais, lagoas, baías, angras etc. de onde se extrai a navegabilidade, como decorrência do aproveitamento natural de uma condição oferecida pelas águas”; d) “os licenciamentos de hidrovias apresentam características próprias, diversas de outras modalidades de transportes, porquanto não se licenciam hidrovias, mas, sim, as obras e as atividades relacionadas ao seu uso, como, *v.g.*, dragagens, derrocamentos, barragens, eclusas e a construção de portos, oficinas e estaleiros, pois somente essas apresentam potencial poluidor ou degradador do meio ambiente”; e) “a previsão de licenciamento ambiental de hidrovias na Resolução Conama 237/97 só pode ser entendida em relação a obras de engenharia, que lhe aumentem o aperfeiçoem a utilidade ou propiciem a navegação em trecho de corrente antes não navegável em si mesmo ou a melhoria das condições existentes” (Edis Milaré); f) “no caso em tela, observa-se que o Porto de Morrinhos e a Hidrovia Paraná-Paraguai não podem ser confundidos, para o fim de estabelecimento do estudo de impacto ambiental”; g) “a hidrovia em referência é uma via navegável que possui uma área total de 3.440 km, envolvendo os dois maiores rios da bacia fluvial da América Latina (Paraná e Paraguai), que corta o Pantanal, passando por território de alguns Estados brasileiros, como também por território estrangeiro,

sendo uma importante rota comercial e de integração entre os países do Cone Sul”; h) “por ser uma hidrovia de grande porte e relevância, é evidente que a sua infraestrutura física e portuária é de dimensões macroscópicas, envolvendo o desenvolvimento de um número muito grande de projetos de obras e atividades relacionadas à navegação”; i) “como uma pequena amostra dessa realidade, vale destacar que em setembro de 1989, quando foi criado o Comitê Intergovernamental da Hidrovia Paraguai-Paraná (CIH), como órgão encarregado de realizar projetos pontuais, determinando a prioridade das obras a realizar e estudar, houve a previsão inicial de um projeto de criação de 12 (doze) portos ao longo da hidrovia, além de 251 obras no leito do rio”; j) “mostra-se completamente desarrazoada, para não dizer inviável, condicionar a construção do Porto de Morrinhos ou de qualquer outra atividade ou obra à realização de um único Estudo de Impacto Ambiental para todo o conjunto de empreendimentos a serem realizados ao longo da hidrovia”; “sem falar, ainda, na ausência de qualquer previsão legal para tal exigência de EIA/RIMA único para a totalidade de empreendimentos das hidrovias”; l) “o Porto de Morrinhos, localizado no município de Cáceres/MT, está projetado para servir como terminal de cargas para soja (farelo e/ou grão), açúcar e madeira destinadas à exportação e como terminal de descarga para trigo e sal importados, estando a responsabilidade de sua implantação e operação a cargo da ACBL Hidrovia Ltda. em parceria com a empresa brasileira Macrologística S/C Ltda.”; m) “constitui-se, portanto, um empreendimento, dos inúmeros existentes na hidrovia, que tem delimitado o seu local de influência”; “assim, eventual impacto ambiental deve ser levado em conta naquela área física que diz respeito a suas estruturas portuárias, e nos locais em que são feitas as suas cargas e descargas, o que é perfeitamente possível de ser verificado em um estudo de impacto ambiental específico para o porto, independentemente dos demais empreendimentos da rodovia”; n) “qual o efeito que o Porto de Morrinhos, localizado no município de Cáceres, na região sudoeste do Estado do Mato Grosso, poderia causar em uma área distante da hidrovia localizada no Estado do Mato Grosso do Sul?”; o) “o Porto de Morrinhos, como qualquer outra obra ou atividade, possui identidade própria, com um cronograma e projeto próprios e com finalidades e objetivos a ser alcançados distintos dos demais empreendimentos”; p) “exigir-se um EIA-RIMA único, além de não possuir qualquer previsão legal, constitui-

se em um verdadeiro entrave na liberdade dos empreendimentos e à política nacional do meio ambiente que é destinada à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do equilíbrio ecológico”; q) “tal aspecto ganha maior relevância, se levarmos em conta que ao longo do curso da hidrovia existem diferentes ecossistemas, com diversidade de flora, fauna, solo e clima”; “assim cada obra ou atividade a ser executada na hidrovia deve ser estudada separadamente, considerando esses fatores e as peculiaridades de cada local”; r) “não é factível a pretensão de se fazer o EIA/Rima único, na medida em que ao longo da hidrovia existem alguns portos em pleno funcionamento e devidamente legalizados, outros em construção, uns projetados, além de algumas centenas de outras obras, cada uma com suas características e peculiaridades, o que inviabiliza sua análise conjunta”; s) “o estudo único deixaria sem solução um ponto, [...], que seria a instalação de atividades e obras que se fizessem necessárias após a realização desse EIA/Rima único proposto pelo requerente e acolhido pelo juízo monocrático”; t) não se pode falar “em um estudo de impacto de uma obra ou atividade (ou de um conjunto delas) que não se sabe quando, como, em que local e se de fato será realizada”; u) “não há como impor de forma obrigatória o licenciamento em conjunto de portos e terminais com o da hidrovia num mesmo procedimento. Isto porque, geralmente, além de se referir a projetos empreendidos por titulares e com finalidades distintas, a hidrovia (meio de transporte) tem um cronograma diferente dos portos, que são obras civis destinadas ao acesso ao meio de transporte e que dependem do desenvolvimento de uma região ou do país” (Edis Milaré); v) “especificamente no que tange ao Porto de Morrinhos, projetado, como já dito, para servir de terminal de carga para soja, açúcar e madeira, principalmente destinadas à exportação, e com terminal de descarga para trigo e sal importados, com previsão de capacidade anual de 1 milhão de toneladas, os prejuízos à economia, causados pela demora na efetivação do EIA-Rima único são inegáveis e, muito provavelmente, irreparáveis”; x) haverá de se dar publicidade ao EIA/Rima, mas não condicionar seu resultado à “vontade das populações atingidas diretamente pelas atividades”, “sob pena de assim o fazendo, eventualmente, oportunizar a prevalência de interesses localizados em detrimento de objetivos maiores da Nação Brasileira, estabelecidos na Constituição da República, quais sejam: CRFB – Art. 3º. II – *garantir o desenvolvimento nacional*; e III – *er-*

radicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

Apela o Estado de Mato Grosso, argumentando: a) “embora a discussão atingisse apenas a construção do Porto de Morrinhos, localizado no Município de Cáceres MT”, o juiz “analisou a questão de forma ampla, como se o licenciamento ora em discussão englobasse toda a Hidrovia Paraguai-Paraná e seus componentes, o que macula por completo a r. decisão”; b) “a Constituição Federal estabeleceu no artigo 23, inciso VI, a competência comum da União, Estados e Municípios para proteger o meio ambiente”; “a competência é comum, sendo que cada ente responderá dentro da sua esfera de competência”; c) “a permanecer a decisão ora questionada, estar-se-ia excluindo a competência do Estado para promover o estudo de impacto ambiental com a construção do Porto Morrinhos, cuja competência está prevista constitucionalmente”; d) “o art. 10 da Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo”; e) “enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para cooperação entre essas pessoas jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competência e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais”; f) os honorários advocatícios foram fixados em quantia exorbitante e “não há lógica em condenar alguém que ao mesmo tempo é credor e devedor”; além disso, “é firme o entendimento jurisprudencial de que na ação civil pública o réu não pode ser condenado a pagar honorários advocatícios, por ser vedado ao autor recebê-los”.

A empresa Urucum Mineração S/A (“Urucum”) apresentou embargos de declaração com objetivo de ver declarada tempestiva a contestação, mediante correção de supostos erros materiais consistentes “na afirmação de que o mandado de citação constante da Carta Precatória n. 048/2002 foi acompanhado da petição inicial e de sua *emenda*”, o que não ocorreu, e “na inobservância da informação que foi disponibilizada pela *internet*”. Pretendeu-se também, considerada tempestiva a contestação, fossem apreciadas as respectivas alegações.

Apela Companhia Cimento Portland Itaú, com as seguintes alegações: a) “a inclusão da apelante no

pólo passivo da demanda restou injustificável uma vez que a atividade que exerce – utilização do porto – não guarda correlação com a construção e implantação do complexo hidroviário em questão”; “por outro lado, a apelante já exerce sua atividade desde 1995, data em que lhe foi concedida a licença para operação, sem qualquer ligação com o projeto de obras da Hidrovia Paraguai-Paraná”; b) “foi a apelante incluída na lide sem que fosse apontado e identificado o seu delito ou o prejuízo que eventualmente tenha causado”; c) “o julgamento antecipado da lide provocou flagrante cerceamento de defesa, uma vez que ao contrário do entendimento exposto na sentença, prescinde-se (sic), sim, de instrução probatória”; d) “ao contrário do quanto firmado em sentença, a juntada da carta precatória, expedida para a citação da ora Apelante, não foi certificada”; “conforme pode-se constatar às fls. 854 verso, foi certificada a *juntada de documentos e não da carta precatória, fato este que não dá publicidade ao ato de juntada da carta precatória a determinar o início da contagem do prazo*”; e) “*face a inexplicável e abusiva demora da devolução dos autos pelo representante do Ministério Público Federal, a Apelante, desconhecendo se a carta precatória havia retornado ou não, se viu forçada a acompanhar os andamentos do processo em referência pela Internet, sendo que, novamente aludindo aos andamentos processuais acostados, não consta a devolução, nem a juntada da carta precatória*”; f) “ainda que o prazo tivesse iniciado, este deveria ser devolvido, eis que a Apelante não teve acesso aos fatos ocorridos e registrados nos autos no período que, hipoteticamente, estaria a correr seu prazo”; g) “ao compulsar os autos, verifica-se que o cartório certifica a juntada de carta precatória/mandados de citação de forma expressa e específica, não se referindo a tais cartas precatórias como documentos, de forma genérica”; “logo, não havia como considerar a certidão constante às fls. 854 verso como referente à juntada da carta precatória de citação, muito menos em início da contagem do prazo”; h) “tendo a Apelante sido citada por carta precatória, após as outras co-rés, o prazo em dobro começa a fluir a partir da *juntada da aludida carta aos autos devidamente cumprida, nos termos do artigo 241, III e IV, do mencionado diploma legal*”; i) “*tamanha a incerteza gerada, em 23 de julho de 2003, o serventuário pediu vênua para esclarecer que a certidão de fls. 854 verso se referia à juntada da Carta Precatória de citação*”; j) “*havendo dúvida sobre a perda do prazo, deve-se entender que ele não se perdeu*” (STF e Humberto Theodoro Júnior); l) “como também alega-

do em contestação, bem como pelo entendimento do MM. Magistrado (fl. 1.453) os efeitos da revelia não são incidentes, isto é, quer seja pela disposição do inciso I ou II, do art. 320 do Código de Processo Civil, no caso em tela, não são considerados os efeitos da revelia e da confissão, notadamente, a presunção da veracidade dos fatos alegados pelo Autor, vez que se trata de ação que versa sobre bens indisponíveis, como também pelo número de litisconsortes integrantes do pólo passivo, tendo um deles contestado”; m) “não se aplicando os efeitos da revelia, nos termos do artigo 320, I e II, do Código de Processo Civil, tem-se que não se verifica, no caso *sub examinem*, a presunção de veracidade dos fatos, sendo que sobre eles há que se fazer prova, o que não se verifica nesta ação”; n) “nula a sentença, *pois não foram apreciadas as questões preliminares suscitadas na contestação, como também não houve o saneamento do processo para fixação dos pontos controvertidos e determinação das provas a serem produzidas*”; o) “*somente em 25 de abril de 2001 o Juízo de primeiro grau, no despacho de fls. 795, determinou que os entes públicos e privados afetados pelos atos praticados no curso do processo fossem citados como litisconsortes passivos necessários*”; “trata-se, portanto, de uma modalidade pouco conhecida – ‘litisconsórcio ulterior’ – posto que sem previsão expressa na legislação processual brasileira”; p) “o juiz federal de 1º grau determinou o prazo de dez dias para cumprimento do despacho (fls. 795) e o Ministério Público Federal (que tem o prazo dobrado) só cumpriu a determinação 26 (vinte e seis) dias após tomada ciência do despacho (fls. 824)”, logo, o processo deveria ter sido extinto; q) emenda à inicial “não poderia ser realizada após a citação e não poderia ser utilizada para acrescentar novas partes no pólo passivo”; r) “não é admissível que uma decisão exarada por um juiz do Estado de Mato Grosso gere efeitos em Estado diverso, qual seja, o Mato Grosso do Sul”; s) “o objeto da ação civil pública são as ações dos danos causados ao meio ambiente”; “a lei é clara e expressa, não restando dúvidas do seu caráter não preventivo, pois a característica deste tipo de ação é a reparação de dano já causado”; t) a Apelante, “desde 1995, realiza sua atividade portuária legalmente autorizada e não encontrou nos autos qualquer prova mínima de que tem agredido o meio ambiente”; u) “o porto no qual a Apelante efetua o escoamento dos seus minérios não possui qualquer relação com a construção da Hidrovia, construção esta realizada pelo Governo e não pelos particulares”; v) “as atividades portuárias existentes às margens do Rio Paraguai, a exemplo da

ora Apelante, são de natureza exclusiva de cada empresa, existentes muito antes da idéia da hidrovía, ou seja, os portos existem para satisfazer as necessidades exclusivas da empresa”; x) é descabida a exigência de EIA/Rima único e “ não pode a Apelante ser compelida a efetuar novo licenciamento, tendo em vista que suas atividades não se relacionam ao pedido constante na inicial; z) “ a licença concedida por um órgão público ambiental, quer seja federal, estadual ou municipal, consiste em instrumento de prévio controle da observância das normas ambientais pelos seus destinatários.

Os embargos de declaração de Urucum Mineração S/A foram indeferidos.

Apela Macrologística Consultoria S/C Ltda., com as seguintes razões: a) como empreendedora do Terminal de Morrinhos, é parte passiva ilegítima, fato reconhecido pelos próprios apelados; b) “*a lide em questão versa sobre as supostas condutas ilegais praticadas pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema e pelo Ibama, sendo certo que a empresa apelante não pode, de forma alguma, ser imputada a prática de atos privativos destas entidades*”; c) “a apelante é indiferente à fixação de competência exclusiva para proceder ao processo de licenciamento ambiental”; d) “a empresa apelante limitou-se a submeter à apreciação dos órgãos competentes o licenciamento do empreendimento Terminal de Morrinhos, sendo certo que o seu ato, até por ter sido totalmente legal e regular, jamais teria o condão de causar prejuízo ao meio ambiente”; e) “em que pese ser o Terminal de Morrinhos um dos equipamentos da Hidrovía Paraguai-Paraná, o que se discute nos presentes autos não é a atuação da apelante no empreendimento em questão, mas tão-somente as condutas comissiva e omissiva, respectivamente, da Femat e do Ibama apontadas pelos apelados, as quais, segundo seus entendimentos, padecem de vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade”; f) “a apelante requereu a instauração de procedimento administrativo para fins de aprovação do projeto de que é empreendedora tanto perante o Ibama quanto perante a Fema/MT, o que por si só denota seu desinteresse no que tange à fixação da competência para o procedimento de licenciamento ambiental”; g) no mérito, “como a edificação em tela não possui impacto nacional ou regional, o que por si só fundamentaria a intervenção do Ibama, tem-se que devem ser integralmente respeitadas as licenças atualmente existentes, haja vista que não portadoras de qualquer vício”; h) “outros terminais (terminais da En-

comind e da Ceval, por exemplo) situados em Cáceres foram licenciados apenas no âmbito estadual, não se tendo encontrado, à época, qualquer indício de ilegalidade nessa conduta”; i) “a Hidrovía Paraguai-Paraná e os portos, assim como é o caso do Terminal de Morrinhos, são empreendimentos e atividades distintos, cada qual com sua respectiva área de influência e com seu correspondente impacto”; j) “no caso do estudo de impacto ambiental do Porto de Morrinhos, o qual faz parte da hidrovía supra citada, é perfeitamente possível admitir seu estudo parcial e único, na medida em que, em que pese serem frutos de uma mesma política governamental, são projetos completamente distintos”; l) “é tecnicamente impossível impor ao Ibama a necessidade de exigir de todos os empreendedores um único EIA/Rima, na medida em que é muito difícil vislumbrar quais os empreendedores que possuem tal interesse, bem como quais as atividades que cada um persegue na esfera das atividades exploráveis no trecho do Rio Paraguai”; m) “mostra-se muito mais razoável a elaboração de um Estudo Global de Impacto Ambiental – EIA, para, a partir de suas conclusões, limites e normas técnicas fixadas, serem licenciados os empreendimentos que forem oportunamente submetidos à jurisdição administrativa do Ibama”; “para ser licenciado, cada empreendimento deverá estar respaldado por EIA-Rima próprio, o qual necessariamente deverá obedecer as condições fixadas pelo EIA-Rima global”; n) “a ação civil pública em questão foi movida pelo Ministério Público, não sendo cabível, portanto, *por expressa disposição constitucional e infraconstitucional*, a condenação dos réus, dentre os quais a apelante, ao pagamento de honorários advocatícios, conforme o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial”; o) “tanto é verdade que nem mesmo o Ministério Público – justamente por saber da limitação que lhe é imposta por legislação constitucional e infraconstitucional – requereu em sua petição inicial a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios”; p) não fosse isso, ainda assim seria incorreta a fixação dos honorários em 20% do valor da causa.

Apela Mineração Corumbaense Reunida S.A. (“MCR”), alegando que: a) a sentença padece de nulidade, por falta de produção de provas, falta de fundamentação e cerceamento de defesa: “desde a primeira oportunidade em que ingressou nos presentes autos, a MCR requereu a produção de provas, pedido este que foi ignorado pelo MM. Juiz *a quo*. A MCR pretendia,

e ainda pretende, demonstrar pericialmente que o seu terminal está perfeitamente adequado às características naturais do Rio Paraguai e que não integra o Projeto de Implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná; b) “o julgamento antecipado da lide, sem a devida justificação para tanto, se faz de todo impróprio, sobretudo quando há prova técnica indispensável a ser realizada para elucidar os limites do pedido e da própria controvérsia”; c) “as provas devem ser sempre admitidas, salvo quando forem ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”; d) “os pedidos de produção de provas da MCR, e de outras Rés (fls. 367, 876 e 1.282) não foram analisados nem sequer indeferidos, mas totalmente ignorados pelo MM. Juiz *a quo*”; e) “o Terminal Portuário Gregório Curvo não integra o Projeto de Implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná” e “o Terminal Portuário Gregório Curvo está perfeitamente adaptado às características naturais do Rio Paraguai”; f) “o Terminal Portuário Gregório Curvo encontra-se em funcionamento desde 1979”; “na época em que foi construído, não se falava em Projeto de Implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná, mas tão somente em um meio de transporte aquaviário pelo Rio Paraguai”; “quando o Projeto de Implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná foi criado, o Terminal Portuário Gregório Curvo já operava havia dezesseis anos”; g) “ao anular – de forma indistinta – todos os licenciamentos e processos administrativos patrocinados pela Fema/MS, pela Fema/MT e pelo Ibama, o MM. Juiz *a quo* ignorou a distinção existente entre o que já estava funcionando e o que ainda seria implantado no Rio Paraguai, sem qualquer justificativa plausível”; h) “as atividades e empreendimentos que fazem uso do Rio Paraguai da maneira que ele já existe, sem intervenções ou alterações em suas particularidades, não se encontram na abrangência do Projeto de Implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná”; i) “os futuros empreendimentos até poderiam, se se chegasse a essa conclusão, ser adequados dentro de um contexto único para todo o trecho brasileiro da Hidrovia Paraguai-Paraná, sem que tal adequação implique a paralisação das atividades em curso de empreendimentos regularmente instalados”; j) “o licenciamento ambiental do projeto mineral da MCR, que inclui o Terminal Portuário Gregório Curvo, teve início ao final de 1989, com a submissão de EIA/Rima, que originou o Processo Ibama n. 001765/90”; “em 4.5.1992, o Ibama emitiu a Licença de Operação (LO) n. 007/92, em favor da MCR e para o empreendimento em questão, LO esta que está em vigor desde 22.3.2002”; l)

“está certa a MCR de que o licenciamento do Terminal Gregório Curvo não compreende a realização de EIA/Rima global”; m) “da r.sentença de fls. 1.444/1.462 não constam quais seriam os portos que funcionariam como a cabeça e os membros do Projeto de Implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná”; n) “a r.sentença recorrida deveria ter relacionado todos os empreendimentos que são fundamentais para a implantação do Projeto Hidrovia Paraguai-Paraná e, a partir de provas que demonstrassem essa importância, determinar o licenciamento conjunto somente dessas partes”; o) “não existe, na r.sentença recorrida, sequer uma relação de todas as licenças ambientais que foram anuladas”; p) “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que não foram respeitados na r.sentença recorrida, estabelecem que os meios utilizados pela Administração Pública, dentro de um critério de razoabilidade, devem estar sempre em conformidade com os fins pretendidos”; q) “não podem o MPF e o MP/MT beneficiarem-se de honorários de forma exorbitante como estabelecido pelo MM. Juiz *a quo*”.

Apela Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema, suscitando: 1) preliminarmente: a) inépcia da inicial, por incompatibilidade lógica da causa de pedir com o pedido, pois “as pessoas jurídicas de direito privado citadas são apenas a empresa Macrologística Consultoria S/A e Porto Morrinhos, comprovando isso a menção, no corpo da inicial, do tópico específico para o Porto Morrinhos e *nenhuma referência a outro empreendimento ou discussão técnica sobre a navegabilidade do Rio Paraguai*”; nos pedidos finais, requer “a suspensão da validade de *toda* licença ambiental eventualmente já expedida pelas requeridas”; “incluiu em seu pedido, *sem qualquer fundamentação técnica, que o Ibama se abstivesse de conceder qualquer espécie de licença ambiental de forma isolada, ou seja, que o Ibama exija um único licenciamento e estudo para todas as atividades daquele trecho hidroviário*”; “requerem os efeitos do pedido a outro Estado do Brasil e até a outros países onde o Rio Paraguai atravessa”; “inepta se torna a ação intentada pela ausência ou incompatibilidade dos fundamentos suscitados na causa de pedir que possuía um intuito, enquanto que nos pedidos houve a distorção do intento da ação”; b) nulidade da sentença, por julgamento *extra petita* e por cerceamento de defesa; “a r.sentença limitou-se a afirmar que cabe o julgamento antecipado da lide, ‘nos termos do art. 330, I, do CPC’, sem esclarecer o porquê de julgar desnecessária a pro-

dução de provas, na forma requerida pelas partes no processo”; 2) no mérito: a) “a respeito de um único licenciamento para todas as atividades, não existe legislação que imponha este procedimento e indispensável seria um estudo aprofundado sobre os limites dos impactos ambientais de técnicos multidisciplinares com especialidades específicas para tal dedução/conclusão”; b) “a exigência de EIA/Rima não são (sic) para todos os processos de licenciamento, mas sim, para aqueles de alto impacto ambiental, assim, se perícia técnica detectar que os impactos ambientais são de baixo grau, desnecessária a confecção de EIA/Rima”; “prova disso é o licenciamento da Hidrovia do Rio Madeira, licenciada pelo Ibama/DF, onde foi exigido para expedição da Licença de Operação apenas o Plano de Controle Ambiental, dispensando-se o EIA/Rima”; c) “nos termos do art. 131 do CPC, o juiz pode apreciar o pedido de provas livremente, mas deve indicar, no corpo da sentença, as razões que fundamentaram o seu convencimento”; d) a Fema não cometeu qualquer ato ilícito no tocante ao recebimento do requerimento de licença prévia do Terminal de Porto de Morrinhos”; “foi exigido e apresentado o EIA/Rima e marcada audiência pública apenas e, concomitantemente, foi oficiado o órgão federal ambiental – Ibama do recebimento de tal requerimento que este, por sua vez, não chamou para si o licenciamento, entendendo ser competente o órgão ambiental estadual”; e) “não houve emissão de qualquer licença pela Fema para o referido Terminal, apenas o recebimento da solicitação da mesma, o que não gera nenhum direito à empresa solicitante”; f) “tais procedimentos realizados pela Fema, como matéria de regulamento administrativo, não constitui nenhuma ilegalidade, pois no decorrer de um licenciamento a matéria é amplamente discutida até a fase final, quando se expede a Licença de Operação, cumprindo, inclusive, o Pacto Federativo de Gestão Ambiental Descentralizada e Compartilhada celebrado entre o Ministério do Meio Ambiente/Ibama/Governo do Estado/Fema”; g) “a Apelante não pode ser proibida de receber qualquer pedido de licenciamento ambiental, devendo, sim, recebê-lo e analisá-lo, visando, com isso, constatar se a respectiva atividade está localizada em área de competência da União, ou se poderá causar significativo impacto ambiental, seja regional ou nacional”; h) “quanto à realização de uma audiência pública, nada implica dizer que o Órgão já está favorável à liberação da licença requerida, posto que esta também faz parte do projeto preliminar que compõe o EIA-

Rima, não obstante a participação popular, inclusive qualquer órgão ou autoridade interessada”; i) “o zelo pelo cumprimento da lei conduziram (sic) os apelados à senda do exagero, eis que processos em andamento não geram qualquer direito aos empreendedores”; j) “é inócuo o pedido de declaração de nulidade de processo em andamento, vez que a competência para decidir, como comprovado nos autos, passou a ser da Federação”; l) “a atividade do Terminal Porto de Morrinhos, o qual foi objeto da presente demanda, está localizado no Município de Cáceres/MT e seu impacto é local, assim como tantos outros ali existentes, porém, se análises/perícias técnicas disserem o contrário, poderia então ser considerado o órgão licenciador o Ibama, lembrando ainda que não há óbice que se façam estes licenciamentos de cada atividade isoladamente”; m) “a Hidrovia em referência é uma via navegável que possui uma área total de 3.440 Km, envolvendo um dos maiores rios da bacia fluvial da América Latina (Paraná e Paraguai), que corta o Pantanal, passando por território de alguns Estados brasileiros, como também por território estrangeiro, sendo uma importante rota comercial e de integração entre os países do Cone Sul”; “logo, por ser uma hidrovia de grande porte e relevância, é evidente que a sua infra-estrutura física e portuária é de dimensões macroscópicas, envolvendo o desenvolvimento de um número muito grande de projetos de obras e atividades relacionadas à navegação”; “diante desses elementos, mostra-se completamente desarrazoada, para não dizer inviável, condicionar a construção do Porto de Morrinhos ou de qualquer outra atividade ou obra à realização de um único Estudo de Impacto Ambiental para todo o conjunto de empreendimentos a serem realizados ao longo da hidrovia”; “sem falar, ainda, na ausência de qualquer previsão legal para tal exigência de EIA/Rima único para a totalidade de empreendimentos das hidrovias”; n) “qualquer obra ou atividade ou o próprio Porto de Morrinhos possui identidade própria, com cronograma e projetos específicos e com finalidade e objetivos a serem alcançados distintos dos demais empreendimentos”; o) “cumprir a ordem judicial de elaborar um único EIA/Rima, além de não possuir qualquer previsão legal, constitui-se em um verdadeiro entrave na liberdade dos empreendimentos e à política nacional do meio ambiente, que é destinada a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do equilíbrio ecológico”; p) “deve-se contudo, ser levado em consideração que ao longo do curso da hidrovia existem diferentes ecossis-

temas, com diversidade de flora, fauna, solo e clima”; “assim, cada obra ou atividade a ser executada na hidrovia deve ser estudada separadamente, considerando esses fatores e as peculiaridades de cada local, sob pena de prejuízo ao meio ambiente”; q) “ao longo da hidrovia existem alguns portos em pleno funcionamento e devidamente licenciados, outros em construção, uns projetados, além de algumas centenas de outras obras e atividades, cada uma com suas características e peculiaridades, uma de grande outras de pequeno porte, sendo assim, quem assumiria o ônus deste licenciamento único?”; r) “a confecção de EIA/RIMA não é obrigatória para todo e qualquer empreendimento, sendo verificada sua exigência após estudos específicos no local e detectada a abrangência e grau de impacto ambiental, o que o Juiz Federal *a quo*, em sua sentença, não demonstrou, sequer teve como base qualquer estudo técnico ou perícia para sua conclusão”; s) “a condenação em honorários advocatícios se deu muito além do permissivo legal”.

Apela o Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis com as mesmas razões apontadas pela União, pedindo manifestação expressa sobre alegada ofensa ao art. 225, IV, da Constituição, da Resolução Conama 237/97 e do art. 8º da Resolução n. 001/86, também do Conama.

A Fundação Estadual do Meio Ambiente – Pantanal apresentou embargos de declaração, argumentando que “em sua contestação alegou várias preliminares que não foram pontualmente afastadas, limitando-se a decisão, de forma genérica, a afastar as prejudiciais, sem contudo apreciá-las adequadamente, o mesmo ocorre em relação ao mérito”.

O Estado de Mato Grosso do Sul também apresentou embargos de declaração.

O Ministério Público Federal apresentou as seguintes contra-razões: 1- à apelação da União: a) “as obras e atividades relacionadas à implementação da Hidrovia Paraguai-Paraná não podem ser analisadas de forma isolada, posto que seus efeitos não se restringem à sua localização, mas irradiam-se por toda a região abarcada pela mesma”; b) “a extensão da via fluvial em questão mostra-se de tal amplitude que vem de fato esta a abranger diversos ecossistemas em seu percurso, dentre os quais podem-se citar o cerrado mato-grossense e o complexo do Pantanal”; c) “um projeto que envolve tal variedade de sistemas ecológicos, todos

com formações vegetais e faunas diferenciadas, não pode ser objeto de estudos de impacto isolados, que analisem tão somente os prejuízos ambientais locais”; d) “a construção de portos, por exemplo, não gera apenas efeitos nas localidades em que estes são instalados, vez que estão diretamente relacionados ao maior ou menor fluxo de embarcações na hidrovia”; e) “da mesma forma ocorre com obras relacionadas à correção de curso e adaptações no leito dos rios para a passagem de embarcações”; f) a implantação da hidrovia encontra subsunção em mais de uma das hipóteses contempladas na Resolução Conama 237, assim como na Lei n. 6.938/81 e na Resolução Conama n. 1/86; g) “o legislador constituinte certamente desejara mais que a concessão de mera ciência à população interessada no que atine à produção de efeitos ambientais, objetivando sua efetiva participação no processo de estudo dos impactos ecológicos, de forma que a vontade dos indivíduos atingidos pela obra ou atividade causadora de degradação ao meio ambiente seja ouvida e devidamente considerada”; h) “mister se faz ressaltar ainda que a determinação exarada na sentença ora combatida não vincula o estudo de impacto ambiental à concordância ou não das populações atingidas pelas obras e atividades desenvolvidas na região atingida, mas apenas assegura o direito destas de serem ouvidas, já que diretamente interessadas, quando da realização dos estudos de impacto ambiental”; 2 – à apelação da Fema/MT: a) “a peça vestibular da Ação ora sob comento é estruturada em tópicos, dentre os quais um vem tratar especificamente sobre o Porto em discussão”; b) “a referência a tal empreendimento isolado deu-se de maneira exemplificativa, procurando-se demonstrar a insistência do órgão estadual em descumprir as recomendações exaradas pelo Ministério Público no sentido da interrupção das atividades de licenciamento”; “entretanto, da análise do texto desenvolvido na peça atacada, cristalina se mostra a intenção de abarcarem-se todas as obras pertinentes à Hidrovia Paraguai-Paraná, e não somente ao Porto”; c) “a sentença ora combatida guarda total conexão com os pedidos realizados quando da peça vestibular”; “fora requerido do juízo, dentre outras coisas, a declaração de nulidade dos procedimentos administrativos e das licenças concedidas tanto pela Fema quanto pelo Ibama, a declaração de competência administrativa deste último para proceder ao estudo único de impacto ambiental e a necessária consideração da vontade das populações atingidas, sendo que a decisão expedida pelo d. Juízo encontra estreita

relação com o que fora pugnado”; d) “a ACP em questão visa combater irregularidades constituídas no licenciamento ambiental indevido de obras e atividades no percurso abrangido pela Hidrovia Paraguai-Paraná”; “desta feita, a solução da lide restringir-se-ia à discussão acerca da competência dos órgãos ambientais já apontados e da necessidade de elaboração de estudo único de impacto ambiental, tratando-se, portanto, de análise de matéria de direito, sendo prescindível a instrução probatória”; e) a Hidrovia Paraguai-Paraná compreende uma vasta área territorial, atingindo ecossistemas diversos, envolve a realização de obras de engenharia bastante complexas, com a conseqüente construção de porto e terminais, bem como a ampliação dos já existentes, construção de estradas, retificações de curvas dos rios, retirada de distorções no relevo subaquático, dragagens profundas e até mesmo eventual construção de canais; “tais procedimentos certamente poderão ocasionar sérios danos aos ecossistemas atingidos pelo empreendimento, podendo ainda causar distorções sócio-econômicas graves em virtude do possível enfraquecimento de determinados setores de atividade produtiva da região”; “desta forma, as obras e atividades relacionadas à implementação da Hidrovia Paraguai-Paraná não podem ser analisadas de forma isolada, posto que seus efeitos não se restringem a sua localização, mas irradiam-se por toda a região”; “aqui insurge-se (sic) o fenômeno da sinergia, o qual deve ser levado em consideração quando da avaliação dos prováveis danos ambientais ocasionados pelo empreendimento hidroviário”; f) “mostra-se real necessidade de se realizar um estudo único e aprofundado acerca da problemática ambiental em toda a extensão do Rio Paraguai até a foz do Rio Apa e não de forma individualizada, por obra ou atividade separadamente”; 3 – à apelação de Macrológica Consultoria S/C Ltda.: a) “sua participação na presente demanda encontra resguardo no texto do art. 47 do CPC, o qual estabelece as hipóteses de litisconsórcio necessário”; b) “o projeto de viabilização da Hidrovia Paraguai-Paraná surgiu de entendimentos formados entre os países abrangidos pela Bacia do Prata (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai) culminando com a assinatura de um Acordo de Transporte Fluvial em 1992”; “tal acordo tem como intuito proporcionar um maior tráfego de produtos e mercadorias entre as referidas nações, buscando-se ainda promover uma maior integração econômica e conseqüente fortificação do bloco Mercosul”; “a referida hidrovia abrange um imenso espaço territorial, abarcando os dois

maiores rios da segunda maior bacia fluvial da América Latina (Paraná e Paraguai), atingindo os países já citados e abrangendo ainda, em território nacional, pelo menos dois Estados da Federação (Mato Grosso e Mato Grosso do Sul)”; “desta forma, a extensão da via fluvial em questão mostra-se de tal amplitude que vem de fato esta a abranger diversos ecossistemas em seu percurso, dentre os quais podem-se citar o cerrado mato-grossense e o complexo do Pantanal”; “portanto, um projeto que envolve tal variedade de sistemas ecológicos, todos com formações vegetais e faunas diferenciados, não pode ser objeto de estudos de impacto isolados, que analisem tão somente os prejuízos ambientais locais”; c) “a construção sucessiva de portos, por exemplo, não gera apenas efeitos nas localidades em que estes são instalados, vez que estão diretamente relacionados ao maior ou menor fluxo de embarcações na hidrovia”; “da mesma forma ocorre com obras relacionadas à correção de curso e adaptações no leito dos rios para a passagem de embarcações, haja vista que tais procedimentos, isoladamente, podem não ocasionar danos ambientais sérios, mas, realizados em grande número, certamente acabarão por trazer sérias conseqüências no que atine à desvirtuação dos ecossistemas sob comento”; 4 – à apelação de Mineração Corumbense: a) argumentos já registrados nas contra-razões anteriores; b) a Hidrovia Paraguai-Paraná demanda um único estudo de impacto ambiental, “o qual deverá considerar tanto as obras futuras como as já existentes, com fins de prever-se a real extensão dos danos proporcionados aos ecossistemas por ela abrangidos”; c) “uma vez verificada a irregularidade presente na concessão das licenças ambientais em questão, seja pela incompetência do órgão ambiental ou pela formalística (estudos individualizados), não há que se pensar em agir de forma diferente com relação a um ou outro atingido pela decisão”; 5 – à apelação do Estado do Mato Grosso: a) alegações já registradas em outras contra-razões; b) “o Porto de Morrinhos fora inserido no campo de abrangência da ACP pelo *Parquet* Federal como apenas uma das diversas obras e atividades em andamento no curso dos rios Paraná e Paraguai, sendo utilizado inclusive como exemplificação da resistência oposta pela Fundação Estadual do Meio Ambiente-MT às recomendações efetuadas no tocante à necessidade de suspensão das atividades de implantação do mesmo”; “todavia, em momento algum poder-se-ia diminuir a abrangência da Ação sob comento, de forma a atingir a mesma somente a definição de competência

ou não do órgão ambiental estadual”; c) “desde a peça vestibular, já era suscitada a real extensão da ação, a qual diz respeito a todo o empreendimento da Hidrovia Paraguai-Paraná e não apenas à definição da competência dos órgãos ambientais ou ainda às obras pertinentes ao Porto situado no município de Cáceres”; d) a competência comum “restringe-se às condutas preservacionistas, as quais deverão ser desempenhadas de forma paralela entre as unidades federadas”; e) “uma vez estabelecida a competência legislativa concorrente, se a matéria estiver regulamentada no âmbito federal, poderão os Estados somente legislar em consonância com o regramento imposto pela União, devendo respeitá-lo integralmente”; “a matéria sob comento já se encontra normatizada no âmbito federal”; f) “o único órgão ambiental legitimado a proceder ao licenciamento do projeto referente à Hidrovia Paraguai-Paraná é o Ibama, visto que o empreendimento referido abarca área localizada também em país limítrofe, abrangendo pelo menos dois Estados e seus efeitos poderão ser sentidos em limites territoriais que ultrapassam as fronteiras do país ou de mais de uma Unidade Federativa”; 6 – à apelação de Companhia de Cimentos Portland Itaú: a) “a carta precatória expedida para a citação da então requerida fora juntada aos autos em 16/07/2002, sendo que a peça contestatória apresentada pela mesma fora protocolada em 16/07/2003”; “não havendo comprovado a Apelante a suscitada ausência de cópias liminares e tendo-se em consideração que a mera ausência desta não invalidaria o procedimento de citação, não há o que se discutir a respeito da decretação de sua revelia”; b) a solução da lide restringe-se “à discussão acerca da competência dos órgãos ambientais”; c) “a previsão do procedimento de saneamento do processo é prevista no art. 131 e somente será aplicada em caso de não ocorrência de nenhuma das modalidades de julgamento conforme o estado do processo”; d) quanto ao EIA-Rima único, os mesmos argumentos apresentados nas anteriores contra-razões; e) “a ação civil pública então intentada não visa apenas a preservação ambiental da área abrangida pela Hidrovia Paraguai-Paraná, mas tem também como objetivo a recuperação dos danos já ocasionados em virtude de obras e atividades desenvolvidas sem o necessário e competente estudo de impacto ambiental”; “para tanto, fora requerida a devida decretação de nulidade das licenças concedidas fora dos critérios legais, o que corrobora com essa assertiva”.

A empresa Urucum Mineração S/A apelou, pontuando que: a) a Carta Precatória n. 048/2002 não veio acompanhada de todas as peças obrigatórias e necessárias para a compreensão da ordem judicial, pois trazia apenas cópia de decisões já revogadas (fls. 63/69; 86/89 e 99/102), além da petição inicial e do requerimento de citação da apelante (fls. 837/838), sem informar acerca da decisão de deferimento do pedido de inclusão da Urucum no pólo passivo da demanda, conforme se demonstrou às fls. 1.300/1.329”; b) “não foram anexadas as peças obrigatórias, que diziam respeito ao ingresso da apelante no pólo passivo da demanda, conforme determinam os artigos 202 e 225 do Código de Processo Civil”; c) “assim, evidente a nulidade da citação em razão da inadequada instrução da Carta Precatória, o que, nos termos do art. 182, § 3º, do Código de Processo Civil, caracteriza evento alheio à vontade da parte a viciar o ato de citação, tornando insubsistentes os seus efeitos”; d) “não obstante a precariedade da citação operada, a Apelante passou a acompanhar o andamento do processo pelo *site oficial* da *Seção Judiciária de Mato Grosso* (fls. 1.330/1.335), conforme recomendado pela própria Secretaria da 1ª Vara Federal de Cuiabá, em contato mantido por telefone, enquanto aguardava a juntada do último mandado de citação para apresentar sua contestação”; e) “como se pode ver pela simples leitura dos extratos, não há nenhuma referência à devolução da Carta Precatória n. 048/2002 (vide extratos de fls. 1.339/1.402)”; f) “e nem se fale que os andamentos divulgados pelo meio eletrônico não têm validade, eis que, além de oficiais, na medida em que divulgados pelo próprio Poder Judiciário, no momento em que disponibilizados eles servem a conferir transparência para o processo e, sobretudo, conceder às partes a oportunidade de acompanhá-lo sem a necessidade de estar constantemente se dirigindo ao balcão da Secretaria”; g) “o e. Superior Tribunal de Justiça vem constantemente julgando no sentido de se atribuir a confiabilidade necessária aos lançamentos processuais divulgados na *internet*, sob pena de restituição de prazos”; h) “ainda que se considere válida a citação, o que se admite apenas como argumentação, certo é que há tempestividade na apresentação de sua contestação, mormente ao se considerar que, até a presente data, não divulgou a juntada da carta precatória – que instruiu sua citação – no *site oficial* da Justiça Federal”; i) “seria infrutífera qualquer tentativa de ter acesso ao processo para conhecer os fatos e as circunstâncias da demanda, posto que, conforme dito, pelos documen-

tos anexos à Carta Precatória, não foi possível compreender a verdadeira extensão da ação e da liminar concedida”; j) “após sua citação o processo retornou à Secretaria apenas em 18.09.2002, sendo novamente retirado pelo Ministério Público Federal, que ficou de posse do mesmo entre 08.10.2002 e 04.02.2003, ou seja, *quase quatro meses ininterruptos*; após o que foi remetido à conclusão, e novamente retirados pelo autor em 21.03.2003, sendo devolvidos apenas em 09.07.2003 (vide andamentos constantes na fl. 1.399)”; “ademais, os autos mal retornaram e já foram retirados pelas demais partes do processo (fls. 398/1.399)”; l) “o acesso aos presentes autos foi praticamente impossível para a Apelante, principalmente considerando a longa distância em que se encontra da Seção Judiciária de Mato Grosso”; m) “os advogados da apelante têm escritório profissional na cidade de São Paulo, de modo que lhes é impossível estar constantemente se dirigindo a Cuiabá para ter vista dos autos”; n) houve, assim, cerceamento de defesa; o) “se a contestação é intempestiva, também haveria de ser a Impugnação ao Valor da Causa protocolada no mesmo dia da contestação, mas que foi conhecida pelo MM. Juízo *a quo* e julgada improcedente”; o) considerada tempestiva a contestação, pede-se que o Tribunal aprecie as preliminares suscitadas e as questões de mérito rebatidas, que deixaram de ser consideradas na r.sentença; p) “é inegável e notória a relevância desse empreendimento (Hidrovia Paraguai-Paraná) para o País”; “o Tratado Internacional de *Las Leñas*, ratificado pelo Brasil, Bolívia, Argentina e Uruguai, reconhece a Hidrovia Paraguai-Paraná como via de integração dos países do Mercosul”; “em seus 3.440 km de extensão, a Hidrovia atende a região centro-oeste brasileira, a Bolívia e o Paraguai, passando por Assunção, Argentina e Uruguai, até chegar a Nueva Palmira, já na foz do Rio Prata”; q) “depreende-se, portanto, as implicações estratégicas, socioeconômicas e ecológicas da operação dessa Hidrovia, por constituir um meio de transporte ambientalmente sustentável e apoiar o desenvolvimento de importante região brasileira, que vem se destacando mundialmente por seus indicadores de produção agrícola”; r) “é cediço que a enorme área de abrangência da Hidrovia, que permite mensurar o seu potencial de impacto ambiental a justificar o licenciamento pelo Ibama, extrapola, à evidência, o território nacional”; s) “por conseguinte, a competência para a ação civil pública não pode ser da seção judiciária de Mato Grosso nem do Mato Grosso do Sul, mas, sim, do Distrito Federal, que é a capital político

administrativa do País, para a qual são remetidas todas as decisões que afetam a nação e as relações exteriores”; t) falta legitimidade aos Ministérios Públicos “para formular pedidos em relação à apelante, visto que esta empresa localiza-se no Estado do Mato Grosso do Sul e seu empreendimento, que está operando há muito tempo, sequer afeta o Estado de Mato Grosso”; u) a petição inicial é inepta, pois “não foi deduzido pedido em face da apelante, nem mesmo existe pretensão formalizada contrariamente a interesse jurídico da empresa”; “em nenhum momento posterior, nem quando emendaram a inicial, os autores especificaram eventuais pedidos em face da Fema-Pantanal/MS e da Urucum”; v) faltou anuência dos réus ao aditamento da inicial; x) a empresa “opera um porto implantado há muito tempo e já licenciado pelo órgão ambiental do Mato Grosso do Sul, não integrando o rol de obras novas (dragagens, retificações, portos intermodais, estradas de acesso etc.) necessárias para a melhoria da navegação do Rio Paraguai, para dar consecução à pretendida Hidrovia prevista no programa governamental *Brasil em Ação*”; “em que pese a r. sentença ter determinado a competência do Ibama para o licenciamento do projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, mediante a elaboração de apenas um EIA-Rima para todo o projeto, incluída a avaliação ambiental de Porto ainda em fase de planejamento (Porto de Morrinhos), o *mesmo critério não pode ser aplicado aos portos já implantados e em operação*”; “o Terminal operado pela Urucum já passou pelas fases das Licenças Prévia e de Instalação”, ou seja, “sua instalação se constituiu ato jurídico perfeito e consumado, tendo gerado *direito adquirido*”; z) a condenação em honorários advocatícios não tem como prosperar.

O Ministério Público Federal formulou contrarrazões à última apelação, dizendo que: a) “a carta precatória expedida para a citação da então requerida fora juntada aos autos em 16/07/2002, sendo que a peça contestatória apresentada pela mesma fora protocolada apenas em 18/08/2003”; “não havendo comprovado a Apelante a suscitada ausência de cópias liminares e tendo-se em consideração que a mera ausência destas não invalidaria o procedimento de citação, não há o que se discutir a respeito da decretação de sua revelia” b) “em se tratando de questão a envolver mais de uma localidade, ou mesmo no caso em tela, mas de um Estado, a situação resolver-se-á pela prevenção, face à competência de mais de um juízo”; c) “embora situado em Mato Grosso do Sul, o empreendimento defendido

pela recorrente configura-se com uma das obras a constituir o complexo empreendimento hidroviário sob comento (Hidrovia Paraguai-Paraná”; “o princípio da unidade, norteador das atividades do órgão ministerial, vem a corroborar tal assertiva, visto que tal dispositivo visa eliminar as limitações da atuação do *Parquet*, com o intuito de favorecer a proteção dos interesses da coletividade”; d) “da análise do texto desenvolvido na peça atacada (petição inicial), cristalina se mostra a intenção de abarcarem-se todas as obras e atividades pertinentes à referida Hidrovia”; e) “o dispositivo inserto no art. 264 do Diploma Processual Civil não vincula a inclusão de parte em regime de litisconsórcio necessário à ausência dos demais réus”; f) “a Hidrovia Paraguai-Paraná constitui-se em empreendimento de expressiva magnitude, sendo imprescindível a realização de estudo único de impacto ambiental, o qual deverá considerar tanto as obras futuras como as já existentes, com fins de prever-se a real extensão dos danos proporcionados aos ecossistemas por ela abrangidos”; g) “o projeto de viabilização da Hidrovia Paraguai-Paraná surgiu de entendimentos formados entre os países abrangidos pela Bacia do Prata (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai) culminando com a assinatura de um Acordo de Transporte Fluvial em 1992”; “tal acordo tem como intuito proporcionar um maior tráfego de produtos e mercadorias entre as referidas nações, buscando-se ainda promover uma maior integração econômica e conseqüente fortificação do bloco Mercosul”; “a referida hidrovia abrange, como já aludido, um imenso espaço territorial abarcando os dois maiores rios da segunda maior bacia fluvial da América Latina (Paraná e Paraguai), atingindo os países já citados e abrangendo ainda, em território nacional, pelo menos dois Estados da Federação”; um projeto que envolve “variedade de sistemas ecológicos, todos com formações vegetais e faunas diferenciadas, não pode ser objeto de estudos de impacto isolados”.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso também ofereceu as seguintes contra-razões aos recursos de apelação: a) “não cabe albergue à alegação da apelante no sentido de que as construções decorrentes do uso da Hidrovia são obras específicas, independentes, visto que tais empreendimentos são resultados, são frutos da obra Hidrovia Paraguai-Paraná, e sendo conseqüência da obra, como pondera a própria apelante, sua avaliação dever ser feita no momento da avaliação da obra, fato que torna notória a necessidade

de um Estudo e Relatório de Impacto Ambiental único, deixando evidente que as considerações ponderadas na decisão recorrida são de extrema prudência ao considerarem os portos membros da obra principal”; b) “a decisão impugnada não pressupõe que a utilização da Hidrovia como via de carga cause impactos ambientais, a decisão considera, acertadamente, que o empreendimento como um todo excede aos limites de mero transporte, deixando claro que não existe uma barreira para limitação dos danos ambientais, que podem, inclusive, advir da potencialidade econômica da Hidrovia, já que essa tem repercussão internacional”; c) “a obra deve ser considerada em sua totalidade, ou seja, a Hidrovia e suas conseqüências imediatas e mediadas, dentre elas a implementação de diversos portos, restando evidente a competência do Ibama para toda e qualquer licença que diz respeito a tal empreendimento, como bem coloca o juízo *a quo*”; d) “a vontade das populações diretamente interessadas não será conclusiva, apenas deverá ser considerada para fins de Estudo de Impacto Ambiental”.

O Ministério Público Federal (Procuradoria Regional da República) ofereceu manifestação, que pode ser assim resumida, nos pontos que mais interessam à causa: a) “o impacto ambiental, *in casu*, afetará o trecho do Rio Paraguai compreendido entre a cidade de Cáceres e a Foz do Rio Apa, na divisa do Brasil com a Bolívia, no vizinho Estado do Mato Grosso do Sul, estabelecendo-se a competência, pelo critério da prevenção, na forma do art. 106 c.c. 219 e 263, todos do CPC, considerando-se preventivo o juiz que despachou em primeiro”; b) “é certo que o juiz de Mato Grosso não tem competência, como medida de jurisdição para deslindar lide em Mato Grosso do Sul. No entanto, isso é primário, o comando emergente de qualquer decisão do juiz federal pode e deve ter repercussão fora do limite territorial da seção judiciária do Estado do Mato Grosso, notadamente, levando-se em conta que o meio ambiente não pode ser seccionado como equivocadamente quer fazer ver Mato Grosso do Sul”; c) “quanto ao litisconsórcio ativo com o *parquet* Estadual, seu suporte jurídico está previsto no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, o qual autoriza a legitimidade concorrente dos legitimados à demanda. Nesse ponto, o ingresso na lide do *parquet* Estadual vem reforçar as teses suscitadas na ação civil em comento, inclusive, em face da repercussão na defesa do meio ambiente saudável da sociedade matogrossense”; d) “equivocada

a alegação de ofensa a ato jurídico perfeito em decorrência dos licenciamentos empreendidos e atividades isoladas na Hidrovia Paraguai-Paraná expedidos pela Fundação Estadual do Meio Ambiente do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, pois tais atos não podem ser tidos por órgão sem competência administrativa”; e) “a sentença ateu-se aos termos da inicial, declarando a nulidade dos procedimentos administrativos da Fema e do Ibama, a competência administrativa deste último para proceder ao EIA/Rima único e a necessária consideração da vontade das populações atingidas, em total correspondência com os pedidos constantes da petição inicial”; f) “o julgamento antecipado da lide na espécie encontra suporte no art. 330 do CPC, não havendo razões jurídicas para a reforma da decisão neste tópico, haja vista que o juiz apreciou a prova dos autos, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indicou os motivos determinantes do seu convencimento (art. 131 do CPC), bem como atendeu aos requisitos do art. 458 do CPC, na prolação da sentença”; g) “as obras e atividades interligadas, dependentes, adjacentes ou decorrentes da Hidrovia Paraguai-Paraná, implantadas, em implantação ou projetadas, não podem ser consideradas de forma isolada, como querem fazer crer os apelantes, pois do contrário restaria ferido de morte o entendimento cumulativo e sinérgico dos impactos”; h) “o licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos deverá estar condicionado à aprovação do licenciamento da Hidrovia Paraguai-Paraná, tendo em vista que: *a)* o processo de avaliação ambiental do projeto Hidrovia Paraguai-Paraná poderá levantar uma série de impactos não considerados, em seus aspectos cumulativos, no EIA/Rima do porto em questão; *b)* o processo de avaliação ambiental do projeto Hidrovia Paraguai-Paraná poderá aprovar e/ou acrescentar medidas mitigadoras cuja compatibilidade com respeito às intervenções e programas concernentes ao porto devem ser previamente avaliadas; *c)* o IPHAN deve se pronunciar com respeito aos estudos referentes ao projeto Hidrovia Paraguai-Paraná, atualizando os documentos de conhecimento desta Câmara, bem como quanto ao EIA/Rima do Porto de Morrinhos”.

É o relatório.

Voto (1ª Preliminar)*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Não conheço do agravo retido interposto por Urucum Mineração S.A. contra decisão da impugnação ao valor da causa tendo em vista a impropriedade da forma re-tida.

Ademais, essa decisão foi objeto de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, provido por decisão desta Quinta Turma (fls. 1.436-1.440).

Voto (2ª Preliminar)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A Hidrovia Paraguai-Paraná (Porto de Cáceres/MT – Porto de Nova Palmira/Uruguai) consta do Acordo de Transporte Fluvial, denominado Tratado de Santa Cruz de La Sierra, assinado entre Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai em *Valle de las Leñas*, Departamento de Malargue, Província de Mendoza, República Argentina, em 26 de junho de 1992 (promulgado no Brasil pelo Decreto n. 2.716, de 10 de agosto de 1998).

Nos termos do Capítulo VIII, os países signatários: a) garantirão mutuamente facilidades de acesso e operação nos portos localizados na Hidrovia; b) promoverão medidas tendentes a incrementar a eficiência dos serviços portuários prestados às embarcações e às cargas que se movem pela Hidrovia e o desenvolvimento de ações de cooperação em matéria portuária e de coordenação de transporte internacional; c) adotarão medidas necessárias para criar as condições que permitam otimizar os serviços de praticagem e pilotagem para as operações de transporte fluvial realizadas pelas embarcações dos países que integram a Hidrovia; d) revisarão as características e os custos dos serviços de praticagem e pilotagem com o objetivo de readequar sua estrutura, de modo a harmonizar as condições de prestação do serviço, reduzir os custos e garantir uma equitativa e igualitária aplicação destes para todos os armadores da Hidrovia.

* Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e Selene Maria de Almeida.

Por meio desse documento verifica-se que não há propriamente um plano unitário de reconstrução da hidrovia, mas um compromisso de gradativo melhoramento de suas atuais condições. Não há pois, à primeira vista, a *demolição* e posterior *reconstrução (instalação)* de uma nova obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente para os efeitos do art. 225, § 1º, IV, da Constituição.

Sendo assim, não subsiste razão para, de imediato, alterar a tradicional navegação do Rio Paraguai, interferindo na organização e funcionamento dos portos que há décadas já existiam por ocasião da assinatura do Tratado de Santa Cruz de La Sierra. O próprio Autor, na inicial, disse que se está a discutir neste processo não o transporte de passageiros e cargas que de há muito se encontra incorporado ao Rio Paraguai e que “tal constatação fática” “faz parte da história do Brasil e dos países vizinhos, e mais particularmente dos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul”.

Não é, porém, o que entendeu o MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Mato Grosso, o qual, já na liminar, suspendeu “a validade de toda e qualquer licença ambiental eventualmente expedida pelos Requeridos a atividades, empreendimentos ou equipamentos (dragagens, estradas de acesso aos portos, terminais portuários de todas as modalidades, sinalizações etc.) no trecho do Rio Paraguai compreendido entre a cidade de Cáceres e a Foz do Rio Apa, na divisa do Brasil com a Bolívia, no vizinho Estado do Mato Grosso do Sul”, e determinou ao Ibama que se abstinhasse, desde então, “de conceder qualquer licença ou autorização para ações interventivas na área fluvial mencionada”, até que fosse “julgado o mérito desta lide” (fl. 68).

A referida decisão resultou na interdição (sem o devido processo legal, diga-se de passagem) de todos os portos em atividade no Rio Paraguai, especialmente no Mato Grosso do Sul. Só posteriormente (cf. fl. 795) houve a citação das diversas empresas como litisconsortes necessários, bem como da Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, que lhes vinha expedindo as licenças de operação. À custa de diversas decisões em suspensões de segurança e agravos de instrumento chegou-se finalmente à definição de que a navegação tradicional dos mencionados rios não poderia ser interrompida.

Na sentença, volta-se a essa parte da decisão liminar, com a ressalva de que os portos e terminais por-

tuários “deverão cessar suas atividades com o trânsito em julgado desta. Até lá, poderão funcionar por força do acórdão de fls. 677/709, não podendo, entretanto, expandir suas operações, observando ainda as prescrições oriundas do TRF – 1ª Região no tocante a não utilização de ‘grandes embarcações, grandes comboios e chatas’, sendo que ‘as embarcações não poderão usar as margens do Rio Paraguai como elemento de apoio à manobra; e que deverão empregar propulsores azimutais nos empurradores e elementos de produção de empuxo lateral avante do comboio, a fim de não danificarem as margens dos rios, nas curvas’, sob pena de terem interrompido o respectivo funcionamento”.

Não existindo, conforme inicialmente foi dito, um projeto global de reconstrução e, em conseqüência, alteração das tradicionais condições da hidrovia, não se vislumbra interesse processual (necessidade) que justificasse a interdição dos antigos portos e, em conseqüência, a citação das rés Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (Fundação Pantanal), Companhia de Cimento Portland Itaú, Mineração Corumbaense Reunida S/A, Urucum Mineração S/A e Granel Química Ltda, que já funcionavam quando se cogitou de um programa de melhorias da Hidrovia Paraguai-Paraná.

Julgo, de ofício, extinto o processo em relação a tais pessoas¹, ficando prejudicadas as respectivas apelações, bem como os requerimentos (fls. 2.017-2.023, 2.058-2.062, 2.097-2.098 e 2.101-2.104) de Granel Química Ltda.

Deixo de condenar o Ministério Público Federal em honorários de advogado, nos termos da jurisprudência que considera incabível tal condenação, na espécie.

Voto (3ª Preliminar)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva levantada

¹ Por outros ângulos de análise, poderia considerar-se que há: a) parcial inépcia da inicial, tendo em vista que a argumentação voltada basicamente para a questão do Porto de Morrinhos não justificaria pedido amplo de anulação de todas as licenças de obras no Rio Paraguai; b) ou julgamento *ultra petita*, se se entendesse que o pedido, interpretado em consonância com a argumentação, é restrito a novos empreendimentos. Qualquer dessas hipóteses resultaria na exclusão das mencionadas pessoas.

por Macrologística Consultoria S/C S/A tendo em vista que, sendo a empreendedora do Porto de Morrinhos, a solução a ser dada ao mérito da questão (extensão do EIA-Rima para efeito de licenciamento da mencionada obra) obviamente lhe interessa. É, por isso, litisconsorte necessário.

Voto (Mérito)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Conforme foi mencionado na preliminar, a Hidrovia Paraguai-Paraná (Porto de Cáceres/MT – Porto de Nova Palmira/Uruguai) consta do Acordo de Transporte Fluvial, denominado Tratado de Santa Cruz de La Sierra, assinado entre Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai em *Valle de las Leñas*, Departamento de Malargue, Província de Mendoza, República Argentina, em 26 de junho de 1992 (promulgado no Brasil pelo Decreto n. 2.716, de 10 de agosto de 1998).

Nos termos do Capítulo VIII, os países signatários: a) garantirão mutuamente facilidades de acesso e operação nos portos localizados na Hidrovia; b) promoverão medidas tendentes a incrementar a eficiência dos serviços portuários prestados às embarcações e às cargas que se movem pela Hidrovia e o desenvolvimento de ações de cooperação em matéria portuária e de coordenação de transporte internacional; c) adotarão medidas necessárias para criar as condições que permitam otimizar os serviços de praticagem e pilotagem para as operações de transporte fluvial realizadas pelas embarcações dos países que integram a Hidrovia; d) revisarão as características e os custos dos serviços de praticagem e pilotagem com o objetivo de readequar sua estrutura, de modo a harmonizar as condições de prestação do serviço, reduzir os custos e garantir uma equitativa e igualitária aplicação destes para todos os armadores da Hidrovia.

Volto a considerar que nesse documento (Tratado de Santa Cruz de La Sierra) não há propriamente um plano unitário de reconstrução da hidrovia, mas um compromisso de gradativo melhoramento de suas atuais condições. Não há, assim, em tese, a *instalação de uma nova obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente* para os efeitos do art. 225, § 1º, IV, da Constituição.

Tal constatação não nega, entretanto, que o EIA-Rima relativo a cada intervenção concreta destinada a

melhorar as condições de uma hidrovia deverá levar em conta a respectiva repercussão sistêmica na bacia hidrográfica, como, aliás, está na Resolução n. 1/86-Conama, art. 5º: “o estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: ... – definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; ...”. A propósito, ensina Paulo Affonso Leme Machado que “a definição da área geográfica a ser estudada não fica ao arbítrio do órgão público ambiental, do proponente do projeto ou da equipe multidisciplinar. A possibilidade de se registrarem impactos significativos é que vai delimitar a área chamada de influência do projeto. A resolução, contudo, apontou uma referência geográfica inarredável do estudo: a bacia hidrográfica na qual se situará o projeto”.²

O projeto de construção do Porto de Morrinhos, por sua simples localização, situando-se na “cabeceira”, pode-se assim dizer, da hidrovia e no limiar do Pantanal Matogrossense, é dessas intervenções a que poderá causar maiores conseqüências ambientais ao trecho pantaneiro do Rio Paraguai (“baixada cuiabana”). Esse trecho, de acordo com o próprio Rima juntado aos autos, é o mais crítico de toda a hidrovia, numa extensão aproximada de 717 km, até Corumbá/MS (fl. 175). A par disso, em termos concretos, a previsão é de que o porto elevará de 400.000 para 2.000.000 de toneladas/ano o transporte de grãos, particularmente soja, pelo Rio Paraguai, “em face da melhoria das condições de navegação e aumento de calado das barcas devido a eliminação do trecho Cáceres-Morrinhos” (EIA/Rima, fl. 170), sem falar na previsão de redução do tempo, de seis para dois dias, no trajeto Cáceres-Corumbá. É intuitivo que o transporte de carga cinco vezes maior trará conseqüências e implicará adaptação da hidrovia propriamente dita. Não é casual que a “previsão de investimento em transportes 2007-2010”, parte do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC para o Centro-Oeste, inclua referência a obra de “dragagem e derrocagem da Hidrovia Paraná-Paraguai – MS-MT”.

² *Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 225.

Isto ocorrerá justamente no trecho do Rio Paraguai que atravessa e irriga o Pantanal Matogrossense, a cujo respeito dispõe a Constituição que constitui “patrimônio nacional” e que “sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais” (art. 225, § 4º). Merece também referência que o Pantanal Matogrossense recebeu da Unesco, no ano de 2000, os títulos de “Reserva da Biosfera” e “Patrimônio Natural da Humanidade” em razão de tratar-se “de um ecossistema único no mundo; é o *habitat* de espécies animais e vegetais tão ricas e variadas quanto raras, algumas delas em extinção”³.

Conforme parecer da assessoria técnica do Ministério Público Federal, obras na Hidrovia Paraguai-Paraná poderão causar vários impactos à região pantaneira, em decorrência dos trabalhos de “drenagem, corte de meandros, construção de diques e derrocamentos previstos, uma vez que estas poderão acelerar o fluxo de água pelo aumento da declividade, reduzir a área inundável e o período de inundação. A remoção de afloramentos rochosos em Fecho dos Morros poderá fazer com que o Pantanal perca sua condição de sistema de amortização das ondas de cheia, a qual é responsável pela excepcional estabilidade do fluxo das águas através do Rio Paraguai. Portanto, a alteração no nível das águas e diminuição do período de inundação como consequência do fluxo mais rápido das águas terão reflexos negativos em todas as complexas inter-relações ecológicas” (fl. 29).

Nas palavras do então Presidente do Tribunal Desembargador Federal Tourinho Neto, que inclusive procedeu a inspeção ocular da área, “o Rio Paraguai corre num relevo praticamente plano, tendo pouca declividade e muitas curvas, meandros, sinuosidade, parecendo uma toalha de renda feita pelas mulheres do Nordeste. Com a eliminação dessas curvas, o rio correrá mais rápido, o fluxo será mais veloz, o tempo, assim, de permanência da água na região será menor e, conseqüentemente, não ficará ela alagada. Daí por que não poderá haver retificações de curvas, nem os raios de curvatura ampliados. Essa a razão de ser uma área úmida, a maior área úmida contínua, cerca de 140.000 km², da Terra. A profundidade do rio raramente vai além de 1,50m, nas cheias a profundidade chega a um

pouco mais de três metros, indo em poucos pontos a cinco metros. A natureza é sábia, o Rio Paraguai não tem, em princípio, vocação para a navegação de embarcações de grandes calados. As construções de novos portos, as estradas de acesso e as dragagens profundas provocarão a retirada da vegetação ciliar, logo ocasionarão o assoreamento dos rios. O tráfego das grandes embarcações de cargas, os comboios de empurra, poderão destruir as margens dos rios e as matas ciliares – que, como disse Vladimir Passos de Freitas, ‘tal qual os cílios que protegem os olhos, elas resguardam as águas’ -, ao fazerem as manobras nas curvas. O comboio, ao entrar na curva, é arremetido pelo piloto contra a margem, fazendo com que a parte da frente suba no barranco, sempre baixo; em seguida, o piloto dá marcha à ré, para novamente arremeter contra a margem contrária, seguindo-se nova marcha à ré, e, assim, sempre repetindo as manobras até passar a curva. É certo que aparelhos poderão monitorar tais embarcações para possibilitar fazer as curvas sem destruir as margens, o emprego de propulsores azimutais nos ‘empurradores’, mas tudo isso precisa ficar demonstrado e devidamente disciplinado. As dragagens profundas retiram grande quantidade de areia, removem milhões de metros cúbicos de material sólido, jogando-os nas margens, destruindo, igualmente, a vegetação ciliar. As intervenções na hidrovia Paraguai-Paraná devem ser licenciadas *como um todo*. Não podemos esquecer que o Pantanal é o elo de ligação entre biomas, isto é, comunidades de animais e vegetais, como a Amazônia, o Cerrado e os Chacos boliviano e paraguaio. [...] Com a implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná, poderão ocorrer alterações complexas e profundas, que afetarão não só o local onde serão feitas as obras, no rio, como também nas planícies de inundação adjacentes ao Rio Paraguai e seus afluentes; grandes alterações antrópicas poderão se verificar, reduzindo, inclusive, a diversidade e a abundância de animais, acostumados que estão às condições de cheias e secas do rio. Praias, formadas na época da seca, com as obras de retificação e alargamento das curvas, poderão desaparecer, e estas praias são importantes para a termo-regulação, reprodução e alimentação de várias espécies de animais. Enfim, a particular formação rochosa e as intrincadas relações entre os rios da região e as planícies de inundação é que formam o Pantanal. Tocar nisso, sem o prévio estudo, é perigosíssimo. Pode-se destruir de forma irreversível um equilíbrio fantástico que a natureza construiu no decorrer de milhões de anos. Ademais, o aumento po-

³<http://www.unesco.org.br/noticias/revista>, acesso em 21.08.2007.

pulacional decorrente de um maior comércio com o surgimento de novos assentamentos humanos, a busca de mais alimentação, saneamento básico, exige um estudo prévio desse impacto, desse choque, no meio ambiente” (voto no AgReg n. 2000.01.00.139577-5/MT, fls. 679-692).

Consta ainda do parecer técnico da assessoria do Ministério Público Federal (fls.166-167), reportando-se ao EIA/Rima, que o trânsito das barcas pelo Rio Paraguai “gera um processo de destruição dos sítios arqueológicos instalados na beira do rio, que já é bastante conhecido e documentado. Por um lado, sua passagem causa uma maior movimentação das águas, formando ondas que solapam o sedimento arenoso das margens do rio, desmontando os barrancos e, junto com eles, os sítios ali implantados. Por outro lado, os comboios de barcas conduzidos pelos empurradores não conseguem completar as inúmeras curvas fechadas que compõem o meândrico rio Paraguai e, assim, frequentemente colidem com os barrancos, aumentando ainda mais os desmoronamentos”.

O incremento da hidrovía em questão, de outra banda, afetará o interesse de comunidades indígenas do Pantanal, consoante já ficou demonstrado nos autos de ação cuja apelação de sentença foi julgada nesta Turma (AC n. 1999.01.00.068811-3/MT, Relatora Desembargadora Federal Selene de Almeida – fls. 2.066-2.068), dependendo, por isso, de autorização do Congresso Nacional. Consta do EIA/Rima juntado aos autos que “o Pantanal Matogrossense vem sendo ocupado ao menos há 8.200 anos, e ao longo de todos estes milênios diferentes grupos indígenas ali estiveram, se desenvolveram e/ou se sucederam” (fl. 151). Verifica-se pois, aqui, o entrelaçamento da questão indígena com o interesse arqueológico.

As partes insistem em que não há qualquer disposição legal estabelecendo que o projeto não possa ser “fatiado”. Esquecem-se, todavia, da fragilidade do argumento positivista e reducionista, especialmente em matéria ambiental, em que mais que qualquer outra área devem prevalecer os princípios constitucionais e a visão sistêmica.

A visão sistêmica, como reação ao reducionismo racionalista (positivista), ingressou no Direito justamente por meio do direito ambiental. No racionalismo prevalece a concepção fragmentada da realidade e a especialização dos ramos do conhecimento. No

Direito, especificamente, o racionalismo conduziu ao positivismo e à pretensão de pureza, que hoje cedem lugar ao pensamento holístico, interdisciplinar, principiológico.⁴ A fragmentação da realidade, tratando-se da questão em exame, serve aos interesses econômicos, em detrimento dos interesses ambientais. Consoante argumentou este relator em voto-vogal na AC n. 1999.01.00.068811-3/MT, cumpre a finalidade de vencer furtiva e gradativamente as resistências, utilizando-se inclusive de arma psicológica.⁵ Uma etapa abre caminho e força a outra, sob o argumento de desperdício de recursos, até a conquista final do objetivo. No caso específico, construído isoladamente o Porto de Morrinhos o Pantanal Matogrossense ficará literalmente “sitiado”. Em tal situação a autoridade administrativa, na tomada de decisão, e o Poder Judiciário, no papel de controle, não podem circunscrever o exame ao fragmento fático, isolado do conjunto, nem às regras, isoladas dos princípios constitucionais.

A inexistência de um projeto global, formalmente estabelecido, de reconstrução da hidrovía Paraguai-Paraná não significa, assim, que o EIA/Rima relativo ao projeto do Porto de Morrinhos possa ser feito isoladamente. Ao contrário, depende, senão de estudo de impacto ambiental unitário, de estudos concomitantes de todas as inevitáveis adaptações no trecho da hidrovía que corta o Pantanal Matogrossense, precedido de autorização do Congresso Nacional relativamente ao(s) segmento(s) em que há reserva(s) indígena(s), apontando-se desde já o segmento a que se refere o acórdão proferido na AC n. 1999.01.00.068811-3/MT.⁶ Mais ainda: o EIA/Rima específico do porto deverá considerar a repercussão física e social que o novo fluxo de embarcações e carga trará à região pantaneira.

⁴Para uma devida compreensão da mudança de paradigmas, recomenda-se leitura de obras como *A Inteligência da Complexidade* (Edgar Morin e Jean-Louis Le Moigne. Trad. Nurimar Maria Falci. 3 ed. São Paulo: Peirópolis, 2000) e *O Ponto de Mutação* (Fritjof Capra. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1996).

⁵Causam impacto opiniões como a do conceituado jornalista Carlos Chagas, “Pantanal: a bola da vez” (fls. 372-373), ao afirmar que, “a pretexto de preservar o meio ambiente e de zelar pela ecologia, organizações não-governamentais, multinacionais e até governos de países poderosos uniram-se para imobilizar o Pantanal. Deixá-lo intacto para as próximas investidas, transformado num grande jardim botânico mesclado a um imenso jardim zoológico”.

⁶A União, na apelação, informa que houve a previsão inicial de um projeto de criação de 12 (doze) portos ao longo da hidrovía, além de 251 obras no leito do rio.

A existência do Pantanal é a singularidade desta questão, tornando-a diferente de outras em que se poderia argumentar que um porto, “como qualquer outra obra ou atividade, possui identidade própria, com um cronograma e projeto próprios e com finalidade e objetivos a serem alcançados distintos dos demais empreendimentos” (apelação da União).

Finalmente, mas não na ordem de importância, devem ser invocados os princípios da prevenção e da precaução. Esses dois princípios conduzem à conclusão que o Porto de Morrinhos só poderá ter sua construção liberada caso se verifique, mediante aprofundada pesquisa, que inexistem riscos de significativa degradação ambiental ao Pantanal Matogrossense ou sejam encontradas alternativas técnicas para prevenilos. Preserva-se neste voto, por outro lado, o princípio da proporcionalidade (“versão balanceada” dos princípios da prevenção e da precaução: “inadmissível a tomada das medidas de precaução como fruto de temores excessivos ou desarrazoados”⁷). Não se admite que o Porto de Morrinhos seja licenciado isoladamente, mas não se vai ao ponto de exigir licenciamento unitário e global de todo o trecho brasileiro da Hidrovia Paraguai-Paraná, nas suas mais de duzentas obras.

Por todo o exposto, no mérito: a) mantenho a competência administrativa do Ibama para apreciar o pedido de licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos, só podendo fazê-lo juntamente com a apreciação de pedido(s) de licenciamento das conseqüentes obras de adaptação da hidrovia ao fluxo de embarcações e cargas que o novo porto provocará no trecho que atravessa o Pantanal Matogrossense, dependente tal licenciamento, ainda, de prévia autorização do Congresso Nacional para a intervenção em áreas indígenas; b) declaro a exigência de que no processo de licenciamento do Porto de Morrinhos seja levada em conta a repercussão física e social da obra na região pantaneira.

Na exigência de que o EIA-Rima para licenciamento do porto leve em consideração as conseqüências sociais da obra no Pantanal está implícita a necessidade de oitiva das populações atingidas, por meio das audiências públicas que fazem parte do respectivo processo.

Considerando a natureza da causa e a sucumbência recíproca, deixa de haver condenação em honorários de advogado.

Com isto, dou parcial provimento à remessa oficial e às demais apelações.

É como voto.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida (Revisora): — O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizaram ação civil pública contra a União, o Estado do Mato Grosso, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama, a Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema/MT, a Fundação Estadual Do Meio Ambiente – Pantanal/MS, Macrologística Consultoria S/C Ltda., Mineração Corumbaense Reunida S/A, Companhia de Cimento Portland Itaú, Urucum Mineração S/A E Granel Química Ltda., objetivando tutelar os direitos e interesses indisponíveis difusos da sociedade quanto ao meio ambiente equilibrado, ameaçado pela implementação da Hidrovia Paraguai-Paraná.

Os autores sustentam a ilegalidade da conduta comissiva da Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema - MT ao iniciar todo o procedimento de licenciamento ambiental da Hidrovia Paraguai-Paraná, do qual o Porto de Manguinhos é um dos equipamentos. Sustentam ainda a ilegalidade da conduta omissiva do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama ao evitar chamar para o âmbito federal o referido processo.

Relatam que os países da Bacia do Prata (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai) criaram, em 1989, o Comitê Intergovernamental da Hidrovia Paraguai-Paraná com o objetivo de implementar o sistema de navegação ao longo dos 3.440 (três mil, quatrocentos e quarenta) quilômetros dos dois maiores rios da segunda bacia fluvial da América Latina (de Cáceres, no Brasil, até Nueva Palmira, no Uruguai).

A Hidrovia, relatam, seria um poderoso fator de integração entre os países do Mercosul e permitiria estruturar um meio de transporte barato para as matérias primas dos países envolvidos. Além disso, é objetivo estratégico de primeira ordem para a Bolívia e o Paraguai, por representar uma oportunidade única de acesso ga-

⁷ FREITAS, Juez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100.

rantido ao mar.

Ressaltam que não discutem na presente lide o transporte de passageiros e cargas, que há muito se encontra incorporado à cultura regional, mas sim a concretização de um maléfico sistema de escoamento de produção (soja, manganês, minério de ferro, cimento, etc), do qual o Porto de Morrinhos faz parte e que poderá acarretar “retrocesso social e histórico do país, com graves e irreversíveis danos ambientais”(fls. 06).

Afirmam que não há notícia de que a União tenha apresentado ao órgão ambiental federal qualquer pedido de licenciamento da hidrovia como um todo, uma vez que não há que se falar em licenciamento isolado dos vários componentes e equipamentos do sistema hidroviário, como pretende a Fema, “numa clara intenção de consolidar uma situação fática...”(fls. 07)

Sustentam que está em vigor, desde 13 de março de 1995, o Acordo de Transporte Fluvial, pelo qual os países interessados consagram a realidade da implantação da hidrovia com a aplicação dos princípios do livre trânsito, da liberdade de navegação, da livre participação das bandeiras no tráfego entre os países signatários, igualdade e reciprocidade de tratamento e segurança da navegação, entre outros.

Relatam que o Comitê Intergovernamental da Hidrovia – CIH, órgão executivo do projeto tem desenvolvido um trabalho com três frentes de atuação: operação da hidrovia, melhoramento de sua infraestrutura física e melhoramento da infraestrutura portuária. Além disso, os países da Bacia do Prata já realizaram, e continuam realizando, intervenções na hidrovia, dentre as quais destacam-se as obras de sinalização, balizamento e dragagem de manutenção, para deixá-la com maior aptidão para a navegação comercial.

Sustentam que a hidrovia trará não só efeitos ambientais danosos, diretos e indiretos, representados por dragagem, canalização, remoção de material rochoso, alteração de curso de rios, como também impactos sociais sobre o modo de vida das populações locais, e, mais particularmente, sobre as comunidades indígenas direta e indiretamente afetadas.

Defendem a necessidade de um comando judicial que obrigue um único licenciamento ambiental de todos os empreendimentos e atividades utilizadores dos recursos ambientais do Rio Paraguai e seu ecossistema, que é o Pantanal.

Nesse contexto, afirmam que a Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema, após receber o pedido de licenciamento ambiental prévio do Porto de Morrinhos, feito pela terceira ré, a Macrologística Consultoria S/C Ltda. e pela ACBL Hidrovias Ltda., desencadeou todo o processo administrativo de licenciamento ambiental de instalação e operação do referido porto fluvial, instaurando o Processo Administrativo nº 3.098/2000.

Relatam que o Ministério Público Federal recomendou expressamente ao órgão ambientalista estadual a suspensão da realização da assembléia pública, por sessenta dias, posteriormente obtida por meio de liminar concedida nos autos da ação cautelar inominada nº 2000.36.00.009836-8, ajuizada pelos autores.

Sustentam que falta ao órgão ambiental estadual competência para licenciar o Porto de Morrinhos por se tratar de empreendimento relacionado e interdependente com a Hidrovia Paraná-Paraguai. Nesse sentido, ressalta que, segundo a melhor doutrina, é imperioso se evitar que os estudos de impacto ambiental de um só empreendimento sejam levados a cabo de forma repartida, para cada um de seus componentes, com a única finalidade de se mitigar os impactos indiretos e, por consequência, burlar a legislação.

Citam o artigo 10, § 4º da Lei nº 6.938/81, bem como resoluções do Conama no sentido de que compete ao Ibama o licenciamento previsto no caput daquele artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional. Ressaltam ainda que a Resolução Conama 237/99 estabelece que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência...” (fls. 19).

Pedem a liminar para suspender a validade de toda licença ambiental eventualmente já expedida pelos requeridos e obstar a concessão de qualquer espécie de licença ambiental de forma isolada e, no mérito:

a) declaração de nulidade dos processos administrativos de licenciamentos ambientais em curso, promovidos pela ré Fema, de todas as atividades, empreendimentos e equipamentos no trecho do Rio Paraguai, na cidade de Cáceres;

b) declaração de nulidade de todas as licenças ambientais eventualmente já expedidas pelas requeridas, Ibama e Fema a atividades, empreendimentos ou

equipamentos no referido trecho do Rio Paraguai;

c) declaração da competência administrativa somente do órgão ambiental federal para o processo de licenciamento ambiental único de todas as atividades, empreendimentos e equipamentos no trecho em questão para ao final, obrigar o Ibama a exigir de todos os empreendedores um único EIA/Rima, considerando-se os impactos ambientais de forma sinérgica;

d) obrigação do Ibama em considerar, no processo administrativo de licenciamento ambiental único, a vontade das populações atingidas diretamente pelas atividades, de permitir ou não permitir as respectivas instalações e operações.

Decisão proferida às fls. 63/69, proferida pelo Juiz Federal Julier Sebastião da Silva, deferiu a liminar, nos seguintes termos:

“Com efeito, defiro a liminar vindicada, ratificando a decisão exarada na ação cautelar em apenso, processo nº 2000.36.00.009836-8, e, como corolário, suspendo a validade de toda e qualquer licença ambiental eventualmente expedida pelos Requeridos a atividades, empreendimentos ou equipamentos (dragagens, estradas de acesso aos portos, terminais portuários de todas as modalidades, sinalizações etc) no trecho do Rio Paraguai compreendido entre a cidade de Cáceres e a Foz do Rio Apa, na divisa do Brasil com a Bolívia, no vizinho Estado do Mato Grosso do Sul; bem como determino ao Ibama que se abstenha, doravante, de conceder qualquer licença ou autorização para ações interventivas na área fluvial mencionada, até que seja julgado o mérito desta lide.” (fls. 63/69)

Nos autos da Petição nº 2000.01.00.139577-5/MT, proposta pela União, o Desembargador Federal Tourinho Neto deferiu, em parte, o pedido da requerente:

“(…) para suspender a liminar concedida no tocante a invalidação das licenças ambientais dadas pelo Ibama para dragagem rotineira de manutenção da Hidrovia Paraguai-Paraná, e de proibição de expedição de novas licenças nesse sentido de melhoria e manutenção da hidrovia. Mantida fica a liminar na parte que impede a concessão de licenciamentos parciais para a implantação da Hidrovia Paraná-Paraguai (sic), pois, como o próprio Ibama afirma, o licenciamento, nessa hipótese, incluindo a construção do Porto de Morrinhos, deve ser procedido como um todo.” (fls. 86/89)

Nova decisão proferida às fls. 99/102 estendeu os

efeitos da liminar à Fundação Estadual do Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso do Sul e determinou sua citação, bem como a da União, por haver demonstrado interesse no feito.

O Estado do Mato Grosso ofereceu contestação às fls. 109/128 requerendo sua admissão no feito como assistente processual, por ser de seu interesse todas as situações jurídicas que envolvam a Hidrovia Paraguai-Paraná, na qual o porto de Morrinhos está localizado. Preliminarmente, requereu a declaração de incompetência do juízo de primeiro grau com a remessa dos autos para a comarca de Cáceres. No mérito, afirma, em síntese:

a) que os autores não demonstraram dispositivo legal que venha a impedir a realização do estudo de impacto ambiental – EIA, sendo perfeitamente possível admitir o estudo parcial único sobre Morrinhos;

b) que o porto e a hidrovia são projetos distintos, embora interdependentes;

c) que, sem exame do estudo de impacto ambiental por parte da Fema não se pode vislumbrar que a obra do porto de Morrinhos tenha impacto ambiental negativo a ponto de deslocar a competência do órgão estadual para o federal;

d) que a audiência pública deve ser realizada de forma a permitir que a sociedade possa discutir sua inclusão no meio ambiente.

Pugna, ao fim, pela improcedência da ação.

Decisão de fls. 200 admitiu o ingresso do Estado do Mato Grosso, como assistente da parte requerida.

Provocado pelo Estado do Mato Grosso do Sul e pela União, o Desembargador Federal Tourinho Neto proferiu duas decisões, juntadas respectivamente às fls. 221/225 e 231/239 mantendo sua decisão anterior (fls. 86/89) e indeferindo o pedido de suspensão da liminar requerido pelo estado.

A Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema apresentou sua contestação (fls. 241/245), sustentando que o porto de Morrinhos e a hidrovia são atividades distintas, cada qual com sua respectiva área de influência e com seu correspondente impacto. O porto, embora localizado em rio “federal e internacional, tem sua área de influência circunscrita aos limites territoriais do município, dentro do Estado de Mato Grosso...” (fls. 242). Além disso, a avaliação de possíveis impactos só

pode ocorrer se efetivado o necessário estudo e a respectiva audiência pública, que tem apenas função de informar a comunidade a respeito do empreendimento e não de proceder a deliberações.

A co-ré Macrologística Consultoria S/C Ltda. contestou o feito às fls. 279/289, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que os autores insurgem-se contras as condutas da Fema e o Ibama, sendo indiferente à empresa a fixação de competência para proceder ao licenciamento ambiental. No mérito, afirma que, com a notícia de que o Ibama irá proceder ao licenciamento ambiental em questão, o objeto principal da ação está prejudicado.

A co-ré Fundação Estadual do Meio Ambiente – Pantanal ofereceu contestação às fls. 335/367, argüindo preliminar de incompetência absoluta do juízo, à consideração de que a lide, por envolver órgãos públicos de diferentes estados da federação e a União, deve ser processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, f da Constituição. Sustenta ainda a incompetência absoluta do Juízo da Primeira Vara da Justiça Federal no Mato Grosso ao proferir decisão em prejuízo do Estado do Mato Grosso do Sul. Argüi também sua ilegitimidade passiva ad causam, a ocorrência de cerceamento de defesa e a quebra do princípio da estabilização da lide pelos autores, ao formularem pedido de emenda à inicial após a citação das partes. No mérito, sustenta:

a) que as hidrovias e portos são atividades distintas, motivo pelo qual a lei exige licenciamento isolado e não conjunto como pretendem os autores;

b) os comandos contidos nas Resoluções Conama nº 001/86 e 237/97 não só exigem estudos de impacto ambiental de forma isolada, mas definem, também, a competência do órgão estadual para os diversos licenciamentos, conforme o art. 10, § 4º da Lei nº 6.838/81;

c) se implementada, a hidrovia deve ser objeto de vários estudos de impacto ambiental pelo órgão estadual competente porque, “ao longo de seu curso, encontram-se diferentes ecossistemas, com flora, fauna, solo e clima diversificados que devem ser estudados separadamente tendo em vista suas peculiaridades”(fls. 360); daí porque não se pode falar em competência única do Ibama para o licenciamento da hidrovia e de seus portos, tendo em vista o estabelecido na Carta Magna, no sentido de que esta competência é comum, e o estabelecido na Resolução Conama 001/86, que

remete ao órgãos ambientais estaduais a competência para aprovação de tais projetos, competindo ao Ibama apenas supletivamente essa atividade;

d) a construção do porto de Morrinhos, ao invés de causar qualquer dano, revelará ganho ambiental pela não utilização do trecho mais problemático da hidrovia, com a eliminação de obras de dragagens constantes, comuns no trecho Cáceres - Morrinhos.

Pugna, ao fim, pela improcedência da ação.

A litisconsorte Mineração Corumbaense Reunida S/A – MCR apresentou contestação às fls. 537/566, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa por não haver sido chamada a se manifestar nos presentes autos antes da apreciação da liminar. Em preliminar, sustenta a inépcia da petição inicial ao argumento de que a peça repete os argumentos da exordial da ação cautelar preparatória como se ação civil pública fosse. Ainda em preliminar, argüi sua ilegitimidade passiva ad causam ressaltando que o “Terminal Portuário Gregório Curvo”, por ela operado, encontra-se em funcionamento regular e em atividade há mais de vinte anos, apresentando situação de estabilidade. No mérito, sustenta:

a) que a fixação de competência para licenciar empreendimentos do projeto Hidrovia Paraguai-Paraná é indiferente para a MCR;

b) que não é possível concordar, no entanto, com a suspensão dos empreendimentos regularmente existentes e em curso ao longo do trecho brasileiro do Rio Paraguai;

c) não há dispositivo legal determinando a realização de um único EIA/Rima e um único licenciamento ambiental para a Hidrovia Paraguai-Paraná;

d) o “Terminal Portuário Gregório Curvo” não integra a citada hidrovia, mas na verdade a precede;

e) os dispositivos legais citados pelos autores (Lei nº 6.938/81, art. 10, § 4º e Resolução Conama nº 237/97, art. 4º) tratam apenas e tão somente de questões de competência para o licenciamento ambiental, em nada mencionando a obrigação da elaboração de EIA/Rima único e de licenciamento único, sobre a qual se funda a pretensão do MPF e do MP/MT;

f) sustenta que a elaboração de EIA/Rima único, conforme pretendem os autores, causará o retrocesso econômico da região, uma vez que levará, pelo menos,

quatro anos para ser feito, período durante o qual todos os empreendimentos ao longo do trecho brasileiro do Rio Paraguai ou que dele dependam, terão de ser suspensos;

g) os licenciamentos ambientais já concedidos constituem ato administrativo já concluído, cuja presunção de legitimidade lhes é inerente.

Pleiteia, ao fim, a improcedência da ação.

Em 12/02/2001, a Corte Especial, tendo por Relator o Desembargador Federal Tourinho Neto, julgou os Agravos Regimentais da União e do Estado do Mato Grosso do Sul nos autos das Petições nºs 2000.01.00.139577-5/MT e 2001.01.00.001517-0/MT, restando lavrada a seguinte ementa, para ambos (fls. 677/693 e 694/709):

“Direito Ambiental. Hidrovia Paraguai-Paraná. Análise integrada. Necessidade do estudo do impacto ambiental em toda extensão do rio, e não por partes. Aplicação do princípio da precaução.

1. O Projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, envolvendo realização de obras de engenharia pesada, construção de novos portos e terminais, ampliação dos atuais, construção de estradas de acesso aos portos e terminais, retificações das curvas dos rios, ampliação dos raios de curvatura, remoção dos afloramentos rochosos, dragagens profundas ao longo de quase 3.500 Km do sistema fluvial, construção de canais, a fim de possibilitar uma navegação comercial mais intensa, com o transporte de soja, minério de ferro, madeira etc, poderá causar grave dano à região pantaneira, com repercussões maléficas ao meio ambiente e à economia da região. É necessário, pois, que se faça um estudo desse choque ambiental em toda a extensão do Rio Paraguai até a foz do Rio Apa.

2. Aplicação do princípio que o intelectual chama de precaução, que foi elevado à categoria de regra do direito internacional ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio/92. “Mas vale prevenir do que remediar”, diz sabiamente o povo.

3. Os serviços rotineiros de manutenção, como, por exemplo, as dragagens que não exijam grandes obras de engenharia, devem continuar. A navegação atual, a navegação de comboios de chatas no Rio Paraguai, permanece da maneira como vem sendo feita há anos, obedecendo-se às normas baixadas pela Capitania Fluvial do Pantanal e às orientações do Ibama.

4. Havendo, como há, ordem judicial no sentido de os atuais portos e terminais continuarem operando, o funcionamento dos mesmos não constitui crime, não podendo, assim, haver abertura de inquérito policial para apurar possível ocorrência de dano ambiental, tão só pelo funcionamento. O não atendimento da decisão judicial implica prática do crime de desobediência.”

(AGRPET 2001.01.00.001517-0/MT, Rel. Juiz Tourinho Neto, Presidente, Corte Especial, DJ de 16/04/2001, p.19)

Às fls. 718/725 foi juntada aos autos cópia da sentença proferida nos autos da ação cautelar inominada nº 2000.36.00.009836-8, na qual o juiz a quo julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

“(…) julgo procedente o pedido inicial e, confirmando a liminar anteriormente deferida, declaro a nulidade de todo o processo administrativo de licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos, em Cáceres/MT, patrocinado pela Fundação Estadual do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso – Fema/MT, restando firmada ainda a competência do Ibama para a prática do mencionado ato, que deverá englobar a totalidade do empreendimento denominado Hidrovia Paraguai-Paraná.”

A União e o Ibama apresentaram contestação conjunta, fls. 767/779, arguindo, em preliminar, sua legitimidade para figurar na lide e defendendo a competência da Justiça Federal para processar o feito. No mérito, afirmam, em síntese:

a) que é federal a competência administrativa para o licenciamento ambiental de que se cogita (hidrovia, portos e empreendimentos afins);

b) que é necessário se assegurar ao Ibama o exercício da competência administrativa para efetuar licenciamentos ambientais afetos à manutenção das condições seculares de navegação do Rio Paraguai;

c) que deverá ser dada publicidade aos estudos realizados, sem, contudo condicioná-los à vontade das populações atingidas diretamente pelas atividades;

d) afigura-se inviável exigir-se EIA/Rima único de todos os empreendimentos e atividades no trecho questionado do Rio Paraguai, uma vez que existem licenças expedidas, destinadas a empresas e órgãos distintos, com finalidades também diferentes, cuja emissão nem sempre será possível efetivar-se em nome de um único beneficiário, ou a todo o trecho sob análise, do Rio Paraguai, dada a diversidade de seus objetos e

dos trechos que poderão ser divididos para efeito de prestação de serviços de sinalização;

e) mostra-se adequada a elaboração de um estudo global de impacto ambiental, relativo ao licenciamento ambiental da hidrovia do Rio Paraguai, no trecho entre Cáceres e a foz do Rio Apa, para, a partir de suas conclusões, serem licenciados os eventuais empreendimentos que forem submetidos à jurisdição administrativa do Ibama.

Pugna, ao fim, pela improcedência do pedido de se obrigar o Ibama em considerar, no processo administrativo de licenciamento ambiental único, a vontade das populações atingidas diretamente pelas atividades e pela improcedência dos pedidos lançados nos itens 7.3 e 7.6.4 da inicial.

Decisão de fls. 833 determinou que o MPF promovesse a citação da Empresa Itaú, da Empresa Urucum, da Empresa Vale do Rio Doce e da Granel Química, afetados em face das decisões proferidas nos autos.

O MPF requereu, às fls. 837/8, a citação das empresas Itaú, Granel Química e Urucum Mineração Ltda. como subsidiária da empresa Vale do Rio Doce.

A Granel Química Ltda. ofereceu sua contestação às fls. 868/876, na condição de proprietária do Porto Multi Modal de Ladário, MS, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que o referido porto está em operação há dez anos, sempre cumprindo o rito administrativo para licenciamento ambiental e atendendo a todas as exigências legais. Pede, ao fim, a improcedência da ação.

A Companhia de Cimento Portland Itaú contestou às fls. 1.218/1.242, argüindo preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir. No mérito, afirma que a liminar concedida não atinge a requerente porque porto por ela operado na cidade de Corumbá existe desde 1995, e suas atividades resumem-se numa operação de barça que não interfere nem no calado nem na navegabilidade do rio, não tendo relação ou interesse com a implementação da hidrovia. Requer a improcedência da ação.

A Urucum Mineração S/A contestou às fls. 1.257/1.282, tendo argüido preliminares de incompetência absoluta do juízo, ilegitimidade dos autores, inépcia da inicial por falta de pedido, impossibilidade de litisconsórcio e sua ilegitimidade ad causam. No mérito, sustenta que o critério desejado pelos autores

não pode ser aplicado aos portos já implantados e em operação, ainda mais em outro estado como o da Urucum. Além disso, o licenciamento do referido terminal sempre esteve a cargo do órgão estadual de controle ambiental. Ressalta que a regra contida no art. 10 da Lei nº 6.938/81 é de que o licenciamento ambiental é de competência do órgão estadual, reservada ao Ibama atuação supletiva e que não há cumulação ou sinergia entre os potenciais impactos de portos e terminais com os impactos decorrentes das obras necessárias para a navegação. Pleiteia a declaração de improcedência dos pedidos.

Réplicas do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, fls. 1.403/1.417 e do Ministério Público Federal, fls. 1.420/1.426.

Em 02 de setembro de 2004 foi proferida sentença pelo Dr. Julier Sebastião da Silva, Juiz da Primeira Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso (fls. 1.444/1.462) julgando procedente o pedido sob os seguintes argumentos, verbis:

“(…) A competência para a prática do ato administrativo do licenciamento, sem qualquer dúvida, é do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama ante o impacto internacional e nacional da Hidrovia Paraguai-Paraná, notadamente por impactar um bem público da União, que é o Rio Paraguai.

Decorre daí que o EIA-Rima respectivo deve reportar-se à totalidade do empreendimento, contemplando a parte viária propriamente dita, balizamentos, construção de portos, afetação das populações locais, fauna, flora, aspectos climáticos e geográficos, etc. Não se pode desconhecer o sinergismo presente no que se refere aos eventuais danos ambientais decorrentes da implantação da hidrovia. Os danos não podem ser analisados individual e isoladamente, como se existisse uma barreira a limitar a ocorrência dos mesmos.

Os possíveis prejuízos ao ecossistema são indivisíveis material e juridicamente. Impossível assim o fatiamento do projeto, já que o impacto deste deve ser analisado e relatado em um único EIA-Rima, documento este essencial do ponto de vista da legislação ambiental para a viabilização da vontade administrativa de edificar a obra questionada, o qual deve ser apresentado ao Ibama dentro do procedimento administrativo de licenciamento federal.

(…)

Ressalte-se que o Ibama, em sua contestação, reconhece expressamente a sua competência para o

licenciamento da totalidade da hidrovia informando, inclusive, já ter notificado às demais Suplicadas para que cessassem o prosseguimento dos atos administrativos questionados nesta lide.

Não poderia, portanto, a Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso – Fema/MT ter instaurado processo de licenciamento de partes isoladas da hidrovia transnacional, tanto por não ter competência administrativa para a prática de referido ato quanto porque o projeto é insuscetível de parcelamento de seus vários componentes. Destarte, o Porto de Morrinhos é parte da Hidrovia Paraguai-Paraná e o seu licenciamento deve ser deferido pelo Ibama como parte integrante daquela, como já assentado acima.

O mesmo se reserva aos licenciamentos patrocinados pela Fundação Estadual de Meio Ambiente – Pantanal/MS, os quais encontram-se maculados pelo pecado da incompetência administrativa do órgão estadual para a consecução daqueles, bem como porque referem-se a empreendimentos e atividades isolados da hidrovia, o que não se admite ante o princípio do sinergismo presente nesse tipo de intervenção humana danosa ao meio ambiente.

A assertiva de que a hidrovia e seus portos são elementos distintos não resiste à própria justificativa apresentada pelo Requeridos para a necessidade de concretização do projeto questionado nesta lide. Ora, não se pode imaginar uma hidrovia sem portos. Ou, contrariamente, os segundos sem a implantação da hidrovia. É como pensar um corpo sem cabeça e membros. Em resumo, a alegação é meramente fantasiosa. Basicamente não há como o projeto ser dividido dessa forma e, mais obviamente ainda, tem-se por impossível a segregação dos eventuais impactos ambientais da hidrovia dos seus portos, já que se está a tratar de uma mesma intervenção humana em um ecossistema extremamente sensível que é o Pantanal Mato-Grossense.

São nulos, portanto, os licenciamentos e processos administrativos patrocinados pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema e pela Fundação Estadual de Meio Ambiente – Pantanal/MS, já que ausente a devida competência para a prática dos referidos atos. Da mesma maneira, apresentam-se descomprometidas com a legalidade e sofrem também de nulidade as licenças ambientais concedidas pelo Ibama a empreendimentos, atividades e/ou equipamentos isolados da Hidrovia Paraguai-Paraná, uma vez que esta deve ser licenciada globalmente a partir de um único EIA-Rima. Excepcionam-se a este comando apenas as atividades tendentes a garantir a navegabilidade atual do Rio Paraguai, como dragagens rotineiras, limpeza de canais e sinalizações.

Tratando-se de projeto com potencial de dano ambiental e social a abranger as comunidades locais assentadas ao longo do trecho compreendido entre o município de Cáceres/MT e a foz do Rio Apa/MS, na fronteira com o Paraguai, reserva-lhes a Constituição Federal, por seu art. 225, IV e § 4º, o direito de terem suas vontades consideradas para o fim de licenciamento da hidrovia que cortará o Pantanal Mato-Grossense. A intenção constitucional materializou-se nos dispositivos da Lei nº 7.804/89 e resoluções do Conama. Logo, é imprescindível que a vontade das populações atingidas pela implantação da hidrovia seja considerada quando do seu licenciamento ambiental, inclusive no EIA-Rima a ser confeccionado pelos empreendedores.” (fls. 1.456/1.459)

O dispositivo da sentença restou lavrado da seguinte forma:

“ Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial, ratificando a liminar anteriormente deferida, e determino aos Primeiro, Segundo e Quarto Requeridos que se abstenham de conceder qualquer licença ambiental a empreendimentos, atividades e equipamentos isolados pertinentes à Hidrovia Paraguai-Paraná, incluindo-se o Porto de Morrinhos, no município de Cáceres/MT, compreendendo-se o trecho iniciado neste último até a Foz do Rio Apa, Mato Grosso do Sul, na divisa do Brasil com o Paraguai, restando suspensas e declarada a nulidade daquelas já concedidas e dos procedimentos administrativos que lhes deram origem e daqueles ainda em curso, dentre estes os portos licenciados pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema e pela Fundação Estadual de Meio Ambiente – Pantanal/MS e ainda as atividades com licença do Ibama que não tenham por objeto a manutenção do atual nível de navegabilidade do Rio Paraguai, as dragagens de rotina e sinalização respectiva.

Declaro também a competência administrativa do Ibama para proceder o licenciamento ambiental da referida malha hidroviária e de seus vários componentes (portos, terminais portuários e demais intervenções), condenando-o a exigir um único Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/Rima para a totalidade da Hidrovia Paraguai-Paraná e ainda a considerar a vontade das populações diretamente atingidas pela obra quanto à permissão para a sua instalação e operação.

Condeno os Requeridos no pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 20% do valor atribuído à causa, cabendo ainda às empresas privadas pagar proporcionalmente o valor das custas processuais, excluindo-se as parcelas pertinentes aos entes estatais estaduais e federais que estão

isentos desse último ônus processual, tudo em consonância com o artigo 20, § 4º, do CPC.

Os portos e terminais portuários descritos às fls. 91, 631/634 e no item II do despacho de fls. 574/578 deverão cessar suas atividades com o trânsito em julgado desta. Até lá, poderão funcionar por força do acórdão de fls. 677/709, não podendo, entretanto, expandir suas operações. Observando ainda as prescrições oriundas do TRF – 1ª Região no tocante a não utilização de ‘grandes embarcações, grandes comboios de chatas’, sendo que ‘as embarcações não poderão usar as margens do Rio Paraguai como elemento de apoio à manobra; e que deverão empregar propulsores azimutais nos ‘empurradores’ e elementos de produção de empuxo lateral avante do comboio, a fim de não danificarem as margens dos rios, nas curvas’, sob pena de terem interrompido o respectivo funcionamento. Intime-se o Ibama a verificar, no prazo de 20 dias, se estas prescrições estão sendo observadas.

Resta cominada, desde logo, a multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para a hipótese de descumprimento desta.”(fls. 1.460/1.461)

Inconformada, a União interpôs apelação às fls. 1.466/1.486 sustentando, em síntese:

a) que a Resolução nº 237/97 do Conama relaciona as hidrovias como atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental e ao prévio EIA-Rima, mas a necessidade de licenciar não pode ser entendida como a hidrovia em si, mas em relação às obras ou às atividades potencialmente causadoras de degradação ao meio ambiente;

b) que, em se tratando de hidrovia, não há o que licenciar, pois o rio não é uma obra, um estabelecimento ou uma atividade. Assim, o EIA-Rima prévio ao licenciamento ambiental não se refere à hidrovia, devendo ser realizado para cada obra, empreendimento ou atividade relacionada ao uso da corrente navegável que possa trazer risco de dano ao meio ambiente;

c) que o Porto de Morrinhos é mais um dos inúmeros empreendimentos existentes da hidrovia que possui delimitado seu local de influência. Assim, eventual impacto ambiental deve ser levado em conta naquela área física no que diz respeito às suas estruturas portuárias, e nos locais em que são feitas as suas cargas e descargas, o que é perfeitamente possível de ser verificado em um estudo de impacto ambiental específico para o porto, independentemente dos demais empreendimentos;

d) exigir-se um EIA-Rima único, além de não possuir qualquer previsão legal, constitui-se em um verdadeiro entrave na liberdade dos empreendimentos e à política nacional do meio ambiente que é destinada à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do equilíbrio ecológico;

e) além disso, não é factível a pretensão de se fazer o EIA/Rima único, na medida em que ao longo da hidrovia existem alguns portos em pleno funcionamento e devidamente legalizados, outros em construção, uns projetados, além de algumas centenas de outras obras, cada uma com suas características e peculiaridades, o que inviabiliza sua análise conjunta;

f) assim, mostra-se desarrazoado e inviável condicionar a construção do Porto de Morrinhos ou de qualquer outra atividade ou obra à realização de um único Estudo de Impacto Ambiental para todo o conjunto de empreendimentos a serem realizados ao longo da hidrovia; no caso específico do Porto de Morrinhos, os prejuízos à economia, causados pela demora na efetivação do EIA-Rima único serão inegáveis e provavelmente, irreparáveis, uma vez que aquele porto foi projetado para servir de terminal de carga para soja, açúcar e madeira, principalmente destinados à exportação, e como terminal de descarga para trigo e sal importados, com previsão de capacidade anual de um milhão de toneladas; assim, a hidrovia e o referido porto não podem ser confundidos para o fim de estabelecimento do estudo de impacto ambiental;

g) a prática do Ibama consolidada há mais de quinze anos é de que o licenciamento se dê por atividade ou empreendimento;

h) em regra, as atividades e empreendimentos que se instalam às margens da hidrovia são de impacto local, o que justifica a competência de natureza estadual ou até mesmo municipal. O fato de o porto estar localizado na área de influência de um rio federal ou transportar carga destinada a outros países não são causas modificadoras de competência;

i) a pretensão de se obrigar o Ibama a considerar a vontade das populações atingidas não encontra respaldo na Constituição, que se limita a ressaltar a necessidade de se dar publicidade aos estudos de impacto ambiental, sem condicioná-los, portanto, à vontade dos atingidos, sob pena de ofender os objetivos constitucionais de garantir o desenvolvimento nacional e

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, II e III).

Requer, ao fim, a reforma da sentença recorrida.

O Estado do Mato Grosso interpôs apelação às fls. 1.498/1.509, afirmando que o art. 23, VI da Constituição estabelece a competência comum da União, Estados e Municípios para proteger o meio ambiente, devendo cada membro responder dentro da sua esfera de competência. Acrescenta que, no federalismo, a Constituição é a fonte das competências, não havendo qualquer irregularidade na concessão do licenciamento por parte do órgão estadual, já que as leis que determinam a obrigatoriedade da intervenção do órgão federal não contemplam a hipótese dos autos. Ressalta que, embora a discussão atingisse apenas a construção do Porto de Morrinhos, o juiz analisou a questão de forma ampla. Afirma que o art. 10 da Lei nº 6.938/91 não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do Ibama, pois somente uma lei complementar poderia fazê-lo. Considera, ainda, exorbitante a fixação de honorários em vinte por cento sobre o valor da causa. Pede a reforma da sentença.

A Companhia de Cimento Portland Itaú interpôs apelação às fls. 1.528/1.559 na qual suscita as seguintes preliminares:

a) impugna a declaração de revelia a ela imputada pela sentença recorrida, ao considerar sua defesa intempestiva;

b) impugna o julgamento antecipado da lide e o conseqüente cerceamento de defesa, já que o tema não prescinde de dilação probatória;

c) ausência de despacho saneador para a fixação dos pontos controvertidos e determinação das provas a serem produzidas;

d) nulidade por não integração de litisconsórcio necessário; a apelante jamais poderia estar incluída nesta lide por ter sido chamada sem justificativa e por ter sido citada intempestivamente;

e) nulidade por ter havido pedido de emenda à inicial, pelo MPF, depois de contestada a ação por dois dos réus;

f) nulidade da extensão da liminar, por não ser admissível “que uma decisão exarada por um juiz do Estado de Mato Grosso gere efeitos em Estado diverso, qual seja, no Mato Grosso do Sul.” (fls. 1.546);

g) ressalta ainda que, ao contrário do afirmado na sentença, não foi certificada a juntada da carta precatória de citação da apelante e sim a juntada de documentos; além disso, não constava nos andamentos processuais da época, a devolução nem a juntada da referida carta precatória.

No mérito, sustenta, em síntese:

a) ausência de mérito a ser apreciado em sede de ação civil pública, uma vez que o objeto desse tipo de ação é o dano causado ao meio ambiente, não tendo caráter preventivo;

b) ausência de provas de dano ou mesmo de ameaça de dano ambiental;

c) descabimento de EIA/Rima único porque “estaria a malferir a competência normativa da Fundação Estadual do Meio Ambiente – Pantanal/MS e demais órgãos públicos ambientais estaduais de licenciamento das atividades desenvolvidas pela apelante” (fls. 1.555); além disso, segundo a melhor doutrina, a hidrovia não é licenciável, por consistir em recurso natural;

d) segundo a Resolução Conama 237/97, o critério para a identificação do órgão preponderantemente habilitado para o licenciamento é determinado pela área de influência direta do impacto ambiental, fato que justifica a competência exclusiva da Fema – Pantanal/MS para fazê-lo;

e) que a licença concedida por um órgão público ambiental constitui ato jurídico perfeito e as atividades portuárias desenvolvidas pela apelante, desde 1995, implicam em direito adquirido desta em praticá-las.

Requer, ao fim, a reforma da sentença.

A Macrologística Consultoria S/C Ltda. interpôs recurso de apelação, fls. 1.570/1.585, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que quem está a suportar as conseqüências da demanda é a Fema e o Ibama, não sendo a apelante parte legítima para responder aos termos da ação proposta.

No mérito, sustenta:

a) que, como o Porto de Morrinhos não possui impacto ambiental ou regional, de modo a amparar a intervenção do Ibama, devem ser integralmente respeitadas as licenças atualmente existentes, além disso, a Fema é órgão que integra o sistema nacional;

b) relata que requereu a instauração de procedimento administrativo para fins de aprovação do pro-

jiro de que é empreendedora tanto perante o Ibama quanto perante a Fema/MT, o que denota sua indiferença quanto à fixação da competência administrativa para o licenciamento;

c) afirma que a hidrovia e os portos são empreendimentos e atividades distintos, cada qual com sua respectiva área de influência e que se mostra “muito mais razoável a elaboração de um Estudo Global de Impacto Ambiental para, a partir de suas conclusões, serem licenciados os empreendimentos que foram oportunamente submetidos à jurisdição administrativa do Ibama” (fls. 1.578);

d) entende que “para ser licenciado, cada empreendimento deverá estar respaldado por EIA-Rima próprio, o qual necessariamente deverá obedecer às condições fixadas pelo EIA-Rima global” (fls. 1.578);

e) acrescenta que a confecção de apenas um EIA/Rima para a totalidade do complexo hidroviário afigura-se inviável. Impugna a condenação em honorários advocatícios uma vez que por expressa disposição constitucional e infraconstitucional a condenação dos réus não é cabível.

Por fim, pede a reforma da sentença.

A Mineração Corumbaense Reunida S. A. - MCR interpôs apelação, fls. 1.590/1.616 arguindo preliminar de nulidade da sentença recorrida e cerceamento de defesa por não ter conseguido produzir de provas que pleiteou; nesse sentido afirma que “os pedido de produção de provas da MCR, e de outras rés (fls. 367, 876 e 1282), não foram analisados nem sequer indeferidos, mas totalmente ignorados pelo MM. Juiz a quo...” (fls. 1.603).

No mérito, sustenta, em síntese:

a) que o Terminal Portuário Gregório Curvo encontra-se em funcionamento regular desde 1979 e o procedimento do juiz a quo, ao anular todos os procedimentos de licenciamento ambiental e as licenças já concedidas, de forma indistinta e arbitrária, ignorou a distinção entre o que já estava funcionando e o que ainda seria implantado;

b) cita trecho de declaração do Ibama no sentido de que as licenças já concedidas pelo órgão “não poderiam ter sido invalidadas (...) pois causará certamente prejuízo à região do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, já que as licenças concedidas implicam viabilidade do escoamento das mercadorias pela hidrovia

que abastece não só a região brasileira mas também a Bolívia e outros países limítrofes à região, dentre eles a Argentina...” (fls. 1.607)

c) afirma que os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal restaram ofendidos pela sentença proferida, que deveria ter relacionado todos os empreendimentos que são fundamentais para a implantação do Projeto Hidrovia Paraguai-Paraná e, a partir de provas que demonstrassem essa importância, determinar o licenciamento conjunto somente dessas partes, no entanto, o juiz de primeira instância sequer intimou o Ibama, a Fema/MT e a Fema/MS, para que aqueles órgãos relacionassem as atividades e terminais portuários que haviam sido licenciados;

d) considera que a sentença recorrida exorbitou os limites da discricionariedade ao determinar a anulação de todos os licenciamentos ambientais já concedidos no trecho brasileiro do Rio Paraguai, sem sequer dizer quais seriam eles e sem apresentar a devida motivação específica para tanto;

e) impugna os honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa por considerá-los exorbitantes;

Requer, ao fim, a anulação da sentença para que se permita a regular produção de provas ou a reforma do decisum para que se reconheça a inconstitucionalidade da anulação dos licenciamentos já concedidos e para que se exclua a MCR dos efeitos da sentença.

A Fundação Estadual Do Meio Ambiente – Fema interpôs apelação às fls. 1.622/1.650 arguindo preliminares de inépcia da inicial por incompatibilidade lógica da causa de pedir com o pedido, nulidade da decisão por ter sido proferida extra petita e por ter incidido em cerceamento de defesa ao não permitir a produção das provas requeridas pelas partes.

No mérito, sustenta:

a) a ausência de conduta ilegal comissiva da Fema, uma vez que cabe a ela receber e analisar qualquer pedido de licenciamento ambiental e, se constatar que a atividade está localizada em área de competência da União, ou que cause significativo impacto ambiental de caráter regional ou nacional é que cabe o encaminhamento ao órgão federal;

b) a realização de audiência pública não implica em posicionamento favorável à liberação da licença

requerida;

c) às fls. 1.635/1.646 transcreve e utiliza os argumentos contidos em trechos do voto proferido pela Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso nos autos do Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.035559-2, no qual se concluiu que “a questão é compatibilizar a preservação do meio ambiente, a melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento, o que não significa dizer que a política ambiental deva erigir-se em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus meios para propiciar uma gestão racional dos recursos naturais.” (fls. 1.646);

d) a impossibilidade de cumprimento prático da ordem judicial de licenciamento ambiental único para todas as atividades da hidrovia e ausência de previsão legal para a exigência de um EIA/RIMA único;

Impugna, por fim, a condenação em honorários advocatícios arbitrada pelo juiz a quo e requer a reforma da sentença.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama interpôs apelação às fls. 1.661/1.688 repetindo as razões expendidas no recurso da União, juntado às fls. 1.466/1.486 e mencionado acima, com a peculiaridade de haver impugnado a competência exclusiva do Ibama para o licenciamento de atividades e empreendimentos localizados ao longo da hidrovia, ao argumento de que tal exclusividade contraria a Constituição e a Resolução nº 237/97 do Conama.

Às fls. 1.721//2 consta decisão negando provimento aos embargos de declaração opostos à sentença.

A Urucum Mineração S/A interpôs apelação às fls. 1.797/1.832 argüindo, preliminarmente, a nulidade da citação efetivada por carta precatória desacompanhada de diversas peças obrigatórias, a deficiência de informações por parte do meio eletrônico oferecido pela Seção Judiciária, cerceamento de defesa em face da indisponibilização de acesso aos autos após a citação e defendendo a tempestividade da impugnação ao valor da causa. Argüi, ainda, a incompetência absoluta do juízo, apontando como competente a Seção Judiciária do Distrito Federal, a ilegitimidade dos autores, a inépcia da inicial por falta de pedido, a impossibilidade de litisconsórcio passivo e ilegitimidade de vários réus.

No mérito, sustenta que o critério desejado pelos

autores não pode ser aplicado aos portos já implantados e em operação, ainda mais em outro estado como o da Urucum. Além disso, o licenciamento do referido terminal sempre esteve a cargo do órgão estadual de controle ambiental. Ressalta que a regra contida no art. 10 da Lei nº 6.938/81 é de que o licenciamento ambiental é de competência do órgão estadual, reservada ao Ibama atuação supletiva e que não há cumulação ou sinergia entre os potenciais impactos de portos e terminais com os impactos decorrentes das obras necessárias para a navegação. Impugna, ao fim, a condenação em honorários advocatícios e requer a reforma da decisão.

O Ministério Público Federal apresentou contra-razões aos recursos da União, fls. 1.728/1.739; da Fema-MT, 1.740/1.748; da Macrologística Consultoria S/C Ltda., fls. 1.749/1.757; da Mineração Corumbense S/A (MCR), fls. 1.760/1.766; do Estado de Mato Grosso, fls. 1.767/1.777, da Companhia de Cimento Portland Itaú, fls. 1.778/1.789 e da Urucum Mineradora S/A, fls. 1.842/1.855 com os seguintes argumentos, em síntese:

a) não ocorreu a alegada inépcia da inicial, já que a peça vestibular diz respeito a irregularidades na concessão de licenças ambientais por órgãos estaduais diante de um empreendimento de expressiva magnitude; em meio a tal narrativa é que se passou a discorrer a respeito do Porto de Morrinhos, de maneira exemplificativa, entretanto, da análise do texto desenvolvido cristalina se mostra a intenção de abarcarem-se todas as obras pertinentes à hidrovia e não somente o referido porto;

b) não procede a alegação de que a sentença tenha sido extra petita, uma vez que o decisum se ateuve aos termos da inicial, em total correspondência com os pedidos constantes da inicial;

c) as obras e atividades relacionadas à implementação da hidrovia não podem ser analisadas de forma isolada, posto que seus efeitos não se restringem à sua localização, mas irradiam-se por toda a região abarcada pela mesma;

d) um projeto que envolva tal variedade de sistemas ecológicos, todos com formações vegetais e faunas diferenciadas, não pode ser objeto de estudos de impacto isolados, que analisem tão somente os prejuízos ambientais locais;

e) a implantação da hidrovía encontra subsunção em mais de uma das hipóteses contempladas nas Resoluções Conama nº 1/86 e 237/97, assim como na Lei nº 6.938/81;

g) o legislador constituinte certamente desejou mais do que a concessão de mera ciência à população interessada, objetivando sua efetiva participação no processo de estudo dos impactos ecológicos respectivos;

h) o único órgão ambiental legitimado a proceder ao licenciamento do referido projeto é o Ibama, visto que o empreendimento abarca área localizada também em país limítrofe, abarcando pelo menos dois estados e seus efeitos poderão ser sentidos em limites territoriais que ultrapassam as fronteiras do país ou de mais de uma unidade federativa;

i) a ação civil pública não visa apenas a preservação ambiental da área abrangida pela hidrovía, mas também a recuperação dos danos já ocasionados em virtude de obras e atividades desenvolvidas sem o necessário e competente estudo de impacto ambiental.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso apresentou contra-razões aos recursos da União, fls. 1.896/1.902; da Mineração Corumbaense Reunida S/A, fls. 1.913/1.920; da Fema-MT, fls. 1.922/1.928; da Macrologística Consultoria S/C Ltda., fls. 1.929/1.935; do Estado do Mato Grosso, fls. 1.936/1.941; da Urucum Mineração S/A, fls. 1.942/1.950; da Companhia de Cimento Portland Itaú, fls. 1.951/1.959 e do Ibama, fls. 1.960/1.965, com os seguintes argumentos, em síntese:

a) as alegações de que as construções decorrentes do uso da hidrovía são obras específicas e independentes não procedem, visto que tais empreendimentos são resultados da obra da hidrovía e, como consequência da obra sua avaliação deverá ser feita no momento da avaliação da hidrovía, fato que justifica a necessidade de um Estudo e um Relatório de Impacto Ambiental único;

b) a obra deve ser considerada em sua totalidade, ou seja, a hidrovía e suas consequências imediatas e mediatas, dentre elas a implementação de diversos portos, restando evidente a competência do Ibama para toda e qualquer licença que diga respeito a tal empreendimento;

c) a vontade das populações diretamente interessadas não será conclusiva, apenas deverá ser considera-

da para fins de Estudo de Impacto Ambiental.

O Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, ofertou parecer às fls. 2.006/2.016 pugnando preliminarmente pelo não conhecimento das apelações da Mineração Corumbaense Reunida S/A, da Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema/MT e do Ibama por intempestividade e pelo não provimento de todas as apelações e da remessa oficial, sob os seguintes argumentos:

a) é inquestionável que o dano ambiental em razão dos empreendimentos e atividades na área de influência do Rio Paraguai-Paraná possui repercussão regional e internacional, por envolver as Bacias Hidrográficas do referido rio e do Rio do Prata, com repercussão nos Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, Bolívia, Argentina e Paraguai; assim, o foro competente se estabelece pelo local dano, justificando a competência da Seção Judiciária do Mato Grosso;

b) a Macrologística Consultoria S/C Ltda. e a Companhia de Cimento Portland Itaú são, efetivamente partes interessadas no resultado da lide, por haverem requerido o licenciamento de atividades na hidrovía;

c) não há ofensa a ato jurídico perfeito uma vez que os atos de licenciamentos de empreendimentos e atividades isolados não podem ser tidos por válidos, eficazes e perfeitos, porquanto praticados por órgão sem competência administrativa, sendo nulos de pleno direito;

d) não ocorreu a alegada inépcia da inicial, já que a peça vestibular diz respeito a irregularidades na concessão de licenças ambientais por órgãos estaduais diante de um empreendimento de expressiva magnitude; em meio a tal narrativa é que se passou a discorrer a respeito do Porto de Morrinhos, de maneira exemplificativa, entretanto, da análise do texto desenvolvido cristalina se mostra a intenção de abarcarem-se todas as obras pertinentes à hidrovía e não somente o referido porto;

e) não procede a alegação de que a sentença tenha sido extra petita, uma vez que o decísum se ateve aos termos da inicial, em total correspondência com os pedidos constantes da inicial;

f) não houve ofensa ao princípio da ampla defesa com o julgamento antecipado da lide em razão de que a questão versa sobre matéria eminentemente de direito tornando desnecessária a produção de outras provas

além daquelas já trazidas aos autos; além disso, também consta dos autos a relação dos empreendimentos abrangidos pela sentença que deverão se submeter ao EIA/Rima único, de competência do Ibama;

g) relata que o art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/91 determina que o licenciamento de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional é da competência do Ibama; além disso, a Resolução Conama nº 01/86, em seu art. 5º, incisos III e IV, versando sobre o EIA/Rima, traça as diretrizes gerais para sua feitura, levando-se em conta, para a delimitação da respectiva área de influência, a bacia hidrográfica onde se localizará o empreendimento; além disso, a Resolução Conama nº 237/97, em seu art. 4º, assegura textualmente a competência da Ibama em tais casos;

h) assegura que as obras e atividades interligadas, dependentes, adjacentes ou decorrentes da Hidrovia Paraguai-Paraná, implantadas, em implantação ou projetadas, não podem ser consideradas de forma isolada, como querem fazer crer os apelantes, pois do contrário, restaria ferido de morte o entendimento cumulativo e sinérgico dos impactos;

i) cita a análise técnica de peritos da Procuradoria Geral da República no sentido de que “o licenciamento de um porto nas dimensões do de Morrinhos, realizado anteriormente ao devido licenciamento da via de navegação (Hidrovia Paraguai-Paraná), caracteriza-se como medida extemporânea, uma vez que, somente após as decisões sobre as formas de utilização da via fluvial, ou seja, sobre o Projeto Hidrovia Paraguai-Paraná, poderão ser definidas as características dos portos e das embarcações que trafegarão na hidrovia.” (fls. 2.012-verso), “(...) todos os portos da hidrovia devem ser planejados no bojo do empreendimento maior que é a Hidrovia Paraguai-Paraná.” (fls. 2.013);

j) ressalta a afirmação do Rima no sentido de que a variação dos parâmetros (a saber: localização do novo canal, a morfologia local do rio, a profundidade, entre outros) em cada um dos trechos, faz com que a intensidade dos impactos decorrentes da dragagem seja diferente e de complexa determinação;

l) conclui afirmando que “não pode haver dúvidas de que o licenciamento ambiental na área de influência do Rio Paraguai-Paraná e do Prata, no trecho do Rio Paraguai compreendido entre a cidade de Cáceres e a Foz do Rio Apa, na divisa do Brasil com a Bolívia,

no vizinho Estado do Mato Grosso do Sul é da competência do órgão federal Ibama, para o processo de licenciamento ambiental único de todas as atividades, empreendimentos e equipamentos no referido trecho do Rio Paraguai, que deverá exigir de todos os empreendimentos um único EIA/Rima, considerando-se os impactos ambientais de forma sinérgica, observada a legislação em vigor.” (fls. 2.015-verso)

Consta, às fls. 2.083/2.094 o relatório lançado nos autos pelo ilustre Relator, Desembargador Federal João Batista Moreira.

Tendo recebido os autos na qualidade de Revisor, pedi dia para julgamento (RITRF – 1ª Região, art. 33 inc. III), e passo agora a decidir.

É o relatório.

Voto-Revisor

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: —

Agravo retido da Urucum

Preliminarmente não conheço do agravo retido, pois já foi objeto de agravo de instrumento.

Cumpra examinar, inicialmente, a preliminar suscitada pelo Ministério Público Federal de não conhecimento das apelações do Ibama, da Mineração Corumbaense Reunida S/A e da Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema por intempestividade (fls. 2.007).

Segundo a certidão de fls. 1.465, a sentença recorrida foi publicada em 04/11/2004, tendo havido circulação do expediente somente em 05/11/2004. Nesse caso, o respectivo prazo começa a ser contado no primeiro dia útil à data da circulação do diário, conforme ampla jurisprudência a respeito:

“Processual Civil. Recurso especial. Prazo. Termo inicial. Diário oficial. Circulação. Capital do estado.

I – Esta Corte tem entendimento uníssono no sentido de que a contagem do prazo para recursos interpostos no Superior Tribunal de Justiça se inicia no primeiro dia útil posterior à data da circulação do diário oficial no Distrito Federal, independentemente de quando circule nas capitais ou comarcas de origem.

II – Tratando-se de recurso especial que enfrenta acórdão oriundo de Tribunal local, o marco

inicial de contagem é o primeiro dia útil posterior à data de circulação do diário oficial naquela localidade, independentemente da data de publicação e circulação no Distrito Federal. (AgRg no AG 444885/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 02.09.2002 p. 243; RESP 262691/RS, Rel. Garcia Vieira, DJ 30.10.2000 p. 130 e RESP 114078/DF, Francisco Peçanha Martins, DJ 23.08.1999 p.94).

III – O questionamento acerca da alegada inidoneidade da declaração fornecida pela distribuidora do diário oficial na Capital do Rio Grande do Sul, atestando que tal periódico somente teria circulado no dia posterior à sua publicação é questão preclusa nesta fase processual uma vez que não alegada na devida oportunidade.

IV – Embargos acolhidos sem efeitos modificativos.”

(STJ), EDcl no AgRg no Ag 519.770/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 165, grifei)

O dia 05/11/2004 foi uma sexta-feira, logo o respectivo prazo começou a fluir na segunda-feira seguinte, dia 08/11/2004. O termo final para a interposição ocorreu em 07/12/2004 (uma terça-feira) e não no dia 06 como afirmado pelo MPF.

Nesse contexto, tempestiva a apelação da Mineração Corumbaense Reunida S/A, eis que interposta em 07/12/2004.

No que diz respeito aos recursos do Ibama e da Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema, observo que esses órgãos foram intimados da sentença por meio de mandados, que só foram juntadas no dia 24/11/2004, conforme certidões de fls. 1.490 – verso e 1.493 - verso.

Como se sabe, nessas hipóteses, o respectivo prazo começa a fluir da data da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido (CPC, art. 241).

Igualmente tempestivas, portanto, as apelações dos referidos entes públicos. A preliminar de intempestividade não merece acolhimento uma vez que o MPF limitou-se a considerar, como dies a quo para todos os apelantes, a data da publicação da sentença.

Passo a apreciar as preliminares suscitadas pelas apelantes a seguir relacionadas.

a) Declaração de revelia das apelantes Companhia de Cimento Portland Itaú e Urucum Mineração S/A.

Observo que a carta precatória citatória da referi-

da empresa foi juntada aos autos em 16/07/2002, às fls. 854 – verso, e a contestação de fls. 1.218/1.242 somente foi protocolizada em 16/07/2003.

A alegação da apelante no sentido de que foi certificada a juntada de documentos e não da carta precatória em si não sobrevive à simples leitura da referida certidão, que se refere expressamente à juntada da Carta Precatória nº 48/2002 com os documentos de fls. 855/863, ou seja, as peças da precatória e os respectivos mandados de citação devidamente cumpridos no juízo deprecado.

Como bem ressaltado na sentença “a suposta ausência de cópias das decisões liminares não restou demonstrada e, mesmo se existisse, não autoriza o reconhecimento de nulidade no ato citatório, já que o mando respectivo observou todos os parâmetros legais, estando ainda escoltado pela petição inicial deste feito e sua emenda.”(fls. 1.453).

Assim, correta a decretação da revelia da apelante, sem induzir os efeitos do artigo 319 do CPC em virtude da aplicação do artigo 320, inciso I (ocorrência de pluralidade de réus, tendo algum deles contestado a ação) daquele Código.

Cumprir acrescentar a ocorrência, na espécie, também do inciso II do referido dispositivo legal (hipótese de litígio que verse sobre direitos indisponíveis).

b) julgamento antecipado da lide sem a oportunidade de produção de provas (suscitada pela Companhia de Cimento Portland Itaú, pela Mineração Corumbaense e pela Fema/MT).

A presente ação civil pública tem por objetivo a obtenção de prestação jurisdicional quanto à competência e o modo de licenciamento das obras e atividades abrangidas pela Hidrovia Paraguai-Paraná, apontando, para tanto, irregularidades que o MPF afirma haverem ocorrido quanto ao licenciamento ambiental indevido de obras e atividade ao longo do curso da hidrovia.

Trata-se, portanto, de matéria eminentemente de direito, restrita à discussão acerca da competência dos órgãos ambientais estaduais e federais e da necessidade de elaboração de estudo único de impacto ambiental.

A farta produção de documentos juntamente com as peças processuais trazidas aos autos pelas partes permitiram ao juízo a quo o julgamento antecipado da lide na forma do artigo 330 do CPC, pois os fatos forma esclarecidos.

A ilustre Procuradora Regional da República Maria Soares Camelo Cordioli, em seu parecer (fls. 2.006/2.015-verso) expôs muito bem a questão:

“ Assim sendo, o julgamento antecipado da lide na espécie encontra suporte no art. 330 do CPC, não havendo razões jurídicas para a reforma da decisão neste tópico, haja vista que o juiz apreciou a prova dos autos, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indicou os motivos determinantes do seu convencimento (art. 131 do CPC), bem como atendeu aos requisitos do art. 458 do CPC, na prolação da sentença.” (fls. 2.011 –verso)

c) ilegitimidade passiva ad causam das empresas Macrologística Consultoria S/C e Companhia de Cimento Portland Itaú.

Improcede tal alegação, uma vez que ambas requereram ao órgão ambiental estadual o licenciamento de atividades na hidrovia, fato que demonstra seus interesses na lide.

A apelante alega a macrologística que é mera empreendedora do terminal de morrinhos, sendo, portanto, estranha aos limites da lide.

É um equívoco argumentar que o objeto da lide, isto é, seus limites objetivos dizem respeito tão somente ao processo de licenciamento ambiental da Hidrovia que vinha sendo conduzido ilegalmente.

Embora não seja a apelante a pessoa jurídica que procedeu ou procederá o licenciamento, é a responsável pelas obras e estas não deverão ser levadas a diante sem que se decida quem é o órgão competente para o caso.

Logo, a apelante será alcançada pelos limites subjetivos da lide. Rejeito a preliminar de ilegitimidade.

d) ocorrência de decisão extra petita e inépcia da inicial por incompatibilidade (suscitada pela Fema/MT).

Alega a apelante que a determinação de que a Fema se abstenha de conceder licenças ambientais no âmbito da hidrovia, a declaração da competência administrativa do Ibama para proceder o licenciamento ambiental e a necessidade de consulta às populações diretamente atingidas configuram julgamento extra petita.

A leitura da inicial revela que o inconformismo da apelante não procede, pois as determinações cons-

tantes da sentença são consectários lógicos do que foi exposto e requerido pelos autores.

Da mesma forma, não se verifica a alegada incompatibilidade entre a causa de pedir e os pedidos, pois os autores se debatem contra as irregularidades que entendem existir nas concessões de licenças ambientais pelos órgãos estaduais, e não pelo Ibama, apesar da magnitude do empreendimento. Em meio à narrativa, discorre-se a respeito da situação do Porto de Morrinhos, no município de Cáceres/MT, sem que o referido porto seja, unicamente, o objeto da demanda.

Como ressaltado pelo MPF, “da análise do texto desenvolvido na peça atacada, cristalina se mostra a intenção de abarcarem-se todas as obras pertinentes à Hidrovia Paraguai – Paraná, e não somente ao Porto supracitado. (...) o segundo tópico da inicial combatida refere-se inteiramente ao empreendimento da hidrovia, já frisando a necessidade de um único relatório de impacto ambiental abrangendo toda a área do mesmo...” (fls. 2.010 – verso).

II

Antes de adentrar no mérito da demanda, cumpre traçar um esboço acerca da legislação e dos princípios de direito ambiental atinentes à espécie.

A Lei nº 6.938/81, modificada pela Lei nº 8.028/90 e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 instituiu a política nacional do meio ambiente tendo por fundamento os incisos VI e VII do artigo 23 e o art. 225 da Carta Magna, que possuem a seguinte redação:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – 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;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º – Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

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

§ 5º – São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

Cumpram-se os ditames dos artigos 20, inc. III e 26, inc. I da Constituição, no que diz respeito à propriedade das águas com relação à União e aos Estados federados:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

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

(...)

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;”

Os princípios norteadores da política nacional do meio ambiente estão arrolados no art. 2º da Lei nº 6.938/81 e, no dizer da Procuradora do Estado do Paraná Ana Cláudia Bento Graf⁸, “têm profundas implicações na proteção jurídica das águas”. Confira-se:

“Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II – racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III – planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V – controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI – incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII – acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII – recuperação de áreas degradadas;

⁸“A tutela dos Estados sobre as águas” in “Águas – aspectos jurídicos e ambientais”, Coordenador Wladimir Passos de Freitas, Editora Juruá, Curitiba, 2000, pág.53.

IX – proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X – educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.”

Por oportuno ao deslinde da controvérsia, cumpre destacar que um dos objetivos da política nacional do meio ambiente é a “compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” conforme previsto no art. 4º, inciso I da Lei nº 6.938/81.

O mesmo diploma legal constituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, com a seguinte estrutura:

“Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, assim estruturado:

I – órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II – órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

III – órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV – órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

V – Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI – Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições;”

Estabeleceu a realização de avaliações de impacto ambiental como instrumentos da política nacional do meio ambiente:

“Art. 9º – São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

(...)

III – a avaliação de impactos ambientais;”

E condicionou a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores a prévio licenciamento, segundo os seguintes critérios:

“Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

(...)

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.”

Ressalta a referida autora a natureza jurídica da água como bem difuso ambiental, sendo sua utilização “condicionada à manutenção do equilíbrio ecológico do ambiente”. Pondera, ainda, que “isto logicamente não quer significar que todo e qualquer uso implique um desequilíbrio juridicamente relevante, mas configura um limite fundado na sustentabilidade ambiental, que deve ser observado por todos, Poder Público e coletividade.”⁹

Nesse contexto, foi instituída a política nacional de recursos hídricos, pela Lei nº 9.433/97, que trouxe profunda modificação valorativa no que se refere aos

⁹ Op. cit. pág. 56

múltiplos usos da água, ao seu valor econômico, à sua finitude e à participação popular em sua gestão. São os seguintes seus fundamentos:

“Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I – a água é um bem de domínio público;

II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III – em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.”

Observe-se que um dos objetivos listados na referida lei diz respeito ao transporte aquaviário:

“Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

(...)

II – a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;”

E uma de suas diretrizes gerais relaciona a gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental:

“Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:

(...)

III – a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;”

Por fim, cumpre transcrever artigos das Resoluções Conama nºs 1/86 e 237/97, que dispõem sobre o tema objeto da presente ação:

Resolução Conama nºs 1/86:

“Artigo 1º – Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II – as atividades sociais e econômicas;

III – a biota;

IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V – a qualidade dos recursos ambientais.

Artigo 2º – Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - Rima, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do Ibama e In caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

(...)

VII – Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;

(...)

Artigo 3º – Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo Rima, a serem submetidos à aprovação do Ibama, o licenciamento de atividades que, por lei, seja de competência federal.

(...)

Artigo 5º – O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

(...)

III – Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

(...)

Artigo 9º – O relatório de impacto ambiental - Rima refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo:

I – Os objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;

II – A descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, e mão-de-obra, as fontes de energia, os processos e técnica operacionais, os prováveis efluentes, emissões, re-

sídiuos de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;

III – A síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambiental da área de influência do projeto;

IV – A descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação;

V – A caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua não realização;

VI – A descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado;

VII – O programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos;

VIII – Recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral).”

Resolução Conama nºs 237/97:

Art. 1º – Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II – Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

III – Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento,

apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

IV – Impacto Ambiental Regional: é todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados.

Art. 2º – A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

(...)

Art. 3º – A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

(...)

Art. 4º – Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, órgão executor do Sisnama, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II – localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;”

III

O sistema fluvial Paraguai-Paraná¹⁰ tem funcio-

¹⁰ Segundo a Informação Técnica nº 125/2000 da assessoria técnica da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da

nado historicamente como uma via navegável desde os tempos da colonização, sendo uma importante rota comercial e de integração entre os países do Cone Sul. Em seu estado atual, o sistema fluvial já é considerado favorável à navegação. Nenhuma outra via fluvial, exceto as da Bacia Amazônica, permite o tráfego contínuo de embarcações em um metro e meio de calado, durante a maior parte do ano.

Ecologicamente, o sistema fluvial Paraguai-Paraná pode ser caracterizado como um grande ecótono¹¹ entre os ambientes aquático e terrestre (planícies inundáveis), sendo, portanto, ambiente de transição entre estes biomas com grande diversidade de habitats, alta produtividade e alta diversidade biótica, regido pela alternância de pulsos de inundação e períodos de seca de seus rios.

Trata-se da segunda bacia fluvial da América Latina e vai de Cáceres/MT a Nueva Palmira, no Uruguai, com extensão de 3.440 (três mil, quatrocentos e quarenta) quilômetros.

Os autores relatam na petição inicial que os países da Bacia do Prata (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai) criaram, em 1989, o Comitê Intergovernamental da Hidrovia Paraguai-Paraná com o objetivo de implementar o sistema de navegação ao longo da Hidrovia.

A Hidrovia, asseveram, seria um poderoso fator de integração entre os países do Mercosul e permitiria estruturar um meio de transporte barato para as matérias primas dos países envolvidos. Além disso, é objetivo estratégico de primeira ordem para a Bolívia e o Paraguai, por representar uma oportunidade única de acesso garantido ao mar.

A assessoria técnica do MPF teceu a seguintes considerações a respeito:

“ Análise do projeto de implementação da Hidrovia Paraguai-Paraná levantou a possível ocorrência de vários impactos à região em decorrência das obras de dragagem, corte de meandros, cons-

trução de diques e derrocamentos previstos, uma vez que estas poderão acelerar o fluxo de água pelo aumento da declividade, reduzir a área inundável e o período de inundação. A remoção de afloramentos rochosos em Fecho dos Morros poderá fazer com que o Pantanal perca sua condição de sistema de amortização das ondas da cheia, a qual é responsável pela excepcional estabilidade do fluxo das águas através do rio Paraguai. Portanto, alteração no nível das águas e diminuição do período de inundação como consequência do fluxo mais rápido das águas terão reflexos negativos em todas as complexas inter-relações ecológicas existentes na região pantaneira.” (fls. 29)

Pretendem os autores que seja efetuado um único Estudo de Impacto Ambiental – EIA e um único Relatório de Impacto Ambiental – Rima para todo o trecho brasileiro da hidrovia, ou seja, do município de Cáceres, no Mato Grosso até a foz do Rio Apa no Mato Grosso do Sul, na fronteira do Brasil com a Bolívia.

No mérito, a controvérsia pode ser resumida aos seguintes pontos:

- 1) definição de qual é o órgão competente para o licenciamento ambiental da Hidrovia Paraguai-Paraná;
- 2) exigência de EIA/Rima único;
- 3) consulta prévia à população diretamente atingida pelo empreendimento.

Da definição do órgão competente para o licenciamento ambiental da hidrovia

A sentença recorrida, no que diz respeito à definição de qual é o órgão competente para o licenciamento ambiental da Hidrovia Paraguai-Paraná, estabelece a competência para a prática do ato administrativo do licenciamento ao Ibama, diante da repercussão nacional e internacional que possui a Hidrovia, notadamente por impactar um bem público da União: o Rio Paraguai.

A autarquia, em sua apelação impugnou sua competência, de forma exclusiva, para o licenciamento de atividades e empreendimentos localizados ao longo da Hidrovia, ao argumento de que tal exclusividade contraria a Constituição e a Resolução nº 237/97 do Conama.

Ressalta que, ao estabelecer a competência comum aos entes federativos, o constituinte procurou garantir a atuação administrativa da União, Estados e Municípios. Sustenta que “não há de se falar em hie-

República, juntada às fls. 28/38.

¹¹Zona de transição entre duas comunidades (conjuntos de populações animais e vegetais em uma mesma área, formando um todo integrado e uniforme) que contém espécies características de cada uma delas – Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 3ª edição, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1999, pg. 716

rarquia ou supremacia de um ente sobre o outro, mas de predominância (não exclusividade) do interesse. Assim, o assunto de interesse local compete ao Município, em mais de um Município atua os Estados e o regional e nacional a União.”(fls. 1.685) e afirma que as atividades e empreendimentos que se instalam às margens da Hidrovia são de impacto local, e o fato de tal empreendimento estar localizado na área de influência de um rio federal ou transportar carga destinada a outros países não são causas modificadoras de competência.

O Ibama, como acima transcrito, constitui-se em órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente.

A mencionada Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, dispõe em seu artigo 10, *caput*, que a implantação de empreendimentos que envolvam a utilização de recursos naturais e que possam causar, de qualquer forma, a degradação do meio ambiente, dependerá de prévio licenciamento do órgão estadual competente e do Ibama, que atuará somente em caráter supletivo. Entretanto, reservou-se a competência da referida autarquia federal quando se tratar de licenciamento de obras que envolvam significativo impacto ambiental, de âmbito regional ou nacional. Transcrevo novamente o referido dispositivo:

“Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

(...)

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.”

A Resolução nº 237/97 do Conama definiu o conceito de significativo impacto ambiental, de âmbito regional ou nacional, estabelecendo que:

“(…) Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, órgão executor do Sisnama, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II – localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;”

Dessa forma, em se tratando de um empreendimento que interessa aos países da Bacia do Prata (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai) com a extensão de 3.440 (três mil, quatrocentos e quarenta) quilômetros dos dois maiores rios da segunda bacia fluvial da América Latina (de Cáceres, no Brasil, até Nueva Palmira, no Uruguai), impactando, diretamente, no Brasil, os estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, caracterizado estará o interesse jurídico da União em defender a preservação de seu patrimônio, bem como a competência do Ibama para conduzir o respectivo processo de licenciamento ambiental, objeto de interesse nacional e internacional.

Como se não bastasse, justifica-se o interesse nacional pelo disposto no § 4º do artigo 225 da Constituição pelo qual o pantanal mato-grossense, juntamente com a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar e a zona costeira são patrimônios nacionais, “e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.”

Cumpra ter presente que, conforme restou colocado de forma irreprochável pelo Ministro José Delgado, a conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem, pois a natureza desconhece fronteiras políticas (REsp 588.022/SC).

Confira-se o teor da ementa do referido julgado do STJ bem como a jurisprudência desta Corte a respeito da competência do Ibama:

“Administrativo e Ambiental. Ação civil pública. Desassoreamento do rio Itajaí-açu. Licenciamento. Competência do Ibama. Interesse nacional.

1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.

2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.

3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.

4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do Ibama e a necessidade de prévios EIA/Rima. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.

5. Recursos especiais improvidos.”

(REsp 588.022/SC, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 05.04.2004 p. 217)

“Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Remessa ex officio. Construção de usina hidrelétrica em rio de domínio da União e que atravessa áreas de terras indígenas. Estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental. Licenciamento ambiental: competência do Ibama. Aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas: necessidade de prévia autorização do congresso nacional.

1. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional,

na forma prevista no artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.

2. Também, é imprescindível a intervenção do Ibama nos licenciamentos e estudos prévios relativos a empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que afetarem terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput, e § 4º, da Lei nº 6.938/81, c/c artigo 4º, I, da Resolução nº 237/97, do Conama).

3. Remessa oficial desprovida. Sentença mantida.”

(REO 1999.01.00.109279-2/RR, Rel. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos, conv., Sexta Turma, DJ de 29/01/2007, p.9)

“Direito Administrativo e Ambiental. Usina hidrelétrica. Licenciamento. Competência, em regra, de entidade estadual. Construção fora de terra indígena e impactos regionais indiretos. Competência federal taxativamente prevista em lei e em resolução do Ibama. Ausência de elementos que justifiquem competência da autarquia federal. Sentença que acolhe orientação em sentido oposto. Apelação. Recebimento só no efeito devolutivo. Agravo de instrumento em que se pretende também efeito suspensivo. Provisamento.

1. Estabelece o art. 10 da Lei n. 6.938/81: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”. O § 4º prevê: “Compete ao Instituto do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”.

2. Por sua vez, dispõe o art. 4º da Resolução Conama n. 237/97: “Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, órgão executor do Sisnama, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber: I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na

plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas (grifei) ou em unidades de conservação do domínio da União; II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados (grifei); III - cujos impactos ambientais diretos (grifei) ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; ...”.

3. Emerge dos autos que a PCH Paranatinga II não está projetada em rio da União (o que, aliás, não seria determinante de competência do Ibama para o licenciamento) e nem em terras indígenas, apenas encontrando-se a relativa distância de terras indígenas (“33,81 km da Terra dos Parabubure, 62,52 km da Marechal Rondon e 94,12 km do Parque Nacional do Xingu”). Também emerge claro que o impacto ambiental em outro Estado é indireto. A pouca potencialidade para atingir gravemente, mesmo de forma indireta, terras indígenas, uma região inteira ou outro Estado-membro pode ser deduzida do tamanho do lago (336,8 ha), área à qual foram reduzidos os 1.290 ha inicialmente previstos, questão esta não apreciada na sentença.

4. Algum impacto a construção da usina trará à bacia do Rio Xingu e a terras indígenas, mas esses impactos são indiretos, não afastando a competência da entidade estadual para o licenciamento. O impacto regional, para justificar a competência do Ibama, deve subsumir-se na especificação do art. 4º da Resolução n. 237/97, ou seja, deve ser direto; semelhantemente, justifica-se a competência do Ibama quando o empreendimento esteja sendo desenvolvido em terras indígenas, não o que possa refletir sobre terras indígenas. O próprio juiz diz que há “prova irrefutável de que o empreendimento questionado nesta lide trará consequências ambientais e sociais para os povos e terras indígenas que lhe são próximos” (grifei).

5. Não foge desse critério a Constituição, no art. 231, § 3º, quando prevê que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (grifei) só poderão ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

6. Na Constituição as competências materiais da União vêm expressas (enumeradas), ficando para os Estados-membros e Distrito Federal as competências remanescentes, significando dizer que em regra (por exclusão das competências da União, taxativamente previstas) as competências são dos Estados-membros. Assim na Constituição, o mesmo critério deve ser empregado na interpretação das normas infraconstitucionais. Não há, pois,

lugar para interpretação extensiva ou analógica da regra de competência da entidade federal.

7. Não há elementos que autorizem afirmar ou pressupor irregularidade no licenciamento estadual, ou pelo menos o juiz não os considerou. Deste modo, o que aflora é o periculum in mora da agravante, impedida, sem motivo justificável, de continuar a obra.

8. Provimento ao agravo de instrumento, com atribuição de efeito suspensivo à apelação.”

(AG 2006.01.00.020856-8/MT, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 09/11/2006, p.65)

“Ambiental. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Implantação de usina hidroelétrica. Licença prévia. Competência. Risco de danos significativos ao meio ambiente. Equilíbrio ecológico do Parque Nacional das Emas. Participação do Ibama no licenciamento. Imprescindibilidade. Possibilidade de perda do financiamento obtido. Interesse público. Prevalência. Princípio da precaução. Presença dos requisitos necessários à concessão da liminar.

1. O artigo 10, § 4º da Lei 6.983/81 atribuiu competência ao Ibama para o licenciamento de empreendimentos que envolvam a utilização de recursos naturais e que sejam potencialmente causadores de significativos danos ao meio ambiente, de âmbito regional ou nacional. No caso, trata-se de empreendimento de impacto regional pois visa ao abastecimento de energia a toda região sudeste e integrará o sistema sul-sudeste do país.

2. A implantação de usina hidroelétrica em área que poderá influenciar diretamente no equilíbrio ecológico do Parque Nacional das Emas, em razão de sua proximidade, torna imprescindível a participação do Ibama em todas as fases do processo de licenciamento, como um dos órgãos licenciadores, devendo submeter-se ao seu crivo o EIA/RIMA, bem como os demais estudos ambientais referentes ao empreendimento.

3. A alegação da possibilidade de perda do financiamento obtido pela agravante, em razão da suspensão dos efeitos da licença prévia determinada pelo juízo a quo, não deve prevalecer sobre o melhor interesse público que norteia a atividade do Poder Público em matéria ambiental.

4. O princípio da precaução recomenda, no presente caso, a participação do Ibama no processo de licenciamento, visando a coibir a ocorrência de danos ambientais irreparáveis no Parque Nacional das Emas.

5. Presentes os requisitos necessários à concessão da liminar na ação civil pública, consubstanciados na plausibilidade do direito invocado pelos

autores e no fundado receio de dano irreparável, a manutenção da decisão recorrida é medida que se impõe.

6. Agravo de instrumento improvido.”

(AG 2000.01.00.136704-6/GO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 03/12/2003, p.48)

A assessoria técnica do MPF demonstrou que a implantação do Porto de Morrinhos, citado nos autos, só será viável com a realização de alterações nas características atuais do Rio Paraguai, devendo, por óbvio, ser avaliadas no contexto da Hidrovia, extrapolando o “impacto local” sustentado pelo Ibama.

De fato, a já citada informação técnica nº 125/2000 (fls. 28/38) relata ofício do Diretor do Departamento de Hidrovias Interiores do Ministério dos Transportes no qual se menciona que o Comitê Intergovernamental da Hidrovia Paraguai-Paraná vem desenvolvendo atividades com vistas ao melhoramento do transporte pela Hidrovia, em três grandes vertentes: operação da Hidrovia, melhoramento da infra-estrutura física e melhoramento da infra-estrutura portuária.

Nesse sentido, as atividades e empreendimentos que se instalam às margens da Hidrovia só podem fazê-lo após o competente estudo de impacto ambiental, a ser realizado pela autarquia. Só então poder-se-á dizer que são, efetivamente, de impacto local, como afirma o Ibama em sua apelação. Nesse particular mantenho a sentença.

Da exigência de EIA/Rima único

Impugnam os apelantes o posicionamento dos autores, MPF e do MP/MT, quanto à necessidade de EIA/Rima único e quanto à nulidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos ambientais estaduais.

A sentença, a esse respeito, estabelece, em síntese, o seguinte:

a) que o EIA-Rima respectivo deve reportar-se à totalidade do empreendimento, contemplando a parte viária propriamente dita, balizamentos, construção de portos, afetação das populações locais, fauna, flora, aspectos climáticos e geográficos, etc. em razão do sinergismo presente no que se refere aos eventuais danos ambientais decorrentes da implantação da Hidrovia, pois “os danos não podem ser analisados individual e isoladamente, como se existisse uma barreira

a limitar a ocorrência dos mesmos e os possíveis prejuízos ao ecossistema são indivisíveis material e juridicamente.”;

b) o Porto de Morrinhos é parte da Hidrovia Paraguai-Paraná e o seu licenciamento deve ser deferido pelo Ibama como parte integrante daquela;

c) não poderia a Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso – Fema/MT ter instaurado processo de licenciamento de partes isoladas da hidrovia transnacional, tanto por não ter competência administrativa para a prática de referido ato quanto porque o projeto é insuscetível de parcelamento de seus vários componentes;

d) o mesmo ocorre com os licenciamentos patrocinados pela Fundação Estadual de Meio Ambiente – Pantanal/MS, “os quais encontram-se maculados pelo pecado da incompetência administrativa do órgão estadual para a consecução daqueles, bem como porque referem-se a empreendimentos e atividades isolados da hidrovia,”;

e) impossível a segregação dos eventuais impactos ambientais da hidrovia dos seus portos, já que se está a tratar de uma mesma intervenção humana em um ecossistema extremamente sensível que é o Pantanal Mato-Grossense;

f) considera nulos os licenciamentos e processos administrativos patrocinados pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – Fema e pela Fundação Estadual de Meio Ambiente – Pantanal/MS, já que ausente a devida competência para a prática dos referidos atos;

g) igualmente nulas as licenças ambientais concedidas pelo Ibama a empreendimentos, atividades e/ou equipamentos isolados da Hidrovia Paraguai-Paraná, uma vez que esta deve ser licenciada globalmente a partir de um único EIA-Rima;

h) permanecem válidas apenas as atividades tendentes a garantir a navegabilidade atual do Rio Paraguai, como dragagens rotineiras, limpeza de canais e sinalizações.

Diante do risco ou da probabilidade de dano à natureza, e não apenas na hipótese de certeza, o dano este deve ser prevenido. Trata-se do princípio da precaução, fruto do aperfeiçoamento dos convênios internacionais celebrados no final da década de 80 e objeto da Declaração do Rio (Conferência das Nações Unidas

sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio/92).

Segundo o jurista Jean-Marc Lavieille, “o princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o que nós deveríamos duvidar.”¹²

Cumprе ressaltar que, ao aplicar o princípio da precaução, “os governos encarregam-se de organizar a repartição da carga dos riscos tecnológicos, tanto no espaço como no tempo. Numa sociedade moderna, o Estado será julgado pela sua capacidade de gerir os riscos.”¹³

O estudo de impacto ambiental (EIA) é um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente, previsto no já transcrito inciso III do art. 9º da Lei nº 6.938/81.

Na lição de Paulo Affonso Leme Machado, trata-se de procedimento publico, não sendo possível “entender-se como tal um estudo privado efetuado por uma equipe multidisciplinar sob encomenda do proponente do projeto”¹⁴. Acrescenta o doutrinador que as verificações e análises do estudo de impacto ambiental terminam com um juízo de valor, ou seja, uma avaliação favorável ou desfavorável ao projeto.

O EIA possui maior abrangência que o relatório de impacto ambiental (Rima) e o engloba em si mesmo. Compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do Rima. A Resolução Conama 1/96, em seus artigos 5º, III e 9º estabelece que o Rima refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental, que deverá definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos (área de influência do projeto), considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza.

Sobre o tema, cumpre transcrever lição do citado professor, que se revela totalmente adequada com a

controvérsia dos presentes autos:

“ A definição da área geográfica a ser estudada não fica ao arbitrio do órgão público ambiental, do proponente do projeto ou da equipe multidisciplinar. A possibilidade de se registrarem impactos significativos é que vai delimitar a área chamada de influência do projeto.”¹⁵

A efetivação de EIA/Rima único se impõe. O licenciamento ambiental na área de influência do Rio Paraguai – Paraná e do Rio do Prata no trecho compreendido entre a cidade de Cáceres/Mato Grosso e a foz do Rio Apa/Mato Grosso do Sul, na divisa do Brasil com a Bolívia há que ser efetivado por meio de processo único, considerando-se a sinergia dos impactos ambientais, conforme estabelecido na sentença impugnada.

Cumprе ter presente que o Decreto nº 99.274/90, que regulamenta a Lei nº 6.938/81, e a Resolução Conama nº 1/86 prevêem a necessidade de que o EIA/Rima contenha a identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos e negativos, devendo ainda indicar e testar as medidas de correção dos respectivos impactos.

A alegação de ausência de previsão legal no licenciamento de uma hidrovia (por consistir recurso natural) tergiversa o problema real, pois está claro que a pretensão autoral objetiva que o estudo se faça com relação às obras e adaptações necessárias à implementação do comércio e do transporte na Hidrovia vistas como um todo, de forma global.

As demais dificuldades apontadas pelos apelantes (demora na efetivação de EIA/Rima único, entrave na liberação de empreendimentos) são suplantadas pela magnitude dos bens ambientais envolvidos, que justificam a peculiaridade de um estudo único e global, proporcional ao desafio imposto pela pretendida modernização da Hidrovia.

Transcrevo, a respeito da citada proporcionalidade, pronunciamento do professor alemão Gerd Winter:

“ Se o projeto destrói bens naturais, é preciso um interesse público para justificar essa destruição. Se o bem natural possui valor extraordinário, o interesse público alegado para sua destruição deve ser

¹² “Droit International de l’Environnement”, *apud* Paulo Affonso Leme Machado in *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2006, pg. 72.

¹³ François Ewald e Kessler in “Lès noces du risque et de la politique” *apud* Paulo Affonso Leme Machado in *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2006, pg. 76.

¹⁴ in *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2006, pg. 218.

¹⁵ Op. cit., pág. 225.

igualmente extraordinário.”¹⁶

Permito-me acrescentar aos ditames do citado professor que não apenas o interesse público alegado para a destruição do meio ambiente deve ser igualmente extraordinário, mas também extraordinários devem ser os esforços da Administração Pública em implementar estudos abrangentes e à altura do ecossistema e do bioma envolvidos – a região pantaneira.

O Desembargador Federal Tourinho Neto manifestou-se de forma precisa e exauriente a respeito da necessidade de um estudo único, nos autos dos agravos regimentais interpostos pela União e pelo Estado do Mato Grosso do Sul nos autos das Petições nº 2000.01.00.139577-5/MT e 2001.01.00.001517-0/MT.

Em seu voto restou assentado o seguinte, sobre o assunto, fls. 677/693 e 694/709:

“5.4. Os danos.

Reproduzo o que disse na Petição de suspensão de segurança N° 2000.01.00.139577-5/MT, requerida pela União Federal:

“Comunica o Ministério dos Transportes ao Ministro do Meio do Meio Ambiente – mediante ofício rotulado de Aviso n. 00212001-GM/MT, de 10 de janeiro de 2001 (fis. 225/226) – que desistiu da implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná. Afirma, textualmente, que ‘apenas pretende contribuir para a manutenção das seculares condições naturais de navegação do Rio Paraguai, em toda a extensão do Território Nacional, mediante prévio licenciamento do Ibama/MMA’. Mas, segundo se deduz, deverão ser construídos portos e procedidos ‘os serviços rotineiros e sistemáticos de limpeza de canal, dragagem de manutenção, retirada da vegetação flutuante (balseiros), bem como, sinalização’.

O que mudou com a comunicação (Aviso n. 002/2001) do Ministério dos Transportes ao Ministro do Meio Ambiente?

A meu sentir nada. Apenas houve, penso, a eliminação do nome Hidrovia Paraguai-Paraná. Essa denominação, para o Ministério dos Transportes, deixa de existir. Temos, agora, Via Navegável Paraguai-Paraná, ou seja a manutenção das seculares condições naturais de navegação do Rio Paraguai:

‘Com isso, no entendimento desse ministério (‘nossa posição’ v. Aviso, fls. 226), ‘cada instalação portuária deverá ser avaliada individualmente, para todos os efeitos legais, e seu licenciamento deverá ser procedido individualizado e isoladamente, considerando a via navegável tal qual é conceituada neste documento, como ‘via naturalmente navegável’.

Como deixou, para o Ministério dos Transportes, de existir o nome Hidrovia Paraguai-Paraná, agora, segundo seu entendimento, a instalação dos portos deverá ser avaliada individualmente. É de indagar-se: A simples eliminação de uma denominação pode permitir o que antes era proibido?

— Evidentemente que não. Sempre é bom lembrar que não é o nome que dá essência as coisas. Um livro jamais deixará de ser livro se o chamarmos de caneta.

E o Ministério dos Transportes tem competência para dizer que, com a eliminação do nome Hidrovia Paraguai-Paraná, agora, “cada instalação portuária deverá ser avaliada individualmente” e que “seu licenciamento deverá ser procedido individualizado e isoladamente”?

— Claro que não. A competência é do Ibama. Esse órgão, ouvido, emitiu nota técnica, onde afirma (fls. 218/219):

‘A realização de obras de engenharia pesada – previstas no âmbito do projeto ora abandonado, de balizamento, sinalização, dragagens, requereria que essas atividades fossem licenciadas como um todo, em face dos impactos ambientais delas decorrentes, agregando-se, também, ao licenciamento da Hidrovia o licenciamento de outros empreendimentos que venham a ocorrer ao longo do seu leito, em virtude da sinergia dos impactos.

Acentuando que, como houve ‘desistência de implantação da Hidrovia’ não há como se proceder ao licenciamento conjugado de empreendimentos, pelo fato de deixar de existir o pedido de licenciamento do empreendimento denominado Hidrovia Paraguai-Paraná.’

Desse modo, indaga-se: Como não há mais esse empreendimento (implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná), não há razão para se proceder o estudo do impacto da construção de um porto em toda a extensão do rio, da planície pantaneira? *Não há mais razão de o licenciamento ambiental ser procedido como um todo? A inexistência do empreendimento denominado Hidrovia Paraguai-Paraná, na ótica do Ministério dos Transportes, e, por conseguinte, a inexistência do pedido de licenciamento, terá o condão de permitir a construção de um porto sem se analisar o impacto em toda a extensão do rio, da bacia do Alto Paraguai, da planície pantaneira. Assim, vai se fazendo tudo por parte, hoje um porto*

¹⁶In “Alternativen in der administrativen Estscheidugsbildung Auflage” Düsseldorf, Werner, 1997, pg. 114, apud Paulo Affonso Leme Machado, “Direito Ambiental Brasileiro”, 14ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2006, pg. 228.

amanhã outro, hoje a construção de uma obra pesada, amanhã outra, rio final, teremos todas as obras para a implantação da hidrovia implantadas, e o nome Hidrovia Paraguai-Paraná poderá voltar.

O Ibama, no entanto, se deixa trair quanto à ideia de não mais se precisar de um licenciamento abarcando o todo, quando afirma (fls.220):

‘Considerando o leque de impactos possíveis, ante a implantação de empreendimentos ao longo da via navegável — os quais somente serão efetivamente conhecidos após a realização de estudos ambientais específicos, que deverão considerar os empreendimentos já existentes e outros que venham a existir; no âmbito do licenciamento ambiental desses possíveis empreendimentos e do Podo de Morrinhos, se autorizado pela Justiça Federal, devem ser definidas medidas mitigadoras e programas de monitoramento ambiental, visando assegurar a preservação dessa via navegável.’

O que vem a ser isso? A análise de todo o conjunto para possibilitar o licenciamento com um todo.

Observe-se mais. O Ibama, na Nota Informativa n. 3, de 2001, explica (fls. 224):

‘Sendo assim, para se manifestar qualquer opinião de como se proceder quanto à implantação ou incremento de qualquer empreendimento, na região da bacia do Alto Paraguai, independente de sua magnitude, é necessário que se providencie um estudo minucioso e detalhado das condições ambientais na área de influência aonde será implementado o empreendimento. Estudo esse que, em seu escopo, apareça uma análise integrada e estratégica que contenha ações cujas interfaces com os meios físicos, bióticos e sócio-econômicos da região, sejam ambientalmente viáveis.’ (destaquei)

Claramente, diz o Ibama que o licenciamento deve abranger o todo. O EIA/Rima deve ser único Disse bem a eminente Procuradora Regional da República, Maria Soares Camelo Cordioli (fls. 288):

‘... as obras e atividades inteligadas, dependentes, adjacentes ou decorrentes da hidrovia Paraguai-Paraná, implantadas, em implantação ou projetadas, não podem ser consideradas de forma isolada, como quer fazer crer a União, pois do contrário restana ferido de morte o entendimento cumulativo e sinérgico dos impactos.’

Por fim, é de indagar-se: Poderia o Ministro de Estado dos Transportes desistir de levar adiante a implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná? O Ibama conclui sua nota técnica dizendo (fls. 220):

‘É oportuno esclarecer que, relativamente à Hidrovia Paraná- Paraguai (sic), existem acordos firmados envolvendo o Governo Brasileiro, os Governos da Argentina, Bolívia, Paraguai e Uruguai,

visando o uso conjunto dessa via navegável e que tratativas para a consecução deste objetivo são realizadas no âmbito do Comitê Inter-governamental da Hidrovia Paraná-Paraguai — CIH.’

Esse questionamento também é feito pela ilustre Procuradora Maria Soares Cordioli (fls.301):

‘... como um simples Aviso do Senhor Ministro dos Transportes pode ter o condão de alterar a vontade do nosso Estado, expressa em Tratado Intemacional, constitucionalmente integrado ao ordenamento jurídico nacional?’

2. Mantenho a decisão agravada. E acrescento o que disse na Pet. n. 2000.01.00.139577-5/MT: O Rio Paraguai corre num relevo praticamente plano, tendo pouca declividade e muitas curvas, meandros, sinuosidades, parecendo uma toalha de renda feita pelas mulheres do nordeste. Com eliminação dessas curvas, o rio correrá mais rápido, o fluxo será mais veloz, o tempo, assim, de permanência da água na região será menor, e, conseqüentemente, não ficará ela alagada. Daí por que não poderá haver retificações de curvas, nem os raios de Curvatura ampliados. Essa a razão de ser uma área úmida, a maior área úmida contínua, cerca de 140.000 km2, da Terra. A profundidade do rio raramente vai além de 1,50, nas cheias a profundidade chega a um pouco mais de três metros, indo em poucos pontos a cinco metros. A natureza é sábia, o Rio Paraguai não tem, em princípio, vocação para a navegação de embarcações de grandes calados.

As construções de novos portos, as estradas de acesso e as dragagens profundas provocarão a retirada da vegetação ciliar, logo ocasionarão o assoreamento dos rios.

O tráfego das grandes embarcações de cargas, os comboios de empurra, poderão destruir as margens dos rios e as matas ciliares - que, como disse Vladimir Passos de Freitas, ‘tal qual os cílios que protegem os olhos, ela resguarda as águas’ -, ao fazerem as manobras nas suas curvas. O comboio, ao entrar na curva, é arremetido pelo piloto contra a margem, fazendo com que a parte da frente suba no barranco, sempre baixo; em seguida, o piloto dá marcha à ré, para novamente arremeter contra a margem contrária, seguindo-se nova marcha à ré, e, assim, sempre repetindo as manobras até passar a curva. É certo que aparelhos poderão monitorar tais embarcações para possibilitar fazer as curvas sem destruir as margens, com o emprego de propulsores azimutais nos ‘empurradores’, mas tudo isso precisa ficar demonstrado e devidamente disciplinado.

As dragagens profundas retiram grande quantidade de areia, removem milhões de metros

cúbicos de material sólido, jogando-os nas margens, destruindo, igualmente, a vegetação ciliar.

As intervenções na Hidrovia Paraguai-Paraná devem ser licenciadas como um todo. Não podemos esquecer que o Pantanal é o elo de ligação entre biomas, isto é comunidades de animais e vegetais, como a Amazônia, o Cerrado e os Chacos boliviano e paraguaio.

Os serviços rotineiros de manutenção, como as dragagens que não exijam grandes obras de engenharia, devem continuar. O Rio Paraguai sempre foi navegado, inclusive com embarcações movidas a vapor, como as célebres chalanas (a 'toc-toc'), que podem navegar em águas rasas. A navegação atual, a navegação de comboios de chatas no Rio Paraguai, deve, desse modo, continuar da maneira como vem sendo feito há anos, de acordo com as normas baixadas pela Capitania Fluvial do Pantanal, mas deve haver uma fiscalização firme, tanto por parte da Capitania como parte do Ibama, quanto à navegação dessas embarcações, de molde a não a causar dano ao meio ambiente, como erosão das margens, destruição da vegetação ciliar. Não pode haver, assim, licenciamento para a utilização de embarcações de grande porte nem de comboios de chatas incompatíveis com as características do Rio Paraguai.

O Projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, envolvendo realização de obras de engenharia pesada, construção de novos portos e terminais, ampliação dos atuais, construção de estradas de acesso aos portos e terminais, retificações das curvas dos rios, ampliação dos raios de curvatura, remoção dos afloramentos rochosos, dragagens profundas ao longo de quase 3.500 km do sistema fluvial, construção de canais, a fim de possibilitar uma navegação comercial mais intensa, com o transporte de soja, minério de ferro, madeira etc, poderá causar grave dano à região pantaneira, com repercussões maléficas ao meio ambiente e à economia da região. É necessário, pois, que se faça um estudo desse choque ambiental.

A implantação da Hidrovia, como deseja o Ministério dos Transportes, poderá, também, alterar completamente a hidromorfologia da região, e determinar a redução das fontes de alimento para determinadas espécies de animais.

Com a implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná, poderão ocorrer alterações complexas e profundas, que afetarão não só o local onde serão feitas as obras, no rio, como também nas planícies de inundação adjacentes ao Rio Paraguai e seus afluentes; grandes alterações antrópicas poderão se verificar, reduzindo, inclusive, a diversidade e a abundância de animais, acostumados que estão às condições de cheias e secas do rio.

Praias, formadas na época da seca, com as obras de retificação e alargamento das curvas, poderão desaparecer, e essas praias são importantes para a termo-regulação, reprodução e alimentação de várias espécies de animais.

Enfim, a particular formação rochosa e as intrincadas relações entre os rios da região e as planícies de inundação é que formam o Pantanal. Tomar nisso, sem um prévio estudo, é perigosíssimo. Pode-se destruir de forma irreversível um equilíbrio fantástico que a natureza construiu no decorrer de milhões de anos." (fls. 699/706, grifos ausentes no original)

Como se vê, o julgado transcrito revela-se irrepreensível na justificativa que faz à necessidade de EIA/Rima único. Sua ementa restou lavrada da seguinte forma, fls. 709:

"Direito Ambiental. Hidrovia Paraguai-Paraná. Análise integrada. Necessidade do estudo do impacto ambiental em toda extensão do rio, e não por partes. Aplicação do princípio da precaução.

1. O Projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, envolvendo realização de obras de engenharia pesada, construção de novos portos e terminais, ampliação dos atuais, construção de estradas de acesso aos portos e terminais, retificações das curvas dos rios, ampliação dos raios de curvatura, remoção dos afloramentos rochosos, dragagens profundas ao longo de quase 3.500 Km do sistema fluvial, construção de canais, a fim de possibilitar uma navegação comercial mais intensa, com o transporte de soja, minério de ferro, madeira etc, poderá causar grave dano à região pantaneira, com repercussões maléficas ao meio ambiente e à economia da região. É necessário, pois, que se faça um estudo desse choque ambiental em toda a extensão do Rio Paraguai até a foz do Rio Apa.

2. Aplicação do princípio que o intelectual chama de precaução, que foi elevado à categoria de regra do direito internacional ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio/92. "Mas vale prevenir do que remediar", diz sabiamente o povo.

3. Os serviços rotineiros de manutenção, como, por exemplo, as dragagens que não exijam grandes obras de engenharia, devem continuar. A navegação atual, a navegação de comboios de chatas no Rio Paraguai, permanece da maneira como vem sendo feita há anos, obedecendo-se às normas baixadas pela Capitania Fluvial do Pantanal e às orientações do Ibama.

4. Havendo, como há, ordem judicial no sentido de os atuais portos e terminais continuarem

operando, o funcionamento dos mesmos não constitui crime, não podendo, assim, haver abertura de inquérito policial para apurar possível ocorrência de dano ambiental, tão só pelo funcionamento. O não atendimento da decisão judicial implica prática do crime de desobediência.”

(AGRPET 2001.01.00.001517-0/MT, Rel. Juiz Tourinho Neto, Presidente, Corte Especial, DJ de 16/04/2001, p.19, grifos ausentes no original)

Assim, correta a sentença no que diz respeito à necessidade de EIA/Rima único, relativo à totalidade de empreendimento.

Da situação dos portos instalados

Há que se examinar a situação de portos regularmente instalados anos antes de se planejar a otimização da Hidrovia. A sentença não pode cassar-lhes as licenças de instalação e operação de forma indiscriminada.

É o caso dos portos beneficiados pela decisão proferida pelo juízo a quo, em 23 de março de 2001 (fls. 574/578), ou seja, em Corumbá e Ladário/MS, os terminais das empresas Mineração Corumbaense Reunida S/A, Cimentos Itau S/A, Urucum Mineração S/A e Granel Química Ltda. Em Cacéres/MT, os terminais das empresas Docas do Mato Grosso Ltda. e Bunge Alimentos S/A.

A referida decisão determinou que os referidos terminais portuários “sejam devidamente licenciados ambientalmente pelo Ibama, o que pressupõe a confecção dos devidos EIA-Rimas e os consecutórios administrativos, que deverão, posteriormente, ser integrados ao EIA-Rima geral da Hidrovia Paraguai-Paraná, sem o qual este projeto não poderá ser implantado.” (fls. 575).

Nova decisão, proferida em 10 de abril de 2001, após o julgamento dos agravos regimentais interpostos pela União e pelo Estado do Mato Grosso do Sul, ratificou os termos da decisão anterior, permanecendo a determinação para que “o Ibama proceda ao levantamento do passivo ambiental pertinente aos portos em operação ali destacados...” (fls. 715)

A sentença apelada estipulou competência do Ibama para o licenciamento do projeto da Hidrovia com a elaboração de EIA-Rima para todo o projeto, aí incluído o Porto de Morrinho.

Contudo, verifica-se nos autos que alguns empreendimentos já existiam antes do dito projeto.

A título de exemplo, o terminal operado pela Urucum existe desde o ano de 1955 e o da Mineração Corumbareense opera desde 1979. Nessa época ainda não havia o projeto da Hidrovia.

Os empreendimentos antigos, licenciados antes do projeto, não são atingidos pela eficácia da coisa julgada.

A proibição de licenciamentos parciais para a implantação da Hidrovia é restrita aos novos portos e terminais. Isto se dá em razão de três motivos: primeiro, o ato de licenciamento foi vigente no tempo, de sorte que *tempus rigit actum*; segundo, não é razoável se desconsiderar atos jurídicos praticados no passado e causar transtorno administrativo; terceiro, a suspensão dos licenciamentos concedidos podem causar prejuízo à regras, pois estaria inviabilizada transporte de carga que ali se faz há muitos anos.

Esta Corte já enfrentou esta questão quando a matéria era da competência da antiga Quarta Turma e restou decidido que:

“(…) o que estava funcionando deveria continuar funcionando. Assim os portos e terminais deveriam continuar operando, como vêm operando há anos; as dragagens rotineiras deveriam continuar a ser feitas. Proibida ficou a construção de novos portos e terminais, de dragagens profundas, de estradas de acesso, tudo isso com o propósito de viabilizar a implantação da Hidrovia Paraguai-Paraná.

As licenças já concedidas pelo Ibama, no percurso da Hidrovia Paraguai-Paraná, não poderiam ter sido invalidadas, como fez o MM. Juiz a quo, pois, como argumentava o Ibama, causará certamente prejuízo a região do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, já que as licenças concedidas implicam viabilidade do escoamento das mercadorias pelo hidrovias que abastece não só a região brasileira mas também a Bolívia e outros países limítrofes a Região, dentre eles a Argentina.

Demonstrado ficou que a suspensão dos licenciamentos já concedidos pelo Ibama causa grave prejuízo a economia pública à região, pois inviabiliza o transporte de carga pela hidrovias Paraguai-Paraná. Como também haverá prejuízo com a proibição da renovação desses licenciamentos ou de novos licenciamentos com esse objetivo. As licenças ambientais que já foram dadas pelo Ibama para dragagem rotineira de manutenção da Hidrovia Paraguai-Paraná, ou Via Natural Navegável do Rio Paraná estão valendo”.

Se novos projetos dessas empresas forem levados

a cabo para se entregarem ao projeto da Hidrovia, então terão que se submeter ao licenciamento integrado, não há sentido de se acabar os terminais portuários existentes no passado, pois tal significaria o fim das atividades cujas licenças foram deferidas há muito tempo.

Da consulta prévia à população diretamente atingida pelo empreendimento

A sentença condenou o Ibama a ouvir e considerar a vontade das populações diretamente atingidas pela obra quanto à permissão para a sua instalação e operação.

Apelam a União e o Ibama sob o argumento de que não há previsão legal para tal obrigatoriedade, uma vez que nem mesmo a Constituição criou tal condicionante quando tratou da matéria, limitando-se a impor a necessidade de se dar publicidade aos estudos de impacto ambiental, em seu artigo 225, inciso IV.

A audiência pública está prevista no art. 11, § 2º da Resolução Conama nº 01/86:

“Artigo 11 – Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o Rima será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da Sema e do estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica,

(...)

§ 2º – Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do Rima, o estadual competente ou o Ibama ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do Rima.”

A matéria foi disciplinada pela Resolução Conama nº 9/87, aprovada na 15ª reunião ordinária do Conselho, porém, só foi referendada pelo seu presidente por ocasião da 24ª Reunião realizada em 28 de junho de 1990, só entrando em vigor em 05/07/1990 (data da publicação), com o seguinte teor:

“O Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama, no uso das atribuições que lhe conferem o Inciso II, do Artigo 7º, do Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, e tendo em vista o disposto na Resolução/conama/N.º 001, de 23 de janeiro de 1986, resolve:

Art. 1º – A Audiência Pública referida na Resolução/conama/N.º 001/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido Rima, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

Art. 2º – Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

§ 1º – O Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do Rima, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública.

§ 2º – No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade.

§ 3º – Após este prazo, a convocação será feita pelo Órgão Licenciador, através de correspondência registrada aos solicitantes e da divulgação em órgãos da imprensa local.

§ 4º – A audiência pública deverá ocorrer em local acessível aos interessados.

§ 5º – Em função da localização geográfica dos solicitantes, e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto de respectivo Relatório de Impacto Ambiental - Rima.

Art. 3º – A audiência pública será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo Rima, abrirá as discussões com os interessados presentes.

Art 4º – Ao final de cada audiência pública será lavrada uma ata sucinta.

Parágrafo Único – Serão anexadas à ata, todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos durante a seção.

Art. 5º – A ata da(s) audiência(s) pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o Rima, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto.

Art. 6º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

Como se vê, tais resoluções dão os direcionamentos necessários à realização das audiências públicas para expor o conteúdo do EIA/Rima aos cidadãos interessados. Cumpre ressaltar a resolução determina, em seu art. 2º, que, quando for solicitado por entidade

civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o “órgão de meio ambiente” promoverá a realização de audiência pública. Não há como desconsiderar, contudo, a manifestação da população atingida para o efeito, inclusive, de se reduzir os eventuais impactos.

Não se trata, portanto, de mera liberalidade por parte do órgão competente, mas de medida vinculada às referidas solicitações.

Como determinado no art. 5º, o objetivo da consulta é embasar o parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto.

Assim, a vontade das populações diretamente atingidas deve ser considerada, cabendo ao órgão licenciador valorar o conteúdo das sugestões e críticas apresentadas, de modo ensejar maior amparo à decisão, ou seja, a consulta se faz necessária não para o fim de vincular o futuro posicionamento do órgão ambiental, mas para permitir uma motivação mais completa a embasar a decisão.

O professor Paulo Affonso Leme Machado tece os seguintes comentários a respeito:

“A possibilidade de a população comentar o Epia foi – desde a concepção deste instrumento de prevenção do dano ambiental – um de seus mais importantes aspectos. Pode não ocorrer efetiva participação do público pela ausência de comentários; contudo, não se concebe EPIA sem a possibilidade de serem emitidas opiniões por pessoas e entidades que não sejam o proponente do projeto, a equipe multidisciplinar e a Administração.

(...)

O Epia somente poderá conseguir êxito em sua missão de prevenção do dano ambiental se a Administração Pública mostrar-se aberta à participação do público nesse procedimento. Além dos mecanismos legais que permitem a participação, há que ser mantida pelos servidores públicos – responsáveis pela análise do Estudo de Impacto – a preocupação em conhecer e valorizar os argumentos da população envolvida e atingida pelos possíveis efeitos do projeto – esse posicionamento administrativo irá dimensionar o sucesso ou o fracasso do Epia.

A fase de comentários e a Audiência Pública caracterizam formalmente o relacionamento da Administração Pública com a população no procedimento do Epia. Mas evidentemente, a resolução do Conama e os outros documentos legislativos não podem tudo prever. De nada adiantaria serem pre-

vistos comentários que não fossem suficientemente sopesados e respondidos. Seria mera aparência uma Audiência Pública, quando a decisão já estivesse tomada e não se permitisse nessa audiência a colheita de elementos de prova, trazidos por pessoas que não pertencem à equipe multidisciplinar.”¹⁷

Esta Corte já pronunciou-se sobre os objetivos das audiências públicas:

“Ambiental. Processual Civil. Hidrovia Tocantins/Araguaia. Eia/Rima. Audiências públicas. Suspensão. Laudos técnicos para composição dos estudos ambientais. Apontados indícios de falsificação por matéria jornalística. Tutela antecipada. Pressupostos. Ausência. Periculum in mora inverso.

1. A alegação de indícios de falsificação em alguns laudos, com base em notícias jornalísticas, realizados por biólogos e antropólogos, que compõem o conjunto de estudos ambientais não são suficientes para impedir a realização de audiência pública, justamente programada para apresentação, discussão, críticas e sugestões do estudo de impacto ambiental da construção de hidrovia.

2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

3. Agravo regimental prejudicado.”

(AG 1999.01.00.100601-3/MT, Rel. Juiz Federal Vallisney De Souza Oliveira, Quinta Turma, DJ de 02/02/2006, p.45)

Não se trata, contudo, de condicionar o resultado à aprovação ou não da população afetada, pois isso significaria erigir a consulta popular a um patamar maior do que aquele no qual a legislação lhe colocou.

Da condenação em honorários advocatícios

A sentença condenou os requeridos ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor atribuído à causa.

É de se ressaltar que o valor dado à causa inicialmente, R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) foi objeto de controvérsia, tendo a Quinta Turma, no acórdão proferido nos autos do AGnº 2002.01.00.026899-0/MT reduzido o respectivo valor a R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). Confira-se a ementa do acórdão:

“Processual Civil. Ação civil pública. Valor da causa. Aleatório. Necessidade de alteração.

¹⁷ Op. cit. págs. 241 e 258.

1. O Ministério Público Federal ao atribuir à causa o valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) utilizou-se de critério aleatório, embora sejam vários os pedidos formulados na ação civil pública.

2. Razoável nova fixação do valor da causa para R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) que é o valor total do empreendimento, conforme reconhecido pelo Ministério Público Federal ao valor na ação cautelar preparatória, valor que a Agravante quer ver adotado também na ação civil pública.

3. Agravo de instrumento provido.”

(AG 2002.01.00.026899-0/MT, Rel. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus (conv), Quinta Turma, DJ de 25/11/2003, p.72)

Na ocasião, o Relator Convocado, Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus, teceu as seguintes considerações:

“Evidencia-se que, no caso, não há como precisar o conteúdo econômico da demanda, pois ele passa necessariamente pelo valor total do empreendimento, inclusive, da implementação do Porto de Morrinhos, bem como dos demais pedidos formulados.

Entretanto, o agravado, ao estimar o proveito econômico da causa, atribuiu-lhe valor extremamente aleatório, de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), mormente se consideramos que os atos da Administração presumem-se revestidos de legalidade.

Como efeito, como na ação cautelar preparatória da referida ação civil pública (fl. 23-40), o agravado entendeu que o valor total do empreendimento é R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões) de reais, este é o valor que mais se aproxima do valor da causa na ação principal, devendo, portanto, ser alterado aquele inicialmente atribuído.”

Assim, estando patente que o valor da causa restou estabelecido em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), passo a apreciar a questão dos honorários advocatícios.

Por força de expressa disposição constitucional (CF, art. 129, III), o Ministério Público tem, entre as várias funções institucionais que lhe foram cometidas, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos.

O Professor José dos Santos Carvalho Filho comenta que a institucionalização de tais funções pela Constituição “torna a posição do Parquet de cunho nitidamente diverso do que caracteriza as demais pes-

soas administrativas legitimadas para a ação.”¹⁸ e acrescenta:

“(…) A posição do Ministério Público na ação civil pública tem que ser tratada de forma especial, porquanto, já o vimos, peculiar é o papel que desempenha na defesa dos interesses transindividuais. Por isso mesmo é que algumas decisões, na mesma esteira, negaram a pretensão honorária contra o Ministério Público no caso de improcedência, fundamentadas também na circunstância de que é vedado a seus órgãos receber honorários; por simetria, assim como não podem recebê-los, também não poderiam tê-los fixados contra si.”¹⁹

A jurisprudência do STJ orienta-se na linha de que os honorários advocatícios são indevidos, pois ao Ministério Público é vedada sua percepção por força do art. 128, § 5º, II, “a” da Constituição, ressalvando-se o disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85, no sentido de que somente há condenação de honorários quando o autor for considerado litigante de má-fé. Confira-se:

“Processo Civil. Ação civil pública. Honorários advocatícios. Ministério Público autor e vencedor.

1. Na ação civil pública, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85, com redação dada ao art. 17 pela Lei 8.078/90.

2. Somente há condenação em honorários, na ação civil pública, quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários.

3. *Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública.*

4. Recurso especial improvido.” (RESP 493.823/DF, Relator Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15/03/2004, Pg. 237, grifos ausentes no original)

Em seu voto, afirmou a eminente relatora:

“A Lei 7.347/85 teve o art. 17 alterado pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), passando o então parágrafo único a ser o caput do art. 17, assim redigido:

‘Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela

¹⁸In “Ação Civil Pública”, 3ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, pg. 434.

¹⁹Idem, pg. 436.

propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.’

O artigo transcrito tem a mesma redação do art. 115 da Lei 8.078/90 (CDC) e está relacionado com o seguinte, o de número 18, não sendo demais transcrevê-lo:

‘Art. 18. Nas ações de que trata esta Lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.’

Verifica-se, pelos dispositivos transcritos, que, em matéria de ação civil pública, a imposição de honorários foge inteiramente às regras do CPC.

O estatuto processual atual inovou inteiramente o diploma antecedente, cuja condenação em verba de patrocínio tinha caráter nitidamente sancionatório impondo, genericamente, o art. 20 – honorários sucumbenciais em qualquer ação.

Apesar dos termos peremptórios do art. 20 do CPC, sofre o princípio mitigações, por força de previsões legais específicas, principalmente aquelas voltadas à tutela de interesses sociais ou garantidoras de direitos inerentes ao exercício pleno da cidadania, tais como: ação popular, ação civil pública, ação civil por ato de improbidade, ação mandamental, Código de Defesa do Consumidor, etc.

Na específica previsão da ação civil pública, deixou o legislador bem claro que não pretendia impor sucumbência ao autor, mesmo quando vencido. Daí só impor honorários quando comprovada a litigância de má-fé. Os arts. 17 e 18 da Lei 7.347/85 são diretos e claros ao estabelecerem que as despesas, emolumentos e honorários só serão imputados ao autor vencido na ação civil quando houver litigância de má-fé.

A atuação do Ministério Público enseja a que seu representante possa assumir a posição de autor (art. 81 do CPC); de substituto processual, como ocorre na ação civil pública; ou de representante ou assistente da parte, como ocorre em relação aos processos de alimentos, pedido de alvará, etc.

O princípio que informa a ação civil pública é exclusivo para as associações, ou se estende a todos os legitimados ativos? Duas correntes tratam do tema: A primeira restringe o alcance do dispositivo às associações civis, sendo imposta a regra geral do CPC aos demais legitimados, inclusive o Ministério Público. Nesse sentido o magistério de Hugo Nigro Mazzilli e Rodolfo de Camargo Mancuso.

A segunda corrente prega a extensão do disposto no art. 18 a todos os legitimados ativos, por-

que a lei especial afasta por inteiro a regência geral do CPC.

Observe-se que esta última posição deixa em desvantagem o réu vencedor da demanda intentada pelo Ministério Público, vencido na mesma. Como réu, teve ele de constituir advogado, contratar e pagar honorários para, ao final, vencedor, nada receber.

Daí ser majoritária a corrente restritiva e literal, impondo ao parquet a imposição de honorários quando vencido na ação civil pública.

A posição doutrinária ambígua não se reflete na jurisprudência do STJ, visto que a Corte maciçamente vem se posicionando pela incidência do art. 18 da Lei 7.347/85, ou seja, o Ministério Público não está obrigado a pagar honorários. Neste sentido são os julgados:

‘Sucumbência. Ação civil pública. Ministério Público. Precedentes.

1. O fato de o Ministério Público figurar no pólo ativo da ação civil pública não afasta a incidência do art. 18 da Lei nº 7.437/85, na linha de precedentes da Corte

2. Recurso especial conhecido e provido.’

(REsp 220.549/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, julgado em 16/5/2000, DJ de 1/8/2000)

Processual Civil. Ministério Público. Honorários.

1. O Ministério Público só merece ser condenado ao pagamento da verba de honorários advocatícios, quando atua como órgão público visando defender direito individual indisponível - a proteção à saúde do cidadão, se ficar comprovado que agiu de má-fé.

2. Não se justifica a condenação em honorários advocatícios só pelo fato do Ministério Público ter sido considerado parte ilegítima para a ação.

3. Recurso provido.’

(REsp 209.413/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado em 22/6/1999, DJ de 16/8/1999)

No mesmo sentido anote-se: REsp 57.162/MG, Relator o Senhor Ministro Pádua Ribeiro, DJ de 25/11/96; REsp 164.462/SP, Relator o Senhor Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 15/6/98; REsp 183.089/SP, Relator o Senhor Ministro Gomes de Barros, DJ de 1º/7/99; AgRgREsp 204.951/SP, Relator o Senhor Ministro Gilson Dipp, DJ de 16/8/99; REsp 198.827/SP, Relator o Senhor Ministro José Delgado, DJ de 26/4/99.

Dentro de critério de absoluta simetria, se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los.

Se os honorários de sucumbência têm por finalidade remunerar o trabalho do

advogado e se eles pertencem, por destinação legal, ao profissional, não podem ser auferidos pelo Ministério Público, seja por vedação constitucional (art. 128, § 5º, II, letra “a”), seja por simetria, seja porque a atribuição de recolhimento aos cofres estatais feriria a sua destinação.” (grifos ausentes no original)

Assim, sendo vencedor na ação civil o Ministério Público, não é cabível a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que, como parte autora, o Ministério Público não terá adiantado qualquer valor correspondente a despesas processuais (nada tendo o réu a reembolsar). Além disso, tendo em vista que a propositura da ação civil pública constitui função institucionalizada, uma das razões pela qual dispensa patrocínio por advogado, não cabe também o ônus do pagamento de honorários.

O mesmo raciocínio se aplica às custas, uma vez que o artigo 18 da Lei 7.347/85 é expresso ao estender a elas a isenção de pagamento, salvo comprovada má-fé.

Conclusão

Pelo exposto, dou parcial provimento às apelações para os seguintes efeitos:

a) os portos em Corumbá e Ladário/MS, os terminais das empresas Mineração Corumbaense Reunida S/A, Cimentos Itaú S/A, Urucum Mineração S/A e Granel Química Ltda.; em Cacéres/MT, os terminais das empresas Docas do Mato Grosso Ltda. e Bunge Alimentos S/A terão somente licenciamento integrado se fizerem novas obras para integração ao projeto da Hidrovia.

b) honorários advocatícios e custas indevidos em função do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 128, § 5º, II, “a” da Constituição;

É como voto.

Voto Agravo Retido

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, também não conheço do agravo retido da Urucum, acompanhando o Relator pelas mesmas razões.

Voto Vogal Agravo Retido

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Acompanho o voto do Relator e da Desembargadora Selene de Almeida, negando provimento ao agravo retido.

Voto Vogal Preliminar

Extinção do Processo

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Em que pese a bem fundamentada abordagem feita pela ilustre Revisora, rejeitando a preliminar, pois Sua Excelência a aprecia como mérito, sigo a linha do voto do Relator, na conformidade do entendimento exposto amplamente em seu voto.

Voto Vogal Preliminar

Suscitada pela Macro

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Acompanho o Relator e, de resto, o voto da Revisora, rejeitando a preliminar suscitada por Macro Logística Consultoria S/C Ltda.

Voto Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Dou provimento parcial às apelações e à remessa oficial, porque estou restringindo o dispositivo da sentença. Deixo de condenar em honorários de advogado, primeiro, em face da natureza da causa; segundo, porque há sucumbência recíproca.

Esclarecimento

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, queria destacar, ainda, que vislumbrei umas duas ou três preliminares, porque este processo é pródigo em preliminares. Submeto à apreciação de Vossas Excelências duas ou três preliminares para evitar futuros embargos de declaração. Fiz também um relatório, que me abstenho de ler, pois o Relator já fez uma exposição bastante circunstanciada, os advogados

também já fizeram um esclarecimento sobre a matéria fática, de forma que me vou dispensar de lê-lo.

Voto Preliminar

(Intespetividade da apelação do Fema)

Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Digo: “Cumpra examinar a preliminar suscitada (...) [lê] (...) Rejeito a preliminar de intempestividade argüida pelo *Parquet* com relação à apelação do Ibama, da Fema e da Mineração Corumbaense Reunida S/A.”

Voto Preliminar

(Intempestividade da apelação do Fema)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente, penitenciando-me por não ter detectado essa preliminar, acompanho a Revisora, Desembargadora Federal Selene de Almeida, afastando a intempestividade da apelação da Fema.

Quanto às demais empresas, as apelações ficaram prejudicadas com a preliminar em que fui vencedor.

Ratificação de Voto Preliminar

Extinção do Processo

Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Sim, há uma preliminar aqui, de nulidade de julgamento por julgamento antecipado da lide, mas como o Relator e Vossa Excelência, Senhor Presidente, consideraram as partes ilegítimas, esta questão da nulidade por ausência de prova restou prejudicada no meu voto. Então, não vou ler, porque as partes, as empresas, que têm portos já em funcionamento há tempo, argüiram, além da preliminar de ilegitimidade, também a nulidade da sentença em virtude de não-produção de provas, em razão de ter o Meritíssimo Juízo *a quo* decidido a lide antecipadamente. A apreciação minha dessa preliminar de cerceamento de defesa resta prejudicada em face de a Turma ter, por maioria, acolhido a preliminar

de ilegitimidade.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A primeira parte é outra coisa.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Sim. Mas tem uma outra.

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — De ilegitimidade da Macro Logística?

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Isso. Esta também já foi apreciada.

Voto Vogal Preliminar

Intempestividade da apelação do Fema

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Acompanho os votos da Revisora e do Relator quanto à preliminar de intempestividade.

Voto Preliminar

(Julgamento *Extra Petita*)

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Também estou rejeitando, e acho que aqui vou ficar vencida, a preliminar de julgamento *extra petita*, pelas razões dadas pelo eminente Relator. A petição inicial é confusa, e o Ministério Público não se faz claro no decorrer da lide, de sorte que nunca se sabe exatamente a extensão do pedido. Por isso considereirei que o juízo *a quo* não procedeu ao julgamento *extra petita*.

Retificação de Voto Preliminar

(Julgamento *Extra Petita*)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente, quando suscitei a segunda preliminar, de ausência de interesse processual, em relação a empresas já estabelecidas na hidrovía quando se cogitou de um “projeto” com o nome de Hidrovía Paraguai-Paraná, em nota de rodapé já observei que a questão poderia também ser examinada sob o ângulo do julgamento *ultra petita*, se se entendesse que o pedido, interpretado em consonância com a argumentação, é restrito a novos empreendimentos. Mas considereirei isso

apenas como observação, em nota de rodapé, porque optei pela primeira alternativa: a ausência de interesse processual em relação àquelas empresas. Afastei, portanto, implicitamente, a hipótese de julgamento *ultra petita*. Só fiz a observação.

Desse modo, também nesse ponto, reapreciando a questão, adiro ao voto da ilustre Desembargadora Federal Selene de Almeida. Não há julgamento *ultra petita*.

Voto Vogal Preliminar

Julgamento *Extra Petita*

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Acompanho a Desembargadora Federal Selene de Almeida.

Voto Vogal Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Desde quando estava lendo o relatório elaborado pelo ilustre Relator, meu pensamento já se inclinava no sentido de restringir a sentença. E, posteriormente, com o voto do Relator, e após ouvir o voto da Revisora, chego à exata conclusão do Relator, entendendo que o comando da sentença deve ser limitado, de sorte a manter a competência administrativa do Ibama para apreciar o pedido de licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos apenas e tão-somente por ocasião da apreciação de pedidos de licenciamentos das adaptações subseqüentes da hidrovia a um novo fluxo de embarcações e cargas que o novo porto provocará no trecho que atravessa o Pantanal Matogrossense, dependendo tal licenciamento, ainda, de prévia autorização do Congresso Nacional para a intervenção em áreas indígenas.

Dessa sorte, pedindo vênua à ilustre Desembargadora Federal Selene de Almeida, acompanho o voto do Relator.

Esclarecimentos

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Resta saber se está coincidindo no todo com o voto do Relator.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Parece-me que não. Sua Excelência deu parcial provimento à apelação em maior extensão. No mérito, só tiro os honorários advocatícios. No mais, mantenho integralmente a sentença. Claro, há aquela parte dos terminais antigos, mas que não está agora sendo objeto de julgamento, porque Vossas Excelências apreciaram como condição da ação. No mais, tirando aquela parte não está em julgamento, mantenho a sentença recorrida *in totum*, salvo honorários.

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Gostaria de fazer, primeiramente, uma indagação ao Relator quanto à previsão de execução das obras. No Porto de Morrinhos, que é o *punctum dolens* da questão — aliás, não é só o Porto de Morrinhos, mas ele é o principal ponto —, as obras estão em execução?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Não, ainda não. Foi interrompido o processo de licenciamento.

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — A previsibilidade da execução das obras ao longo do Rio Paraguai...

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A distinção entre meu voto e o voto da Desembargadora Selene é a seguinte: a Desembargadora acolheu a perspectiva de que a hidrovia Paraguai-Paraná é uma obra única, incindível. Então, todos os seus portos, as estradas de acesso a esses portos, a dragagem do rio e outras parcelas são consideradas de forma conjunta. Há que ser feito um Estudo Prévio de Impacto Ambiental e um Relatório de Impacto Ambiental considerando os 3.440 km, aliás, a parte que se situa dentro do território nacional (não sei exatamente quantos quilômetros são). A União, em sua apelação, diz que inicialmente foram previstas duzentas e tantas obras na hidrovia, sendo 12 portos e mais duzentas e tantas outras obras. Pedi aos ilustres advogados da União, que me visitaram na sexta-feira, que, se fosse possível, me trouxessem especificamente quais seriam essas obras. Prometeram-me, mas não cumpriram. Pedi que o Ministério Público juntasse o noticiado “Plano Brasil em Ação”, mas não atendeu. Teria que pesquisar, mas sou o juiz da causa, não o autor da ação. Pretendia saber, exatamente, em termos concretos, quais são as obras que constituem esse conjunto de duzentas e tantas obras que formam a hidrovia Paraguai-Paraná.

Voltando, então, a Desembargadora Selene con-

siderou isso como um todo, um universo incindível; o EIA/Rima deve ser feito em todo esse conjunto, com a competência do Ibama para sua realização. Vem a pergunta: quem vai fazer esse EIA/Rima? Não é só uma empresa; quem vai custear esse EIA/Rimas, que são processos realmente caros? A Constituição exige o EIA/Rima e o Ibama deve fazer, não importa que seja com recursos públicos ou com recursos privados dos interessados na obra, esta é a conclusão da Desembargadora Selene. A Desembargadora Selene entende que o Porto de Morrinhos só pode ser liberado no conjunto chamado hidrovía Paraguai-Paraná como um todo; é apenas uma parcela. Entendo que o Porto de Morrinhos pode ser liberado, partindo do pressuposto de que não há, em tese, essa obra chamada hidrovía Paraguai-Paraná. O Tratado de Santa Cruz de La Sierra fala em melhoramento gradativo da hidrovía; não há previsão de uma construção conjunta, internacional, transfronteiriça, dessa hidrovía de 3.440km, como se fosse algo para ser inaugurado num dia só. Prevê o melhoramento gradativo da hidrovía, cuja primeira obra é o Porto de Morrinhos, no município de Cárceres.

Minha perspectiva é diferente. Como não há essa previsão de um universo chamado hidrovía Paraguai-Paraná, mas, sim, de parcelas, estágios, para se chegar ao objetivo final, que não será num dia único, será no futuro, de forma gradativa, entendo que pode, então, ser liberado o Porto de Morrinhos, mas não isoladamente como quer a União. Pode ser liberado, mas concomitantemente com a liberação das adaptações indispensáveis para o fluxo de carga que o porto propiciará, que sua construção representará, que é aquele aumento de 400 mil para 2 milhões de toneladas, e diminuição do tempo no trecho entre Cárceres e Corumbá, de 6 para 2 dias. É absurdo a União dizer que não vai representar alteração porque vai, o bom senso diz isso, não há necessidade de aprofundamento técnico.

Então, pode-se liberar o Porto de Morrinhos. É um projeto relativamente isolado, mas só pode ser liberado se concomitantemente forem liberadas as adaptações que sua construção implica. Ou seja, em termos mais concretos, não imagino que os outros 11 portos, que serão construídos, tenham que ser liberados ao mesmo tempo; penso que não; é só a liberação do Porto de Morrinhos e das conseqüências que traz para a hidrovía, na parte que corta o Pantanal. Procurei encontrar quais seriam essas obras que precisam ser construídas, mas não encontrei. Os autos não for-

necem essa informação, a não ser aquele caso em que a Desembargadora Selene foi Relatora, a liberação de uma dragagem junto a reserva indígena, dentro do Pantanal. Aquela obra, sim, está prevista, é uma iniciativa concreta. E também no Plano Brasil em Ação, atualmente Plano de Aceleração do Crescimento, de que tanto se fala na imprensa e que está aqui em meu voto, há uma previsão de recursos destinados a obras da hidrovía Paraguai-Paraná. Leio: “Previsão de incremento em transporte 2007/2010, parte do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC para o Centro-Oeste, inclui a obra de dragagem e derrocagem da hidrovía Paraguai-Paraná”. Mas os valores estão incluídos em uma quantia destinada ao Plano de Aceleração do Crescimento, sem especificação.

Concluindo, restringi a sentença neste ponto. Não penso que deva haver um EIA/Rima de toda a hidrovía, incluindo portos, estradas, dragagens, balisamento etc. Deve ser feito o EIA/Rima do Porto de Morrinhos, mas concomitante com EIA/Rimas sobre a adaptação da hidrovía, no Pantanal, ao porto que se pretende construir para aumentar o fluxo de embarcações e carga naqueles limites que são previstos.

Aditamento ao Voto Preliminar

(Julgamento *Extra Petita*)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Senhor Presidente, gostaria que ficasse registrada a questão do “julgamento *ultra petita*”. É que minha preliminar de falta de interesse em relação às empresas prejudicou a apreciação sob esse ângulo. Vou rejeitar também, mas sob esta consideração.

Acompanhei a Revisora, mas com este fundamento de que a preliminar de julgamento *ultra petita* ficou prejudicada com o acolhimento da preliminar de ausência de interesse.

Sexta Turma

Apelação Cível

1998.01.00.085337-3/MG

Relator : O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dra. Gleida Maria Vilela Parma e outros
Apelada: Mônica Pereira Calhau Gouvea
Advogados: Dr. Renan Kfuri Lopes e outros
Publicação: DJ 2 de 08/10/2007

Ementa

Civil. Responsabilidade civil. Caixa Econômica Federal. Acidente de trabalho. Sequelas permanentes. Aposentadoria por invalidez. Pensão mensal. Dano material e moral. Indenização. Valor.

I – A invalidez resultante de acidente de trabalho em razão de doença ocupacional (LER/DOT), decorrente de culpa do empregador, gera para este o dever de indenizar, pelos danos materiais e morais sofridos, os quais podem ser cumulados com pensão mensal vitalícia.

II – A fixação do quantum da indenização é questão que atormenta o julgador, já que inexistem parâmetros objetivos para tanto, não devendo ser estabelecida em valor excessivo que leve ao enriquecimento sem causa, não podendo, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie.

III – Devem, pois, ser considerados diversos fatores, como a repercussão externa do ato danoso, assim como as circunstâncias pessoais e condições econômica e social, familiares e de personalidade da vítima.

IV – Hipótese em que a indenização foi fixada em valor excessivo (duzentos salários de caixa-executivo), pelo que merece ser reduzida.

V – Sentença reformada, em parte.

VI – Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 27/08/2007.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —
Mônica Pereira Calhau Gouvea ajuizou ação de indenização por acidente do trabalho contra a Caixa Eco-

nômica Federal, formulando os seguintes pedidos de condenação da ré (fl. 11):

(...)

→ no reembolso das despesas com os trata-

mentos fisioterápicos em clínicas e profissionais especializados já realizados, devidamente corrigidos desde os respectivos desembolsos, mais juros de 0,5% ao mês até a quitação;

→ ao pagamento das despesas com os tratamentos fisioterápicos em clínicas e profissionais especializados enquanto se fizerem necessários, tudo isto relativo à debilidade física enfocada nestes autos;

→ numa pensão mensal correspondente a 30% (trinta por cento) do salário recebido pela suplicante a partir de sua antecipada aposentadoria, corrigido o atrasado a partir da data do recebimento da primeira pensão, mais juros de 0,5% ao mês, até quando completaria 30 (trinta) anos de serviços prestados (que lhe daria direito à aposentadoria por tempo de serviço) a título de reparação pela depreciação acarretada sobre a suplicante oriunda da abrupta interrupção de sua carreira profissional com perdas no fundo de garantia, férias prêmio (*sic*), promoções e as vantagens canceladas com o prematuro encerramento do seu ofício (arts. 159 e 1.539 do C. Civil), a ser apurada as verbas acima em liquidação de sentença;

→ a ressarcir por *danos morais* em virtude da lesão gravíssima psíquica e estética que vitimou a autora a quantia certa de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), art. 5º, inc. V e X da C.F., corrigidos a partir do ajuizamento da presente ação;

→ a arcar a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre a condenação total acima apurada.

Alegou para tanto, em resumo, que, em 31 de agosto de 1992, assumiu, em caráter de titularidade, a função em confiança de *caixa-executivo*, lotada na agência Savassi da ré, cuja jornada de trabalho seria de 6 (seis) horas diárias, iniciando-se às 10h e terminando às 16h. Contudo, em razão das funções exercidas, era obrigada a chegar ao local de trabalho às 9h45min, prolongando o expediente até às 17h, quando era fechado o caixa.

Acrescentou que, além das atividades próprias de caixa bancário, executava outras tarefas que lhe eram atribuídas pela gerência, desempenhando-as “com esforços repetitivos e de grande intensidade em longas jornadas ininterruptas, em condições inadequadas para qualquer ser humano”, do que resultou ser acometida de “LER” (Lesão por Esforço Repetitivo), circunstância que foi comunicada ao INSS, que a submeteu a intenso tratamento fisioterápico no período de dezembro

de 1994 a início de abril de 1995, tendo a perícia, nessa oportunidade, concluído que a autora estava impedida de exercer sua atividade profissional, conclusão que se tornou definitiva em julho de 1996, quando foi aposentada por invalidez decorrente de acidente do trabalho.

Regularmente processado o feito perante o Juízo da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, foi proferida sentença (fls. 278-286), julgando parcialmente procedente o pedido e condenando a ré “a pagar à autora uma pensão mensal vitalícia no valor correspondente a 30% (trinta por cento) do salário recebido pela requerente a partir de sua antecipada aposentadoria, acrescida da gratificação natalina anual, corrigida monetariamente, de acordo com a variação do IPC no período, a contar da data da concessão da aposentadoria por invalidez (STJ – Súmula 43), corrigidas as parcelas atrasadas até a data do efetivo pagamento, acrescida dos juros de mora à taxa de seis por cento ao ano, contados igualmente da data do evento danoso (STJ – Súmula 54), até quando completaria 30 (trinta) anos de serviços prestados, sem prejuízo da indenização por dano moral puro”, a qual foi arbitrada “em 200 (duzentos) salários (correspondente a cada um deles a remuneração mensal de um caixa executivo em atividade) e dos danos materiais conforme apurar-se em liquidação de sentença, por arbitramento”. Condenou a ré, ainda, ao pagamento dos honorários de advogado, que foram arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Houve apelação da Caixa Econômica Federal (fls. 288-319), em cujas razões foi alegado, preliminarmente, julgamento *ultra petita*, ao argumento de que a sentença deferiu parcela correspondente à gratificação natalina anual, não constante do pedido.

Quanto ao mérito, a apelante discorreu, em longas razões, acerca da inexistência de responsabilidade sua pelo evento danoso, sustentando a inexistência de prova do nexo de causalidade entre o seu procedimento e a incapacidade da requerente, não demonstrada, portanto, culpa sua pelo evento. Defendeu, por conseguinte, a inexistência do dever de reparação dos danos material e moral, argumentando que “*acidentes sem culpa ou dolo, não geram responsabilidade civil, e nem o dever de indenizar*” (fl. 306). Impugnou, por outro lado, o valor arbitrado a título de indenização pelo dano moral, que considera excessivo, já que equivale, segundo afirmou, a mais de 2.500 salários mínimos, sendo, por-

tanto, além de excessivo, arbitrário.

No que se refere à condenação pelos danos materiais, afirmou a apelante que a condenação ao pagamento de pensão mensal vitalícia, cumulada com a reparação pelos danos morais e materiais, representa um *bis in idem*, além do que competia à autora provar a ocorrência do dano material, ao fundamento de que fornece, gratuitamente, “*toda gama de tratamentos de doenças ocupacionais, através do Plano de Escolha Dirigida*, reembolsando ainda, pela Tabela Médica, os tratamentos realizados fora do quadro de credenciados, além de reembolsar os medicamentos utilizados”. (fl. 313).

Postulou, ao final, a reforma total da sentença, com o julgamento de improcedência do pedido, ou, *ad argumentandum*, se diverso for o entendimento desta Turma, “que eventual indenização seja arbitrada em valores *condizentes com a realidade desses autos*” (*sic* – fl. 318).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 321-359), subiram os autos a este Tribunal, o qual, por acórdão proferido pela egrégia Quarta Turma, decidiu, por maioria, pela incompetência da Justiça Federal, determinando a remessa dos autos à Justiça do Trabalho (fls. 362-387).

Opostos embargos infringentes, a Terceira Seção deu-lhes provimento, por maioria, determinando “que os autos sejam redistribuídos à Turma competente, em ordem a ensejar a apreciação do mérito da apelação” (fl. 461), sendo-me distribuídos (fl. 467).

A apelante apresentou memorial mediante petição que foi juntada aos autos (fls. 468-503) e, à fl. 504, requereu a juntada de novos documentos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Sob exame, como visto do relatório, o recurso de apelação interposto pela Caixa Econômica Federal da sentença que a condenou ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes de doença

ocupacional, equivalente a acidente do trabalho, sendo certo que a questão da competência já foi decidida no julgamento dos embargos infringentes, contra o qual não houve recurso.

As alegações da apelante são, em síntese, de falta denexo de causalidade, de inexistência de culpa sua pelo acidente, assim como de que os valores arbitrados são excessivos.

A sentença rechaçou, com propriedade, tais alegações, no que concerne ao nexo de causalidade e à culpa, nestes termos (fls. 280-282):

Como se sabe, para que surja o dever de indenizar basta a comprovação de três requisitos fundamentais:

- a) o dano suportado pela vítima;
- b) o ato culposo do agente;
- c) o nexo causal entre o dano e a conduta culposa.

O autor de uma ação de indenização por ato ilícito tem, pois, de provar os três requisitos acima, pois são eles em seu conjunto, o fato constitutivo que se pretende exercitar em face do réu.

No caso em tela, a triplice concorrência do prejuízo encontra-se documentada nos autos.

Na hipótese em julgamento, conforme se apura das peças do processo (fls 41/45), a prova pericial realizada pelo INSS, por ocasião da concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, certificou a *definitiva* incapacidade do exercício profissional da requerente e, quanto ao quesito se há nexos entre a lesão (doença) e o acidente de trabalho, a resposta foi *positiva*.

De fato, com relação a alegação de que a instituição financeira não fornecia o mobiliário adequado ao desempenho das tarefas, não basta à empregadora para eximir-se da responsabilidade que lhe é imputada alegar, como no caso específico desses autos, que colocava os equipamentos à disposição do obreiro ou que dava palestras, orientava e até determinava que os usasse.

A ocorrência do acidente, com seqüelas graves sobre a pessoa da economizária, vem atestar que ela não dispunha dos equipamentos necessários, ou, se não os estava utilizando, é porque a empresa empregadora não se houve com a indispensável diligência para efetivamente fiscalizar o uso dos equipamentos de segurança.

O mesmo se diga da concessão do intervalo de 10 (dez) minutos para descanso a cada 50 (cinquenta) trabalhados. Não basta alegar que a empregadora descumpriu a determinação porque empresas

*Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues e Neuza Alves (convocada). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente.

do porte da instituição financeira têm, em seus diversos setores de trabalho, supervisores que ficam, ou pelo menos deveriam, ficar atentos à atividade laboral de seus funcionários.

Deveras, é o ambiente de trabalho com mobiliário inadequado, somado à exigência de produtividade que, cedo ou tarde, dependendo do grau de maior ou menor resistência orgânica individual que desencandeia o aparecimento tardio ou precoce da doença profissional de que foi vítima a bancária.

E tanto isto é verdadeiro que a instituição financeira, após o acometimento de outros empregados pela mesma doença passou a se preocupar, desenvolvendo campanhas internas de prevenção como noticiaram as testemunhas.

Foi ouvida, na audiência de instrução e julgamento, uma *testemunha presencial insuspeita*, evidenciando que o evento descrito na petição inicial ocorreu por *omissão* da casa bancária.

Ana Flávia Resende Tobias Batista (fls 227), explica que o acidente foi ocasionado porque o mobiliário era inadequado para as funções de caixa (faltava até cadeira), com carga horária excessiva e, assim descreve o evento:

“a autora trabalhava ininterruptamente havendo somente uma pausa para lanche de aproximadamente 30 (trinta) minutos; a depoente esclarece que até o ano passado quando desligou-se da CEF não havia mobiliário adequado ao exercício da atividade de caixa executivo.”

Narra, ainda, a testemunha que a instituição financeira incentivava a autora (caixa) a dar maior número de autenticações para obter benefícios e vantagens na carreira profissional.

São da testemunha essas palavras:

“havia um sistema de avaliação baseado no número de autenticações que os caixas executivos efetuavam num período de um ano para ao final concorrerem a determinado número de “deltas” que implicava numa vantagem salarial.”

No caso em julgamento, não existe nos autos a prova de efetiva atuação da instituição financeira em caráter preventivo para evitar o evento infortunístico, tampouco a prova de que a bancária tenha sido submetida a treinamento ou a cursos de prevenção.

A conclusão da testemunha é incisiva:

“antes de 1996 não era ministrado pela CEF cursos objetivando a prevenção da LER, além da autora outras pessoas que trabalhavam na mesma unidade também contrairam a LER; não havia à época em que a autora trabalhava o intervalo de 10 (dez) minutos a cada uma hora trabalhada; o mobi-

liário existente na unidade onde trabalhava a autora não era daqueles identificados nas fotografias de fls 173/174.”

Em suma: a prova oral, de forma completa e convincente, roborava, tudo aquilo que a petição inicial descreve e, abordou, com riqueza de pormenores, o desenvolvimento de todo o acontecimento, evidenciando o comportamento *omissivo* da instituição financeira bem como o da vítima nos instantes decisivos que precederam ao acidente e que determinaram a relação causa-efeito. Pelo exame do material de convencimento (fls 222/227), a verdade dos fatos demonstra, sem sombra de dúvida, a contribuição da instituição financeira para a produção do resultado danoso e que tivesse ela envidado esforços para evitar o lamentável acidente.

Ao revés. Há, nos autos, com riqueza de detalhes, a comprovação de que o acidente ocorreu devido a falta de atuação do agente financeiro em caráter preventivo. Portanto, foi a *omissão* da casa bancária a causa preponderante do mal que aconteceu não só a requerente quanto a outros empregados e deve ela responder pelas suas conseqüências.

Irrepreensível, pois, a sentença, ao concluir pela responsabilidade da ré e sobre o seu dever de reparar o dano causado à autora.

No que diz respeito à fixação do valor da indenização pelo dano moral o ilustre juiz sentenciante, depois de citar doutrinadores a respeito do tema, assinalou, *in verbis* (fls. 283-284 e 286):

A dor moral, advertem os tratadistas que se ocuparam do tema, não tem preço. Tampouco pode se dar vulto ao sonho de enriquecimento por intermédio da ação de indenização por dano moral puro.

Como mensurar os danos para a efetiva determinação do *quantum* uma vez que somente em poucas hipóteses o legislador traça ou os parâmetros para a respectiva estipulação, como por exemplo, na lei de imprensa, na lei sobre direitos autorais, e assim mesmo para as situações específicas nelas indicadas?

Tenho que, no caso em tela, como razoável freio ao arbitrio puro e simples do Juiz o recurso à analogia, buscando o intérprete, na falta de norma particular ou específica, o socorro à lei de imprensa.

No caso em destaque, para fixação da indenização deve ser tida em linha de conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a situação e a condição do lesado e a gravidade do dano.

Conforme se apura das peças do processo, a autora, funcionária de empresa pública federal, exercia a profissão de caixa executivo, necessitando higidez física para subsistir, à medida que sobrevivendo a *invalidéz* viu-se excluída do mercado de trabalho, deixando marcas indeléveis na mente da lesada.

Oportuno lembrar que, no caso em tela, a requerente contava à época com 34 (trinta e quatro) anos de idade, sendo certo que a deformidade por ela apresentada *suprimiu*, sem sombra de dúvida, a sua capacidade laboral, além de causar-lhe vexames e constrangimentos.

Com referência à prova oral, a requerente prestou depoimento pessoal (fls. 223/224), narrando, em cores vivas, os percalços do cotidiano. São suas palavras:

“a depoente não consegue realizar qualquer tarefa doméstica estando a demandar concurso de terceiros; a depoente dirige veículos esclarecendo que a direção tem que ser hidráulica pois não consegue manejar o veículo sem esse acessório; a depoente, por exemplo, não consegue segurar um copo em suas mãos sem que lhe cause tremores, bem assim, dores acentuadas na altura das costas e constante cefaléia; os tratamentos que a depoente tem se submetido não tem surtido o efeito desejado levando-a a buscar outros métodos de tratamento objetivando fortalecer a musculação.”

Por isso, estipulo o valor de tal verba, no limite máximo estabelecido na Lei 5250/67 (lei de imprensa), no valor de 200 (duzentos) salários (correspondente cada um à remuneração mensal de um caixa executivo em atividade), para aplacar os desagradáveis efeitos para o lesado de sua *prematu- ra exclusão* do mercado de trabalho.

O valor da indenização ora arbitrada, no limite máximo estabelecido na lei de imprensa, aqui aplicada por analogia, não pode ser considerado excessivo.

(...)

De igual forma, procede a pretensão de arbitramento de uma *pensão mensal vitalícia* calculada em conformidade com a importância do trabalho, para o qual se inabilitou, com fundamento legal no art. 1539, do Código Civil, sem prejuízo da reparação por danos morais e materiais.

No caso vertente, pelos elementos coligidos aos autos, é possível aferir o valor da remuneração mensal da vítima (fls. 99/100), devendo a pensão corresponder a 30% (trinta por cento), do valor percebido pela autora, por força do disposto no art. 1539 do Código Civil, combinado com o art. 159, do mesmo diploma legislativo.

Por isso, à luz do melhor entendimento jurisprudencial sobre o tema - RJTAMG 43/145 -, arbitro o valor da pensão em *trinta por cento da remuneração percebida pela autora a contar da data de sua aposentadoria*, até quando completaria 30 (trinta) anos de serviços prestados, acrescida, inclusive, da *gratificação natalina*, autorizando seja ela consignada em folha de pagamento, em substituição à constituição de um capital, como admitido no art. 602, parágrafo segundo, e art. 20, parágrafo quinto, ambos do Código de Processo Civil.

Quanto a este aspecto da sentença, a apelante alega julgamento *ultra petita*, ao argumento de que não foi pedida a inclusão da gratificação natalina. Sem razão a apelante, pois, embora não tenha constado do pedido inicial referência à gratificação natalina, esta é devida *ex vi legis*.

Passo ao exame das demais questões postas no apelo, quais sejam, a cumulação de pensão mensal com indenização por danos materiais, o que representa *bis in idem*, segundo a apelante, além do valor da condenação pelo dano moral.

Penso que assiste razão, em parte, à apelante, quanto à cumulação deferida pela sentença. Com efeito, a pensão mensal substitui, ao menos parcialmente, a remuneração que a autora deixou de perceber, ao passo que a condenação pelos danos materiais deveria ressarcir aquilo que a apelada teve que desembolsar em decorrência do infortúnio que a acometeu.

Entretanto, a sentença assim estabeleceu essa condenação:

Os danos materiais abrangerão, a seu turno, além das despesas do tratamento, *excluídos* os valores reembolsados pela CEF, neles compreendidos, entretanto, as verbas necessárias à aquisição de medicamentos, assim como os tratamentos fisioterápicos em clínicas e profissionais já realizados e à realizar-se, enquanto se fizerem necessários, bem como lucros cessantes a serem apurados na liquidação de sentença por arbitramento (Código Civil, art. 1539), a título de reparação resultante da abrupta interrupção de sua carreira profissional com perdas no fundo de garantia por tempo de serviço, férias prêmio, promoções e vantagens canceladas.

Logo, se a pensão deveria substituir a remuneração que a autora, ora apelada, deixou de auferir, não se justifica a condenação a título de lucros cessantes, que, segundo a sentença, resultariam “da abrupta interrupção de sua carreira profissional”.

Entendo que pode ser cumulada a pensão mensal com os danos materiais, limitados estes, porém, às despesas com tratamentos efetuados ou por realizar-se, excluídos os valores reembolsados pela CEF.

Quanto ao valor da indenização pelo dano moral, seu arbitramento é tarefa das mais tormentosas para o julgador.

Embora certo que a condenação por dano moral não deve ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie, não pode, entretanto, ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa.

Na hipótese, como visto, a sentença aplicou, por analogia, a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967), fixando a indenização no valor máximo nela previsto, qual seja, duzentos salários.

Penso, todavia, não ser cabível, na espécie, o recurso à analogia, mesmo porque não há qualquer similitude entre o dano causado, no caso, e aqueles que ensejam indenização com base naquela lei, devendo o juiz valer-se de outros elementos e circunstâncias que possam ser aferidos em cada caso, para encontrar o valor da indenização.

A própria sentença transcreve jurisprudência no sentido de que a fixação do valor da indenização “fica ao inteiro arbítrio do juiz, que, não obstante, em cada caso, deve atender à repercussão econômica dele, à dor experimentada pela vítima e ao grau de dolo ou culpa do ofendido” (fl. 285).

No caso concreto, o ilustre juiz sentenciante, apesar de haver recorrido à analogia para fixar a indenização com base na Lei de Imprensa, traçou rumos para o estabelecimento da correta indenização, ao assim se fundamentar (fl. 284):

No caso em destaque, para fixação da indenização deve ser tida em linha de conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a situação e a condição do lesado e a gravidade do dano.

Conforme se apura das peças do processo, a autora, funcionária de empresa pública federal, exercia a profissão de caixa executivo, necessitando da higidez física para subsistir, à medida que sobrevivendo a *invalidéz* viu-se excluída do mercado de trabalho, deixando marcas indeléveis na mente da lesada.

Oportuno lembrar que, no caso em tela, a requerente contava à época com 34 (trinta e quatro) anos de idade, sendo certo que a deformidade por ela apresentada *suprimiu*, sem sombra de dúvida, a sua capacidade laboral, além de causar-lhe vexames e constrangimentos.

Tenho que, com base nessas circunstâncias, o *quantum* arbitrado pela sentença afigura-se excessivo, já que o valor de duzentas vezes a remuneração mensal de um caixa executivo em atividade, como ali determinado, correspondia, segundo cálculo elaborado pela apelante, na época do apelo (1998), a R\$ 333.286,00 (trezentos e trinta e três mil e duzentos e oitenta e seis reais), ultrapassando, ainda segundo o mesmo cálculo, mais de 2.500 salários mínimos.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça tem-se orientado no sentido de afastar indenizações em valores excessivos, mesmo em se tratando de morte. Confira-se, entre outros, o seguinte julgado:

Processual Civil. Administrativo. Recurso Especial. Responsabilidade civil do estado. Acidente de trânsito. Morte. Danos morais e materiais. Suposta ofensa ao art. 83 da Lei 5.108/66. Falta de prequestionamento. Dissídio pretoriano não-demonstrado. Mérito. Alegada violação dos arts. 944 e 945 do cc/2002. Reapreciação de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Indenização. Redução não-autorizada. Valores razoáveis. Precedentes do STJ.

1. Não se conhece da suposta ofensa ao art. 83 da Lei 5.108/66, por falta de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. A divergência jurisprudencial, além da similitude fático-jurídica, deve ser devidamente demonstrada e comprovada (CPC, art. 541, parágrafo único; RISTJ, art. 255), sob pena de não-conhecimento.

3. O TRF da 1ª Região, com base no exame de fatos e provas, concluiu que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, o dano moral e o nexo de causalidade; (III) a recorrente não demonstrou a culpa exclusiva de terceiro; (IV) os valores fixados a título de indenização por danos morais e materiais são razoáveis e proporcionais à lesão.

4. Não se conhece da suposta ofensa aos arts. 944 e 945 do CC/2002, porque o julgamento da pretensão recursal, para fins de se afastar a condenação ou reconhecer a excludente de responsabilidade civil, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide – notadamente para descaracterizar o ato lesivo, o dano, o nexo causal, ou admitir a culpa exclusiva dos motoristas envolvi-

dos do acidente –, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

5. O STJ admite a revisão dos valores fixados a título de reparação por danos morais, mas tão-somente quando se tratar de valores ínfimos ou exagerados. Excepcionalidade não-configurada.

6. Considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização por danos morais de R\$ 45.000,00 e a pensão mensal de três salários mínimos por vítima não são exorbitantes nem desproporcionais à ofensa sofrida pelos recorridos, que perderam os filhos no acidente.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 816577/MG – Relatora Ministra Denise Arruda – DJ de 30.11.2006, p. 160).

Em hipótese similar à que ora se aprecia, decidi aquela Corte que a indenização arbitrada no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) era excessiva, consoante a ementa a seguir transcrita:

Civil. Processual Civil. Recurso Especial. Acidente de trabalho. IER/DORT. Sequelas permanentes adquiridas pela recorrida no desempenho de suas atividades. Aposentadoria por invalidez. Danos materiais. Pensão vitalícia. Termo inicial. Danos morais. Ocorrência. Redução do quantum.

1. As instâncias ordinárias, com base nos elementos probatórios trazidos aos autos, e em sintonia com precedentes desta Corte, concluíram que o benefício previdenciário percebido pela autora, ora recorrida, não afasta nem exclui a responsabilidade da recorrente ao pagamento da verba indenizatória, mediante pensão vitalícia, já que esta vem apenas recompor um prejuízo causado por meio de um ato ilícito, direito este de cunho civil, ao contrário daquela que se ampara no direito previdenciário. Logo, não prevalece a alegação da recorrente de que a percepção da aposentadoria pela autora-recorrida repudia a condenação de pensão vitalícia em virtude de acidente de trabalho. Precedentes desta Corte.

2. Pensionamento vitalício devido a partir de outubro/97, quando a recorrida desligou-se da empresa-recorrente, aposentando-se por invalidez. Precedentes desta Corte.

3. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e o princípios de moderação e razoabilidade, o quantum fixado pelo Tribunal a quo (R\$ 100.000,00) a título de danos morais mostra-se excessivo, não se limitando a justa reparação dos prejuízos advindos do evento danoso. Destarte, ajustando-se o valor ressarcitório aos parâmetros

adotados nesta Corte, assegurando ao lesado correta indenização, sem incorrer em enriquecimento indevido, reduzo o valor indenizatório, para fixá-lo na quantia certa de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp n. 811193/GO – Relator Ministro Jorge ScartezzinI – DJ de 06.11.2006, p. 338).

Penso, pois, que, consideradas as circunstâncias do caso concreto e a jurisprudência mencionada, o valor da indenização deve ser reduzido, afigurando-se razoável a sua fixação em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Tendo sido reduzido o valor da condenação por dano moral, deve este ser atualizado a partir da data do julgamento pelo Tribunal, mantidas as demais condenações impostas, inclusive a verba honorária, que incidirá sobre o montante da condenação ora fixada.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, para limitar a condenação por danos materiais, nos termos da fundamentação, e para reduzir o valor da indenização por dano moral.

É o meu voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Senhor Presidente, estou de acordo com Vossa Excelência, atenta à gravidade do dano que sofreu a autora, mas dentro dos limites da jurisprudência atual do STJ, que para caso de morte e também de tetraplegia não ultrapassa o valor de quinhentos salários mínimos.

Então, no caso, embora grave, não se tratando de morte nem de tetraplegia, acompanho o voto do Relator.

Retificação de Autuação

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Preliminarmente, determino a retificação da autuação dos autos, em que erroneamente consta como apelante Mônica Pereira Calhau Golvêa e apelada Caixa Econômica Federal. Na verdade, a apelação é da Caixa Econômica Federal. Então, que se faça a retificação para constar como apelante a Caixa Econômica Federal e apelada Mônica Pereira Calhau Golvêa.

Sexta Turma

Apelação Cível

2000.39.02.000141-0/PA*

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente
Apelante: Cargil Agrícola S/A
Advogados: Dr. Benjamin Gallotti Beserra e outros
Apelante: Estado do Para
Procurador: Dr. Marcus Vinicius Nery Lobato
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Ministério Público Federal
Procuradora: Dra. Gustavo Nogami
Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procurador: Dr. Lucas Lélis
Publicação: DJ 2 de 18/10/2007

Ementa

Constitucional. Processual civil, administrativo e ambiental. Ação civil pública. Instalação de terminal graneleiro no porto de Santarém(PA). Licenciamento ambiental condicionado à realização de estudo prévio de impacto ambiental. Competência gerencial-executiva, comum e concorrente da União Federal e do Estado do Pará a exigir o EIA/RIMA da empresa empreendedora. Fiscalização conjunta dos agentes do poder de polícia ambiental das entidades federadas competentes. Poder normativo do Conama e de polícia administrativa do Ibama. Inviabilidade de estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, ante a irreversibilidade dos danos ao meio ambiente. Princípios da precaução e da prevenção, na instrumentalidade da tutela processual-cautelar do meio ambiente. Legitimidade passiva da União Federal, do Estado do Pará e do Ibama, por flagrante omissão em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sentença confirmatória de antecipação de tutela inibitória do risco ambiental, avalizada por acórdão do tribunal revisor (CPC, art. 512), já transitado em julgado, desde os idos de 2003. Efeito somente devolutivo das apelações interpostas, para efetividade da antecipação da tutela mandamental, deferida nos autos, visando proteger o meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

I – Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo

* O texto integral deste acórdão encontra-se disponível no site: www.trf1.gov.br – judicial – inteiro teor de acórdãos.

essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: *o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações*” (ADI-MC nº 3540/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a *Carta Ambiental da França* (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, *o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos*, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, *a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.*”

II – A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, *o princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV).

III – Se a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei nº 6.938, de 31.08.81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública *a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*” e *“a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida* (art. 4º, incisos I e VI), a configurar, no plano fático, o verdadeiro desenvolvimento sustentável, deve ser mantida a suspensão do Alvará de Autorização nº 024/99, que possibilitava a realização de obras no Porto de Santarém (PA), bem assim a expedição de qualquer outro Alvará que viabilize outras obras, potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, em face da instalação do referido Porto, visível escoador de soja transgênica, na região amazônica, assim exposta ao desmatamento irresponsável e à disfarçada colonização alienígena, até que se realize, às expensas da empresa responsável pelo empreendimento, *por competente equipe multidisciplinar, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/Rima)*, observando-se a regulamentação das Resoluções nºs 001/86 e 237/97 – Conama, na dimensão do interesse difuso a ser, ali, protegido. Vencido, parcialmente, no ponto, o Relator.

IV – O poder de polícia ambiental, exercido pelo Ibama, tem a finalidade de executar a política de preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais, visando o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, bem assim, a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas e proteção de áreas ameaçadas de degradação (alteração adversa das características do meio ambiente), como, assim, determinam as Leis nºs 4.771/65, art. 14, alíneas a e b, e 6.938/81, art. 2º, incisos III, IV, VII, IX, e 4º, inciso I, buscando, sempre, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

V – Versando a controvérsia, como no caso, em torno de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental estadual (Sectam/PA), deve o Ibama integrar a relação processual, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da *competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as flo-*

restas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII).

VI – Se a discussão travada nos autos, resulta na colidência de interesses entre o empreendimento questionado e órgãos da União Federal, notadamente em se tratando de temas ambientais, envolvendo área territorial constitucionalmente classificada como patrimônio nacional, afigura-se manifesta a sua legitimidade passiva *ad causam*, ante o objeto da ação, consistente na *preservação do patrimônio nacional*, competindo-lhe, por si e por intermédio dos respectivos órgãos federais regularmente estabelecidos, promover a sua defesa, em face da tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha auto-aplicável de imposição ao poder público e à coletividade o *dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado*, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*). Preliminar rejeitada, no ponto.

VII – Se as obras de instalação do terminal graneleiro do porto de Santarém (PA), estão dentro dos limites ecológicos da Floresta Amazônica, constitucionalmente classificada como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), cuja utilização subordina-se às disposições legais de regência, hão de observar sempre, as condições que assegurem a preservação do meio ambiente, afigurando-se insuficiente, na espécie, a existência de licenciamento ambiental somente estadual e/ou municipal, posto que, em casos assim, o bem a ser tutela é o *meio ambiente ecologicamente equilibrado, em dimensão difusa e planetária*, que não dispensa o inafastável estudo prévio de impacto ambiental, sob a fiscalização federal do Ibama, conforme determinam, em casos que tais, os arts. 23, incisos III, VI, VII, e 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, o art. 10 da Lei nº 6.938/81 e as Resoluções nºs 001/86 e 237/97-Conama, bem assim, a norma expressa do art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.630/93, no caso em exame.

VIII – Se nos termos cogentes da Carta Política Federal, o *estudo de impacto ambiental há de ser prévio e não póstumo*, como assim determinara a sentença recorrida, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após o seu trânsito em julgado, não se deveria admitir a continuidade do terminal graneleiro, no Porto de Santarém (PA), em manifesta afronta ao Acórdão do TRF/1ª Região, já transitado em julgado, há mais de 4 (quatro) anos, suspendendo o Alvará de Autorização nº 024/99 para a realização das obras no referido terminal portuário, bem assim, quaisquer outros alvarás, nesse sentido, sem a realização de estudo prévio de impacto ambiental, através de competente equipe multidisciplinar, de acordo com a Resolução nº 237/97 – Conama. Vencido, no ponto, o Relator.

IX – Se a sentença recorrida condenou, indevidamente, o Estado do Pará a realizar o EIA/Rima, na espécie dos autos, há de submeter-se à remessa oficial, tida por interposta, a fim de que o Tribunal revisor possa adequá-la aos comandos de seu acórdão mandamental, já transitado em julgado, nos idos de 2003, *no qual ordenou-se à empresa Cargil Agrícola S/A a realização do estudo prévio de impacto ambiental, como condição para o licenciamento das obras do terminal graneleiro no porto de Santarém (PA), no que restou, afrontosamente, descumprido pela referida empresa.*

X – Se o Acórdão do TRF/1ª Região, já transitado em julgado, desde o ano de 2003, confirmou a antecipação de tutela, deferida pelo juízo singular, no sentido de impedir a realização de qualquer obra, no aludido porto graneleiro de Santarém (PA), sem a realização do estudo prévio de impacto ambiental (EIA/Rima), não poderia, jamais, a sentença recorrida inibi-lo, em sua eficácia mandamental e plena, ordenando, agora, a realização daquele estudo, *em termos póstumos*, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após o seu trânsito em julgado, recebendo-se as apelações contra ela interpostas, em ambos os efeitos devolutivo e suspensivo, em frontal violação à norma do art. 520, inciso VII, do CPC, que, no caso em tela, somente admite a apelação em seu efeito devolutivo, visando garantir a eficácia imediata da tutela de urgência, como no caso em exame, já deferida há anos atrás, em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações. Rejeitou-se, contudo, a questão de ordem, suscitada pelo Representante do Ministério Público Federal, no ponto, restando vencido o Relator.

XI – Apelação da União Federal e da empresa Cargil Agrícola S/A, bem assim, a remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. Apelação do Estado do Pará, parcialmente provida. Agravo Regimental e pedido de reconsideração prejudicados.

Acórdão

Decide a Turma, preliminarmente, por maioria, rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Ministério Público Federal e, à unanimidade, negar provimento às apelações da União Federal e da empresa Cargil Agrícola S/A, e, por maioria, negar provimento à remessa oficial, tida por interposta, e, ainda, por maioria, dar parcial provimento à apelação do Estado do Pará, declarando, à unanimidade, prejudicados o agravo regimental e o pedido de reconsideração, constantes dos autos.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 23/04/2007.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator.

Sétima Turma

Agravo de Instrumento

2007.01.00.016790-5/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravante: Rigesa da Amazônia S/A

Advogados: Dr. Pedro Stenio Lucio Gomes e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Publicação: DJ 2 de 31/10/2007

Ementa

Processual Civil e Tributário. Débito fiscal. Tributo sujeito a lançamento por homologação declarado e não pago. Decadência não caracterizada. Compensação. Homologação tácita. Lei 9.430/1996, art. 74, §§ 2º, 4º e 5º. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não-inscrição do devedor no Cadin.

I – No caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, tendo havido declaração do débito pelo contribuinte, mediante DCTF, sem o respectivo pagamento, o débito é considerado imediatamente constituído, dispensando lançamento posterior pelo Fisco, iniciando-se na data do vencimento o prazo quinquenal da ação de cobrança. Precedentes do STJ.

II – Efetuada a compensação do débito, que importa em sua confissão, durante o curso do prazo prescricional, este se interrompe, nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso IV, do CTN, até a decisão sobre a homologação da compensação.

III – Formalizado o pedido de compensação de débito tributário, reputa-se tacitamente homologada a compensação e extinto definitivamente o crédito se não foi ela indeferida no prazo de cinco anos, nos termos do art. 74, §§ 2º, 4º e 5º, da Lei n. 9.430, de 1996, na redação das Leis 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003.

IV – Demonstrado que já havia ocorrido a homologação tácita da compensação na data em que foi efetivado o lançamento de ofício do débito e a sua inscrição em Dívida Ativa, cabe a concessão de providência de natureza cautelar, para suspensão da exigibilidade desse débito, nos termos dos arts. 273, § 7º, do CPC e 151, V, do CTN.

V – Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, descabe a inscrição do nome do devedor no Cadin, ou a subsistência dessa inscrição, se já ocorrida.

VI – Agravo de instrumento provido.

VII – Agravo regimental prejudicado.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento e, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo regimental.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 02/10/2007.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rigesa da Amazônia S/A contra decisão que, em ação anulatória de débito fiscal, indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que visava à suspensão da exigibilidade de crédito tributário inscrito em Dívida Ativa da União e à não-inclusão de seu nome no Cadin.

Sustenta que a existência de processo administrativo, ainda não finalizado, suspende a exigibilidade do crédito tributário, diante da interposição de recurso administrativo (art. 151 do CTN).

Assevera que a decisão agravada adentrou a análise do mérito da lide, que está sendo examinado no processo administrativo, o que viola o direito constitucional de esgotamento do processo administrativo.

Alega que o crédito tributário, relativo à cobrança de IRPJ, refere-se a fatos geradores ocorridos em setembro/1999, novembro/1999 e setembro/2000, e que a data da inscrição dos débitos ocorreu tão-somente em 27.11.2006; logo, se não houve decadência, entende que se deu a prescrição.

Afirma que efetuou pedido de compensação, que permaneceu por mais de 5 (cinco) anos aguardando pronunciamento da Receita Federal, incidindo, no caso, o disposto no art. 74, § 5º, da Lei n. 9.430/96, com redação dada pela Lei n. 10.883/03.

Aduz que “extinguiu o crédito tributário mediante procedimento de compensação originário do processo n. 10283.011376/99-41, atualmente em análise junto ao Ministério da Fazenda – Conselho de Contribuintes, que, de acordo com o artigo 74 da Lei 9.430/96, e art. 151 do inciso III do CTN, suspendem a exigibilidade dos créditos lá tratados” (fl. 9), devendo-se ter em vista, também, o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da CF.

Entende que o valor inscrito em Dívida Ativa deve ser cancelado, uma vez que, naquela data (27.11.2006), aguardava-se decisão administrativa, e que a não-inscrição de seu nome no CADIN seria uma consequência lógica do seu direito.

Às fls. 269/270 deneguei o pedido de antecipação da pretensão recursal. Dessa decisão foi interposto agravo regimental (fls. 275/287).

Foi apresentada contraminuta (fls. 289/292).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Insurge-se a agravante contra decisão que indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que visava à suspensão da exigibilidade de crédito tributário inscrito em Dívida Ativa da União e à não-inclusão de seu nome no Cadin.

O pedido de antecipação de tutela formulado em ação anulatória de débito, para fins de excluir o nome do autor do Cadin, tem, em verdade, natureza de cautelar inominada, admitida pelo § 7º do art. 273 do CPC, desde que presentes os requisitos desse tipo de processo, quais sejam, o perigo na demora e a plausibilidade das alegações.

In casu, é evidente o perigo na demora, em face da possibilidade de inclusão de seu nome nos cadastros de inadimplentes.

Já quanto à plausibilidade jurídica da pretensão, é de ver-se que, no que diz respeito às alegações de prescrição e decadência, considero que, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, tendo havido declaração do débito pelo contribuinte, como ocorreu, no caso (fl. 258), com a entrega da DCTF, sem que tenha havido pagamento, o débito declarado é considerado imediatamente constituído, dispensando lançamento posterior do Fisco, iniciando-se na data do vencimento do débito o termo *a quo* do prazo quinquenal da ação de cobrança (AgRg no REsp 859.597/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17.10.2006, *DJ* de 07.11.2006, p. 275, e REsp n. 789.443/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.11.2006, *DJ* de 11.12.2006, p. 343). Declarado, pois, que foi o débito em DCTF, não há como reconhecer a alegada decadência.

No caso, entretanto, poder-se-ia falar em prescrição da ação de cobrança, nos termos do art. 174, caput, do CTN, mas também esta não se teria consumado, porque, tendo sido os débitos objeto de compensação,

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rafael Paulo Soares Pinto e Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocados). Ausentes, por motivo de férias, os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Luciano Tolentino Amaral.

esta implica a sua confissão, que, nos termos do parágrafo único, inciso IV, do citado art. 174, interrompe a prescrição até a decisão, expressa ou tácita, sobre a sua homologação.

No entanto, verifica-se pela última manifestação da Delegacia da Receita Federal em Manaus, constante destes autos, vista às fls. 239-240, que a inscrição na Dívida Ativa n. 21206001613-92, o objeto da ação principal, remanesce apenas com os seguintes débitos:

Tributo	Periodo de Apuração	Data de Vencimento	Valor R\$
IRPJ	09/1999	29/10/1999	4.951,30
IRPJ	10/1999	30/11/1999	39.300,95

Ocorre, porém, que tais débitos foram objeto de compensação, o primeiro mediante pedido protocolado em 26.07.2000, como se vê à fl. 69, e o segundo, conforme afirmado na inicial da ação principal (v. fl. 25) e está confirmado na DCTF de fl. 70, referente a outubro de 1999, mediante compensação sem processo, com o saldo negativo de IRPJ apurado no Balanço de 31.12.1998, compensação informada na citada DCTF.

Ora, formulada a compensação, o Fisco tem o prazo máximo de 05 (cinco) anos para homologá-la, sob pena de reputar-se tacitamente homologada, nos termos dos arts. 74, §§ 2º, 4º e 5º, da Lei n. 9.430/1996, na redação das Leis 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003.

Assim, em 27.11.2006, quando se procedeu à inscrição desses débitos, consoante se vê à fl. 67, estavam eles cobertos, desde outubro de 2004, pela compensação tacitamente homologada.

A mesma coisa se dá com o débito de R\$40.528,11, também integrante da inscrição em Dívida Ativa n. 1613-92, e que foi objeto da DCTF de agosto de 2000 (fl. 71) e do pedido de compensação protocolado em 28.09.2000. Aliás, o próprio Fisco, no Parecer de fls. 79-89, ao propor o lançamento de ofício dos débitos objeto de compensações não homologadas, já não inclui esse débito de R\$ 40.528, 11 (v. fls. 88-89).

Isso posto, o voto é pelo provimento do agravo, para, com apoio no art. 273, § 7º, do CPC, combinado com o art. 151, V, do CTN, deferir providência cautelar suspensiva da exigibilidade dos créditos de que trata a inscrição em Dívida Ativa n. 21206001613-92, determinando à agravada que se abstenha de incluir o nome da agravante no CADIN, ou dele retire o seu nome, se já incluído, enquanto vinculada tal inscrição aos débitos

objeto da citada inscrição 1613-92 em Dívida Ativa.

Julgo prejudicado o agravo regimental de fls.275-297.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — Senhor Presidente, em relação a essa primeira fundamentação, considerando o entendimento parece-me que foi até no processo...

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Isso aqui é contestável – Vossas Excelências votaram antes diferentemente.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — Nesse primeiro argumento, entendo que tem, sim, após o ADCTF, os cinco anos para constituição definitiva do crédito, e mais cinco para execução fiscal.

Com relação à homologação tácita da compensação, a lei que prevê esse prazo de cinco anos é de dezembro de 2003, ou seja, cinco anos após; ela daria em dezembro de 2008. Então, no caso específico, Vossa Excelência, então, aplica a lei, já considerando prazos anteriores à sua vigência?

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — É o art. 134 da Lei 9.430/96, mas creio que essa redação é realmente de ...

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — Ela é de dezembro de 2003.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Só que essas compensações foram feitas...

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — Imagino que Vossa Excelência aplique o mesmo entendimento.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: Apliquei e não atentei para isso. Estou aplicando cinco anos. Há manifestação da Receita considerando extintos por homologação tácita com base nessas leis, sem distinguir isso também, créditos anteriores. Posso localizar isso: os créditos números tais e tais estão homologados tacitamente nos termos do art. 74 desta Lei aqui. Eles estão aplicando isso também regressivamente, sem qualquer distinção.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — Mas mesmo assim ainda remanesce uma parte do débito.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — São vários débitos. Ele pediu uma restituição enorme, é muito dinheiro. É lá do Amazonas. As coisas do Amazonas são todas muito grandes, inclusive o território. Aliás, inclusive não, a começar pelo território.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — Senhor Presidente, peço vênua a Vossa Excelência, então, para negar provimento ao agravo, e dou como prejudicado o regimental.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:
— Senhor Presidente, só a título de esclarecimento, nesse primeiro parágrafo aqui, convencido da sua argumentação, acompanho Vossa Excelência também, dando provimento ao agravo e prejudicado o agravo regimental.

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2004.34.00.023711-2/DF

Relator : O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias
Rel. p/acórdão: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Jose Luiz Gomes Rolo
Apelada: Viação Santa Madalena Ltda.
Advogados: Dra. Silvana Bussab Endres e outros
Publicação: DJ 2 de 05/10/2007

Ementa

Tributário. Mandado de segurança. Exclusão do programa de recuperação fiscal – Refis. Manifestação de inconformidade julgada improcedente. Pagamento das diferenças apuradas, no prazo de 30 dias, considerando o término do processo administrativo. Manutenção do contribuinte no programa. Princípio da razoabilidade.

I – A empresa, tomando conhecimento de seu afastamento do Programa Refis, apresentou, perante o Comitê Gestor, manifestação de inconformidade contra sua exclusão do Programa, que foi julgada improcedente.

II – O pagamento das diferenças apuradas pela Administração, acrescidas de juros de mora, foi realizado no prazo de 30 dias, considerando a data da intimação da impetrante sobre não-acolhimento de sua impugnação.

III – O Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o procedimento administrativo fiscal, confere prazo de 30 dias para o contribuinte impugnar o débito, ou seja, o crédito tributário só será constituído se este não impugnar ou não quitar o débito no referido prazo.

IV – Admitir todo o caminho do processo administrativo e, ao final, manter o contribuinte excluído após a devida regularização da sua situação fiscal torna inócuo o procedimento, violando o princípio da finalidade e da razoabilidade.

V – Apelação da União não conhecida.

VI – Remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, não conhecer da apelação da União e, por maioria, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 14/09/2007.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Cuida-se de apelação interposta pela Fa-

zenda Nacional contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que concedeu a segurança para de-

terminar a reintegração da impetrante ao Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, em face do recolhimento das diferenças apontadas pelo FISCO, inclusive com juros e correção (fls. 215/220).

Em suas razões de apelação, a Fazenda Nacional alega que foi respeitado o direito ao contraditório, assegurado pela Constituição (fls. 251/257).

Contra-razões aos fls. 260/270.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da apelação e pelo provimento da remessa oficial (fls.273/279).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Inicialmente, verifica-se que, em suas razões de apelação, a apelante fugiu ao tema, atacando a sentença por fundamentos inteiramente diversos dos que nela se contém. Portanto, o recurso agita matéria estranha ao *decisum*.

No RE nº140.998/58, a Suprema Corte, com fundamento no voto do Relator, Min Sepúlveda Pertence, assim decidiu:

“I – RE: equívoco do recorrente quanto à questão resolvida pelo acórdão recorrido: não conhecimento.

Se, no Re, se ataca a decisão, como se houvesse decidido questão diversa daquela que efetivamente solveu, o STF dele não conhece, porque julgaria extra petita, quer enfrentasse a primeira, suposta pelo recorrente, quer a causa verdadeira.” (RTJ N° 138, PÁGN.690/693).

Assim sendo, não deve ser conhecida a apelação.

Passo-se ao exame do mérito, contudo, em razão da remessa oficial.

Consigna o bem lançado parecer do Ministério Público Federal, de fls. 273/279, do qual se transcreve:

“As informações trazidas aos autos indicam que a impetrante encontrava-se, quando da exclusão, em situação de inadimplência por um período

consecutivo de 5 meses, circunstância, inclusive, não negada por ela em suas contra-razões, verbis:

“A hipótese do caso vertente, no entanto, não é de inadimplência conforme prevê o artigo 5° da Lei nº 9964/00 mas, quando muito, de simples mora em relação ao recolhimento de pequena parte das parcelas devidas nos meses de junho de 2000 e julho a novembro de 2002, diferença esta que nunca foi superior a 1/3 do valor total do montante a ser pago no mês (doc. 07 da petição inicial)”. (fls. 265)

Ainda que argumente a apelada que a usa inadimplência tenha sido relativa, tendo recolhido parte dos valores devidos, não se pode desconsiderar que a inadimplência ocorreu de fato. Esta é uma das causas de exclusão do refis, não importando se absoluta (falta total de pagamento) ou relativa (Falta de parte do pagamento).

Por outro lado, ao contrário do entendimento adotado pelo Juízo, parece-nos que não restou violado o princípio da razoabilidade.

O Refis é uma benesse concedida pelo Estado e nele ingressa a empresa interessada. Aqueles que aderem ao programa já são beneficiados com facilidade de prazos, redução do valor de multa e juros, parcelamento, exclusão do nome do Cadin e possibilidade de obter a CND. A adesão ao programa, contudo, ocasiona a sujeição às condições impostas pela legislação sendo uma delas o cumprimento integral e tempestivo de suas parcelas, calculadas agora sobre o faturamento.

Ora, a diferença encontrada pelo Comitê Gestor teve por fundamento os valores informados pelo próprio apelado, verbis:

“Contudo, a empresa não tem realizado o pagamento correto das prestações mensais do parcelamento, mediante a aplicação de 1,2% sobre o valor de sua receita bruta mensal apurada na ficha de informações da optante do Refis existente na Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIRP) entregue à Secretaria da Receita Federal (SRF), de acordo com o art. 2°, § d da Lei nº 9964, de 10 de abril de 2000, ...”. (fls. 36) (g.n)

A apelada argumentou, em seu recurso administrativo (fls. 39/43), que houve redução de sua receita, circunstância que ocasionou a redução do valor das parcelas devidas, verbis:

“É certo que a partir de janeiro de 2000 o valor das parcelas do Refis foi reduzido em relação aos períodos anteriores, mas isso ocorreu em razão do término do contrato de concessão celebrado entre as empresas e a São Paulo Transportes S/A (antiga CMTC), do qual advinha toda a sua receita de exclusividade com a São Paulo Transportes S/A, e empresa foi obrigada a contratar com empresas particulares, circunstância que reduziu considera-

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado). Ausentes, justificadamente, por motivo de licença, o Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim e o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ.

velmente a sua receita bruta mensal e, via de consequência, o valor recolhido a título de parcelas do Refis (que mesmo assim sempre observou o limite mínimo de 1,2% da receita bruta do mês anterior).” (fls. 42/43).

Todavia, como recolhido pela apelante às fls. 63/68, a rescisão de contrato com a empresa São Paulo Transportes S/A não levou à sua exclusão do programa. As parcelas são calculadas com base em receita bruta e o valor informado a este título sequer questionada pela apelante. Se a receita foi reduzida com o término daquele contrato, a parcela do Refis, calculada sobre a receita bruta, também haveria de ser reduzida. Contudo, o percentual não poderia ter sido inobservado.

O que ocorreu foi a apelada recolheu, a título de Refis, valor inferior a 1,2% da receita bruta por ela mesma informado à SRF. O recolhimento a posteriori, após verificação pela própria Receita, não constitui em justificativa hábil a mantê-la no programa. Não houve qualquer justificativa plausível para recolhimento a menor, motivo pela qual não restou violado, a nosso ver, o princípio da razoabilidade. (fls. 277/279).

Ante o exposto, não conheço da apelação e dou provimento à remessa oficial, para denegar a segurança.

Custas *ex lege*.

Sem honorários advocatícios, em homenagem às Súmulas ns. 512/STJ e 105/STF.

É como voto.

Voto-Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Remessa oficial e apelação da sentença proferida pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que concedeu a segurança, suspendendo a eficácia da Portaria 416 do Comitê Gestor do Refis em relação à impetrante – Viação Santa Madalena Ltda.

O Juízo *a quo*, ao decidir, fundamentou-se no fato de a empresa ter pagado as diferenças do que havia recolhido a menor no prazo de 30 dias após comunicação da decisão do recurso administrativo.

Apela a União, sustentando que a exclusão da empresa por inadimplência não ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, porque após a ciência do ato, a empresa pode impugná-lo, instaurando-

se o litígio.

Aduz que a ausência do efeito suspensivo da decisão que exclui o contribuinte do Programa, nos termos da Lei 9.964/2000, não pode ser suprida por decisão judicial, por inovar a ordem jurídica.

Em contra-razões, a impetrante suscita a imperitência das alegações da União, porque a sentença concedeu a segurança por não se mostrar razoável sua exclusão com o objetivo do Programa de Recuperação Fiscal, não por ofensa ao contraditório, não devendo ser conhecido o recurso.

No mérito, sustenta que não houve inadimplência.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do apelo, e se conhecido, pelo seu provimento.

Iniciando o julgamento do feito, o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias não conheceu do recurso da União, por tratar de matéria estranha à lide. Contudo, deu provimento à remessa oficial, para manter a empresa excluída do Refis.

O Relator adotou as razões do Ministério Público Federal, de que a empresa estava inadimplente por cinco meses consecutivos, e que os valores foram recolhidos em percentual menor que 1,2% do valor da receita bruta, estipulado pelo Refis.

Pedi vista para melhor exame da matéria.

Venho entendendo que, não obstante haver a Resolução 20 de 27/09/2001 regulamentado o processo administrativo para o Programa de Recuperação Fiscal, deve a Lei 9.784/1999 ser aplicada às formalidades concernentes à cientificação dos atos praticados pelo Comitê Gestor.

No presente caso, porém, a questão não foi objeto de discussão, razão pela qual acompanho o Relator em não conhecer do apelo da União.

No caso dos autos, a empresa impetrante, tomando conhecimento de seu afastamento do Programa, apresentou, perante o Comitê Gestor do Refis, manifestação de inconformidade contra sua exclusão do Programa, no Processo Administrativo 10168.000785/2004-01, a qual foi devidamente apreciada, como se infere às fls. 35/44 e 62/68.

A Administração considerou improcedente a manifestação, e esclareceu que o afastamento da au-

tora se deu com base no art. 5º, II, da Lei 9.964/2000, ou seja, pelo inadimplemento, em razão de a empresa ter recolhido as parcelas de junho de 2000 e de julho a novembro de 2002, em valores inferiores ao percentual de 1,2% da receita bruta, conforme determina o art. 2º, § 4º, da Lei 9.964/2000.

A intimação da impetrante do não-acolhimento de sua impugnação data de 23/06/2004. Em 23/07/2004, a empresa promoveu o pagamento das diferenças apuradas pela Administração, acrescidas de juros de mora.

Dessa forma, como bem asseverado pelo Juízo *a quo*, não se mostra razoável manter a exclusão da Viação Santa Madalena Ltda. do Programa de Recuperação Fiscal – Refis.

Assim que tomou ciência de sua exclusão, a impetrante impugnou o ato que deu origem ao Processo Administrativo 10168.000785/2004-01, alegando que os pagamentos foram efetuados no percentual de 1,2% do valor da receita bruta (fls. 39/44).

A Secretaria Executiva do Comitê Gestor do Refis concluiu que os valores foram, de fato, recolhidos a menor, mantendo a exclusão da impetrante.

Contudo, no prazo de 30 dias da ciência da decisão do Comitê Gestor, a empresa promoveu o pagamento das diferenças apuradas.

Ora, interposto o processo administrativo, e tendo se conformado com o resultado, a empresa promoveu o pagamento dos valores devidos.

A empresa vinha adimplindo seus pagamentos regularmente, o que ocorreu foi erro de cálculo no valor das parcelas, conforme apurado pela Secretaria do Comitê Gestor.

Essas diferenças, contudo, considerando-se o valor das parcelas pagas, não são significativas, a ponto de se vislumbrar a má-fé da empresa ou sua intenção de burlar o Refis, não se mostrando razoável mantê-la excluída do Programa, conforme se verifica na tabela:

Mês	Receita Bruta R\$	Valor Devido R\$	Valor Recolhido R\$	Saldo Devedor R\$
Junho/2000	1.592.993,78	19.115,93	19.040,24	75,69
Julho/2002	854.000,00	10.248,00	9.048,00	1.200,00
Agosto/2002	804.000,00	9.648,00	7.680,00	1.968,00
Setembro/2002	805.000,00	9.660,00	7.200,00	2.460,00

Outubro/2002	891.000,00	10.692,00	6.360,00	4.332,00
Novembro/2002	810.000,00	9.720,00	6.000,00	3.720,00

Pelos valores recolhidos, e pela impugnação da impetrante ao alegar que havia recolhido o valor correto, tendo em vista que sua receita bruta havia diminuído, e, principalmente, o fato de ter pagado as diferenças após o resultado do processo administrativo, percebe-se que a empresa vem cumprindo as normas do Refis, pagando regularmente suas parcelas, e possui todo o interesse em continuar no Programa.

Ainda que se leve em consideração a Lei 9.964/2000, que regulamentou o Refis, admitindo-se o início do contraditório após a Portaria que exclui o contribuinte do Programa, este tem o direito de ser reincluído após o término do processo administrativo, quando regulariza sua situação.

Este é o fim do processo administrativo fiscal, dar ciência ao contribuinte de que está em situação irregular, para dar-lhe a oportunidade de se defender para que possa regularizar sua situação.

Admitir todo o caminhar do processo administrativo e, ao final, manter o contribuinte excluído após a devida regularização da sua situação fiscal torna inócuo todo o procedimento, violando o princípio da finalidade e da razoabilidade.

A Lei 9.964/2000, por sua vez, não dispõe quanto aos prazos que o contribuinte possui para regularizar sua situação após o término do procedimento administrativo.

O art. 5º, IX, da Lei 9.964/2000 estipula que, apenas nos casos em que o contribuinte inclui débitos que não foram confessados para o parcelamento, ele terá o prazo de 30 dias para pagamento total do débito, após a decisão definitiva na esfera judicial.

No caso em tela, o pagamento do débito no prazo de 30 dias após a decisão administrativa é prazo razoável e o utilizado na praxe fiscal, tanto que a própria lei do Refis prevê este prazo para outras situações de irregularidade no parcelamento, conforme mencionado.

O Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o procedimento administrativo fiscal, confere o prazo de 30 dias para o contribuinte impugnar o débito. Se não houver impugnação, somente no 31º dia é que poderá ser constituído o crédito tributário. Ou seja, se contribuinte não impugnar ou não quitar o débito no prazo

de 30 dias é que o crédito tributário estará constituído.

Dessa forma, uma vez que a lei do Refis não dispõe sobre o assunto, ainda que se admita o início do processo administrativo após a portaria da sua exclusão, o prazo de 30 dias para o contribuinte regularizar a sua situação, após o término do procedimento administrativo, se mostra razoável e justo, para que ele seja reincluído no Programa.

Nesse sentido, cito o precedente do Tribunal Regional da Quarta Região:

Mandado de segurança. Reinclusão do Refis.

1. Se por um lado houve atraso no pagamento de tributo abrangido pelo Refis - não do parcelamento em si, bem entendido; por outro, o contribuinte modificou sua situação de inadimplente, efetuando os pagamentos devidos, conforme se lê dos documentos das fls. 191-209 e 211-224.

2. Não configurada a inadimplência - em face da regularização dos pagamentos procedida, tem o impetrante direito líquido e certo de ser reincluído no programa de recuperação fiscal. Entendimento diverso não seria aceitável nem justo, se impondo a concessão da segurança pretendida para reincluir o impetrante no Refis, em face da regularidade de sua situação fiscal.

3. Não há denúncia espontânea quando houver fiscalização, ou seja, procedimento administrativo-fiscal tendente a apurar o débito, razão pela qual não se pode falar em exclusão de qualquer penalidade. Tem a Fazenda Nacional o poder-dever de dar seguimento a procedimento administrativo findo o qual, verificadas diferenças - acréscimos legais, deve ser efetuado o lançamento. (TRF 4ª região, AMS 2002.72.00.010788-0/SC, 1ª Turma, rel. Des. Maria Lúcia Luz Leira, DJ 26/11/2003)

Dessa forma, assiste razão ao Juízo *a quo*, em entender que a exclusão do contribuinte do Refis, após a devida regularização de seus débitos apurados em procedimento administrativo, viola o princípio da razoabilidade, a própria finalidade do parcelamento e também do processo administrativo.

Ante o exposto, acompanho o Relator quanto à apelação da União, para dela não conhecer. No entanto, com a devida vênica, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso:
— Senhora Presidente, também entendo, como Vossa Excelência, que o Refis deve ser entendido como mecanismo para regularizar as empresas que estão fora da atividade econômica formal, porque estão incluídas no Cadin e no Serasa, oportunizando-as o parcelamento dos débitos e a geração de emprego e renda. Por essa razão não concebo a atitude da administração em sempre interpretar a lei, nesses casos, restritivamente, quando deveria fazê-lo extensivamente, para não cancelar o programa quando a divergência de valores pagos for ínfimo, como no presente caso.

Assim, acompanho o voto de Vossa Excelência.

Suspensão de Segurança

2007.01.00.045483-4/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães

Decisão: 05/10/2007

Publicação: DJ 2 de 10/10/2007

Decisão

Trata-se de suspensão de segurança requerida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, objetivando sustar os efeitos da liminar deferida pela MM. Juíza Federal Substituta Iolete Maria Fialho de Oliveira, da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do Mandado de Segurança n. 2007.34.00.034825-2, nos seguintes termos (fls. 34/37):

(omissis)

Com tais considerações, e até o advento das informações, *concedo a liminar pleiteada*, em caráter acautelatório, para suspender o prazo de entrega das propostas para os Editais de Concessão ns. 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07/2007, a partir do dia 25/09/2007, que começaria a fluir a partir de 01 de outubro de 2007.

Aduz a requerente, que a Juíza *a quo* deferiu a liminar pleiteada, sob o entendimento de que “*as perguntas e respostas introduzidas nos Editais, a menos de 10 (dez) dias do término do prazo para a entrega das propostas, e publicadas no sítio eletrônico da ANTT, alteraram ‘verbi gratia’, o requisito da data de validade das certidões de apresentação obrigatória. O prazo para a validade de tais certidões passou a ser de 60 (sessenta) dias da sua emissão, o que tumultua o procedimento, já que muitos licitantes, alguns dos quais estrangeiros — como é o caso da Impetrante, poderiam não dispor de tempo hábil para se adequarem às novas exigências. Ademais, trata-se de vinculação à lei, que não dá margem à dúvida interpretação*” (fls. 4).

Após detalhar o histórico da licitação em tela, afirma que todo o procedimento do certame ocorreu com amparo na legislação vigente, com ampla divulgação e supervisão do Tribunal de Contas da União.

Destaca que, em 02/10/2007, interpôs o Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.045115-7, porém, até a presente data, o pedido não restou apreciado.

Alega, em síntese, que a decisão impugnada desconsiderou o fato de que todos os requisitos da Lei n. 8.666/93 foram observados e que, com a suspensão do prazo de entrega das propostas, adiou também a realização do leilão previsto para o dia 09/10/2007; que “a decisão monocrática usurpou a competência atribuída ao Poder Executivo federal, inclusive no que tange à presunção de legitimidade dos atos administrativos, gerando grave lesão à ordem pública” (fls. 10); que não houve prévia oitiva dos representantes judiciais da Fazenda Pública para a concessão da liminar; que, “a pretexto de oferecer salvaguarda aos licitantes, a decisão objurgada prorroga ainda mais o incremento da malha rodoviária do país, *em prejuízo aos usuários das rodovias e ao desenvolvimento econômico e social do país*”; que todo o trabalho da Administração para solucionar os inúmeros problemas que a má conservação das rodovias acarreta para toda a Nação “será jogado por terra, trazendo impactos para toda a sociedade: mais acidentes poderão acontecer, a produção agrícola terá mais dificuldades para ser escoada, a indústria será extremamente prejudicada, as exportações sofrerão conseqüências, pelo aumento dos custos de produção brasileiros” (fls. 13); que as obras em tela foram incluídas pelo governo federal no plano de ação que visa à expansão econômico-social do país, orçado inicialmente em R\$ 3,8 bilhões, com tempo de execução das obras previsto para 3 (três) anos; que “uma operação aritmética simples, consubstanciada na divisão do valor do empreendimento pelo tempo previsto para a sua execução, revela um prejuízo superior a R\$ 3.212.172,44 (três milhões, duzentos e doze mil, cento e setenta e dois reais e quarenta e quatro centavos) por dia de atraso na realização da obras” (fls. 14); que obstaculizar o trabalho, que vem sendo realizado há uma década, “*poderá ocasionar sérios prejuízos à economia do país, com impactos negativos ao chamado ‘Custo Brasil’, termo usado para descrever o conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas, ideológicas e econômicas que encarecem o investimento no Brasil,*

dificultando o desenvolvimento nacional, aumentam o desemprego e o trabalho informal e a sonegação de impostos e a evasão de divisas” (fls. 15); que as rodovias objeto dos leilões estão localizadas nas regiões Sudeste e Sul do País e foram incluídas no processo de concessão devido ao *“esgotamento da capacidade financeira do Governo Federal para efetuar obras de manutenção e conservação nas rodovias federais”* e *“as conseqüências de um período chuvoso sem ações imediatas para saneamento dos problemas surgidos, empurra essas rodovias, ressalte-se de grande volume de tráfego, a uma situação mais grave de insegurança e desconforto para seus usuários”* (fls. 16); que a decisão impugnada acarreta *periculum in mora* inverso, pois *“a construção do empreendimento depende da chamada ‘janela hidrológica’*” (fls. 17), assim, o leilão deve ocorrer na data aprazada para garantir a manutenção das estradas no período crítico das chuvas, quando ocorrem quedas de barreiras e aumento do número de buracos, aumentando significativamente o número de acidentes; que o leilão em tela foi agendado com meses de antecedência pela Bolsa de Valores de São Paulo e *“outra data dependerá de complexo cronograma da Bovespa”*; que *“os custos operacionais para a realização da licitação não estão previstos no orçamento de 2008”*, desse modo, *“o procedimento deve se encerrar ainda em 2007”*; que a modalidade escolhida — leilão — está prevista na Lei n. 9.491/97 e não se confunde com a modalidade prevista no art. 22, § 5º, da Lei n. 8.666/93, assim sendo, *“como a própria impetrante menciona em sua peça vestibular, o Edital traz disposição expressa sobre o procedimento a ser adotado, conforme se verifica dos itens 1.28 e 1.29”*, em que *“não há obrigatoriedade de reabertura do prazo para entrega da documentação, ou de sua prorrogação, em virtude da simples modificação do Edital, pois, no caso, as alterações implementadas “ou simplesmente esclareceram condições já estabelecidas no edital, ou não tiveram impacto algum na formulação das propostas”* (fls. 23); que nos termos do item 2.23, serão respeitados prazos específicos indicados nas próprias certidões apresentadas; que *“as certidões emitidas pela Receita Federal do Brasil costumam ter prazo de validade de 180 dias e este prazo será considerado; que “o prazo de 60 (sessenta) dias, constante da resposta apresentada, aplica-se tão-somente àquelas certidões cujo órgão emissor não especifique o respectivo prazo de validade”*; que, a princípio, os Editais vedavam *“a apresentação de toda e qualquer certidão na qual não constasse expressamente o prazo de validade”* (fls. 27); que *“o entendimento constante da resposta aos interessados, longe de restringir a participação de empresas estrangeiras, na verdade ampliou tal possibilidade ao permitir que fossem apresentadas certidões cujo prazo de validade não esteja expresso no próprio documento”*, assim, a decisão impugnada *“parte de um pressuposto totalmente equivocado”* (fls. 28); que não há que se falar em ausência de tempo hábil para que as empresas, inclusive estrangeiras, se *‘adequassem às novas regras’* (...), uma vez que não se alteraram as regras aplicáveis às certidões, nem houve infração ao princípio da isonomia.

Com esse breve relatório, passo a expender a motivação que se segue.

Adstrita à verificação da existência dos pressupostos estabelecidos no art. 4º da Lei n. 4.348/64, ou seja, se a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É possível analisar de modo superficial o mérito da decisão tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido.

Afastada tal possibilidade, a análise do pedido de suspensão de segurança deve limitar-se, sempre que possível, à possibilidade de a decisão, ao ser executada, resultar em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Questões processuais e de mérito deverão ser discutidas na via recursal própria, para que se não transforme a suspensão de segurança em mais um entre tantos recursos cabíveis.

Na hipótese, entendo que o custo social advindo da suspensão do leilão não pode ser olvidado. Com efeito, a requerente junta aos autos dados bastantes significativos em relação ao grave problema não só econômico, mas, também, de saúde e de segurança públicas, que a péssima conservação das rodovias acarreta ao país. A título de exemplo, a Gazeta Mercantil/SP publicou, em 07/12/2006, matéria intitulada *“Acidentes custam R\$ 21,5 bi por ano”* (fls. 81), com a notícia de que a má conservação das rodovias, associada à imprudência, causa 16 mortes por dia na malha federal. Assim sendo, cada dia no atraso do incremento da malha rodoviária do país representa perda de vidas e prejuízos econômicos relevantes. Tal dado, por si só, enseja profunda reflexão sobre a alegada ofensa aos bens jurídicos tutelados no art. 4º da Lei n. 4.348/64, com enfoque especial à ordem, à saúde e à segurança públicas.

Nesse sentido, a suspensão do leilão por decisão liminar — de análise superficial — procrastina o início de obras

de profundo interesse público, paralisa um complexo sistema de privatização envolvendo setor sensível aos brasileiros, que há muito clamam por melhorias nas rodovias federais e ocasiona maior dano à coletividade do que aquele que se pretendeu evitar (suposto e incerto prejuízo à impetrante).

No caso em comento, há necessidade de se prestigiar a presunção da legalidade dos atos da Administração Pública e a supremacia do interesse público, para que não se prejudique todo o planejamento e a implantação do empreendimento em tela, de suma relevância para os interesses nacionais, repercutindo em grave lesão à economia, inclusive.

Ademais, segundo o cronograma da licitação, a assinatura do contrato de concessão está previsto para 15 de janeiro de 2008, ou seja, sendo verificada alguma ilegalidade no certame, os atos até então realizados poderão ser revistos tempestivamente pelo Estado-Juiz e, se for o caso, anulados, pelo que a realização do leilão, na data aprazada, por si só, não representa irreversibilidade da situação.

Pelo exposto, considerando presentes os pressupostos necessários à concessão da medida extrema, defiro o pedido ora formulado.

Comunique-se, com urgência,

Intimem-se. Publique-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se os autos.

Brasília, 5 de outubro de 2007.

Suspensão de Segurança

2007.01.00.044495-3/BA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Presidente Assusete Magalhães
Decisão: 15/10/2007
Publicação: DJ 2 de 09/11/2007

Decisão

Trata-se de suspensão de segurança requerida pelo Município de Itabela, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, objetivando sustar os efeitos da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Márcio Flávio Mafra Leal, da Vara Única da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade n. 2007.33.10.000752-8, nos seguintes termos (fls. 1.105/1109):

(omissis)

Da leitura da inicial e das peças que a acompanham, percebe-se que pesam contra os réus acusações de improbidade administrativa relativas a contratos entre a prefeitura de Itabela e as empresas Odebran e Singer, principalmente em relação ao caráter concorrencial das licitações empreendidas pela comissão permanente de licitação do município, cujos membros também figuram no pólo passivo desta ação.

Este Juízo já apreciou outros pedidos de afastamento de prefeitos da região em outras ações de improbidade e, em regra, os indefere, porquanto se trata de uma medida drástica, de alta carga política, que só pode ser deferida quando o afastamento seja imperioso para a instrumentalidade do processo.

Adicione-se ao caráter instrumental da medida a necessidade de afastamento do prefeito para que o Município não seja mais onerado por uma Administração que, a olhos vistos, possa, em tese, causar mais prejuízo aos municípios.

Da análise dos graves fatos narrados na inicial, acompanhados de farto suporte probatório documental e testemunhal, não há dúvidas neste Juízo de que a medida do afastamento se faz necessária. O esquema de licitações e contratações junto às empresas Odebran e Singer envolve o cerne da Administração municipal, bem como toda a documentação que está na prefeitura e a influência direta sobre testemunhas subordinadas ao ou envolvidas com o prefeito. Todo esse quadro demonstra que a permanência do Sr. Paulo Pessanha põe em risco a produção de provas.

Do exposto, *determino o afastamento do prefeito de Itabela, Sr. Paulo Ernesto Pessanha da Silva*, com fulcro no art. 20, parágrafo único da Lei n. 8.429/92. Notifique-se a Câmara de Vereadores de Itabela. Sob o mesmo fundamento acima explicitado, *determino o afastamento dos senhores Lúcio de Oliveira França, Laurito Neves de Almeida, Josiel Nunes Carvalho, Gutemberg Quirino Lacerda e Marilene Maria Còvre*.

O MPF requer a indisponibilidade dos bens de todos os demandados (móveis, imóveis, direito e ações, ativos financeiros) ressalvada a liberação de verbas alimentares (salários, vencimentos e/ou proventos), até o montante de R\$ 2.326.671,04 (dois milhões, trezentos e vinte e seis mil, seiscentos e setenta e um reais e quatro centavos), como medida de cunho emergencial e transitório, a fim de assegurar as condições para garantia de futuro ressarcimento civil. A possibilidade de dilapidação e bens por parte dos réus e das empresas é bastante plausível, dada a quantidade de dinheiro em questão e da forma de seu provável desvio, como narrado pelo MPF. Presentes os requisitos, portanto, das liminares, *decreto cautelarmente a indisponibilidade de bens de todos os réus*, com base no art. 7º, da Lei 8.249/92, ficando vedados os saques, resgates, retiradas, pagamentos, compensações e quaisquer outras operações que impliquem liberação de valores. Os saldos porventura existentes nas contas de titularidade dos réus devem ser transferidos para a Caixa, a fim de que fiquem à disposição deste Juízo. Ressalve-se que a tal medida é reservada nova e posterior análise, quando da resposta dos réus.

Assim, determino o bloqueio, junto ao sistema Bacenjud, dos ativos financeiros dos réus. Oficie-se, ainda, por cautela, ao Bacen para que divulgue as demais instituições financeiras do teor desta decisão. Requisite-se em especial à Cooperativa de Crédito Rural de Eunápolis (fls. 64) o bloqueio dos ativos da empresa Odebran.

Oficie-se, ainda: a) aos cartórios de registro de imóveis dos Municípios abrangidos por esta Subseção, bem como ao departamento Estadual de Trânsito, de forma a requisitar informações sobre a existência de bens em nome dos réus, bem como a averbação da indisponibilidade ora decretada junto à matrícula imobiliária ou Renavam daqueles eventualmente identificados, ficando vedada qualquer transferência ou oneração; b) à Coger, de forma a cientificá-la da presente decisão e requerendo que a comunique aos demais Juízos de Primeiro Grau e Cartórios de Registros de Imóveis para que adotem as providências necessárias.

Defiro, ainda, a quebra de sigilo fiscal dos demandados, conforme requerido. Oficie-se à Receita Federal, de forma

a se requisitar cópias das declarações de Imposto de Renda dos réus e de seus cônjuges, referentes ao último exercício e, após consulta ao cadastro de Imóveis Rurais — Cafir, informações acerca de imóveis, no País, em nome dos réus e, se for a hipótese, de seus cônjuges.

Por fim, *determino, por ora, a quebra de sigilo fiscal e bancário da empresa Odebran Construtora Ltda.*, CNPJ 42.068.593/0001-78, porquanto foi habilitada nas licitações do município, mas ao mesmo tempo se declarou co-“isenta” junto à Receita Federal. Esta contradição só pode ser resolvida com o exame dos documentos fiscais da empresa. Tal exame elucidará, ainda, vários pontos relativos à improbidade administrativa ora sob exame. O período a ser objeto da quebra se restringe aos anos de 2006 e 2007.

Conforme o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, *intimem-se as partes que estejam na Administração Pública arroladas no pólo passivo para apresentarem resposta.*

O requerente assevera que, “a despeito da irregularidade meramente formal detectada, relativa a uso de notas fiscais com prazo ultrapassado”, o Ministério Público Federal empreendeu ampla investigação e, “em relação ao Prefeito Municipal de Itabela não se apontou qualquer participação concreta (...)”. Afirma que os autores da ação em questão sustentaram que o Prefeito “pelo só fato de ter assinado contratos e cheques de pagamento na qualidade de Chefe do Executivo Municipal e de ser ordenador de despesas, seria o responsável pelas irregularidades apontadas” e, “além, disso, vislumbraram que teria ocorrido a instalação de uma organização criminoso especializada em desvio e apropriação de recursos públicos’ na gestão da Prefeitura de Itabela” (fls. 4/5).

Alega, em síntese, que houve desrespeito ao devido processo legal, pois, “antes mesmo da oitiva preliminar dos réus, e conseqüentemente, *antes de receber a inicial*, determinou a adoção das medidas cautelares nela requeridas” (fls. 9); que “todas as pretensas provas apresentadas decorreram ou de denúncia com nítido caráter político-partidário ou de depoimentos tomados em investigação administrativa levada a efeito sem a presença da defesa” (fls. 10); que “não havia fundamento jurídico para a medida cautelar de afastamento do cargo de Prefeito, ocupado por força do sufrágio popular” (fls. 12); que “a drástica medida de afastamento do titular do mandato representa grave perturbação ao princípio democrático, somente havendo de ser admitida em hipótese excepcionalíssima”, sendo “inadmissível a banalização da interferência judicial no provimento dos cargos do Poder Executivo, tendo em vista o que preceitua o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal” (fls. 13); que, na decisão impugnada, não há demonstração de que “o Prefeito houvesse adotado providência no sentido de opor “dificuldade à coleta de prova no processo a ser eventualmente instaurado”, para justificar o seu afastamento, por prazo indeterminado, da administração da Prefeitura de Itabela (fls. 14); que na Prefeitura não há mais nenhum documento relacionado aos fatos investigados, pois as provas documentais já foram acostadas ao procedimento preparatório, assim, “a simples possibilidade em influenciar testemunhas não justifica o afastamento, porquanto o risco há de ser concreto e não apenas teórico” (fls. 17/18); que a decisão questionada “encerra grave lesão à ordem social municipal, ‘nesta compreendida a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público e o devido exercício das funções próprias, no âmbito de qualquer dos Poderes do Estado’”; que a “ordem administrativa do Município de Itabela foi abalada pela r. decisão concessiva de liminar, que, em manifesta violação ao princípio do devido processo legal, está a impedir ‘o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas” (fls. 20); que é “manifesto (...) o interesse público na suspensão da liminar que afastou o Prefeito do cargo, dada a grave lesão à ordem administrativa que representa a invalidação de um mandato popular (...)” (fls. 22).

Requer, ao final, a suspensão da decisão proferida na Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa n. 2007.33.10.000752-8, com a determinação para o pronto retorno do Sr. Paulo Ernesto Pessanha da Silva ao comando do Poder Executivo Municipal.

Com esse relatório, passo a expender a motivação que se segue.

Adstrita à verificação da existência dos pressupostos estabelecidos no art. 4º da Lei n. 4.348/64, ou seja, se a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É viável analisar de modo superficial o mérito da decisão tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido.

Afastada tal possibilidade, a análise do pedido de suspensão de segurança deve limitar-se, sempre que possível, à probabilidade de a decisão, ao ser executada, resultar em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Questões processuais e de mérito deverão ser discutidas na via recursal própria, para que se não transforme a suspensão de segurança em mais um entre tantos recursos cabíveis.

Na hipótese, verifica-se, inicialmente, que o pedido de efeito suspensivo tem por objetivo o retorno do Prefeito à administração do Município. No entanto, o requerimento reporta-se a questões de mérito que, repita-se, devem ser analisadas no recurso próprio.

Sobre esse aspecto, aliás, convém salientar que a decisão já foi submetida à análise preliminar da questão de fundo da ação principal, no Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.042859-2/BA, da relatoria da eminente Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe (convocada), no qual pedido idêntico de efeito suspensivo restou indeferido. Vejamos:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por *Paulo Ernesto Pessanha da Silva* contra decisão judicial oriunda dos autos da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa nº 2007.0752-8, em trâmite na Vara Única da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA. Pretende o deferimento de efeito suspensivo ao presente, com a determinação para o seu imediato retorno ao cargo de Prefeito de Itabela/BA e, quanto ao mérito, o provimento do recurso a fim de ser integralmente cassada a r. decisão recorrida.

Dou a questão por relatada. Decido.

1. Da leitura do requerimento formulado com a inicial do presente Agravo (item IV – Conclusão, fl.28), observo que o Agravante não pretende, em liminar, a suspensão da indisponibilidade dos seus bens, mas apenas o seu retorno às atividades de Prefeito de Itabela/BA, eis que, somente em pedido de mérito pleiteou a cassação integral da decisão recorrida.

2. O Juízo Federal de Eunápolis/BA, em decisão cuja cópia foi anexada pelo Agravante, entendeu que, da análise dos graves fatos narrados na inicial, acompanhados de farto suporte probatório documental e testemunhal, não há dúvidas neste juízo de que a medida do afastamento se faz necessária. O esquema de licitações e contratações junto às empresas Odebran e Singer envolve o cerne da administração municipal, bem como toda a documentação que está na prefeitura e a influência direta sobre testemunhas subordinadas ao ou envolvidas com o prefeito. Todo esse quadro demonstra que a permanência do Sr. Paulo Pessanha põe em risco a produção de provas. Do exposto, determino o afastamento do prefeito de Itabela, Sr. Paulo Ernesto Pessanha da Silva, com fulcro no art. 20, parágrafo único da Lei nº 8.429/92.

3. Quanto à interposição da ação e seu pólo ativo, o Agravante argumenta, em preliminar, falta de capacidade postulatória pela presença do Ministério Público Estadual na condição de subscritor da inicial ao lado do Procurador da República. Não lhe assiste razão. Trata-se do instituto do litisconsórcio facultativo, sobre o qual o e. Superior Tribunal de Justiça, em posição a qual adiro, já decidiu que:

Processual Civil - Ação Civil Pública - Litisconsórcio Facultativo entre Ministério Público Federal e Estadual - Possibilidade - § 5º, do Art. 5º da Lei 7.347/85 - Inocorrência de Veto - Pleno Vigor. 1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3º, e 92, § único, do CDC, não atingiu o § 5º, do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito. 2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual. 3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados. 4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital. 5. Recurso provido. (RESP 382.659/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 02.12.2003, DJ 19.12.2003 p. 322)

4. Por sua vez, em situação semelhante à ora analisada, quando foi afastado por ato de improbidade administrativa o prefeito de Jaguariaíva/PR, o e. STJ, por decisão do Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, já firmou entendimento no sentido de que, verificando-se, no caso, risco de grave lesão à ordem pública, consubstanciada na manutenção no cargo de agente político sob investigação por atos de improbidade administrativa, na qual há veementes indícios de esquema de fraudes em licitações, apropriações de bens e desvio de verbas públicas, deve ele continuar afastado, com o fim de garantir o bom andamento da instrução processual na apuração das irregularidades.

5. De fato, o fenômeno dos contratos celebrados entre a prefeitura de Itabela/BA e as construtoras Singer e Odebran, por serem aptos a proporcionar enormes lesões ao município e sua população, estava realmente a merecer a decisão dada pelo culto Magistrado. Vejamos o que determina o Estatuto Federal Licitatório, em seu art. 30, quanto à documentação relativa à qualificação técnica do licitante: comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico, adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. Ocorre que pelos documentos dos autos, especialmen-

te a informação de fl. 1100, consta notícia de que a empresa Odebran celebrou 19 contratos com o município de Itabela (áreas de limpeza pública, coleta de lixo, varrição, pintura de meio fio, construção de hospital e posto de saúde), embora só apresente junto ao INSS 2 (dois) funcionários. O Sr. Prefeito, portanto, não se desincumbiu das mínimas verificações de regular funcionamento da empresa 19 vezes vencedora, a Odebran. No entanto, se preocupou de cuidar pessoalmente de agilizar todos os procedimentos de homologação de licitação, adjudicação de objeto e pagamento de preço, em tempos tão rápidos que, no caso da construção do Hospital Regional do Bairro Bandeirantes, tudo foi resolvido e consumado em cerca de 30 (trinta) dias.

6. Às fls. 954/955 consta como sendo o endereço da sede da empresa Odebran o local onde funciona o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em Itabela. Como pode o Prefeito entregar 19 (dezenove) licitações a uma empresa cuja sede é o IBGE e somente possui dois funcionários regularizados? Realmente é flagrante a falta de respeito aos princípios administrativos da moralidade, legalidade e eficiência, todos com assento constitucional.

7. Dalari, em pensamento ao qual adiro, já afirmou que o exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe. Ainda quanto à importância da aptidão técnica, relembro argumento de Marçal Justen Filho, para quem é inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p. 311).

8. Com o intuito de buscar a moralidade, qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos, o bom administrador não pode dispensar graciosamente em procedimentos licitatórios a qualificação técnica, a estrutura, a sede e o material mínimo humano na composição da empresa. Pois foi exatamente o que fez o Prefeito/Agravante, conhecido politicamente como Júnior Dapé, decidiu ele dispensar todas as formalidades legais e declarar vencedora de licitações as empresas já referidas.

9. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão cujo trecho transcrevo, já decidiu que *é de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência*, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei – mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa (Resp. nº 44.750-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, unânime, DJ de 25.9.00).

10. Segundo a inicial da ação civil por improbidade, os dois órgãos do Ministério Público apuraram que a Comissão Permanente de Licitação da prefeitura de Itabela /BA transformou-se em uma frente comissionada para servir a interesses do grupo que tem utilizado a administração municipal em benefício próprio. À comissão, ao prefeito e aos secretários municipais são imputadas, dentre outras irregularidades, a de burlarem a Lei de Licitações para beneficiar a construtoras em quatro contratos para prestação de serviços de construção de 150 casas populares; de reforma e ampliação do Posto de Saúde da Rua Duque de Caxias; de obras de conclusão do Hospital Regional na Rua Nova (bairro Bandeirantes) e de construção de 118 banheiros no distrito de Monte Pascoal. Os contratos envolvem recursos federais, inclusive da Caixa Econômica Federal.

11. De acordo com o Procurador da República e com o de Justiça, além de frustrar o caráter competitivo das licitações na administração pública ao direcionar o procedimento licitatório e habilitar uma empresa não qualificada, a CPL preencheu notas fiscais da construtora. A Odebran declarou-se, perante a Receita Federal do Brasil, como inativa entre 2002 e 2006, seus sócios são/foram servidores públicos com salários relativamente baixos e rapidamente, sem nenhuma estrutura, capital, sede ou quadro de funcionários, passou a ganhar todas as licitações das quais participou no município de Itabela/BA, qualificando-se técnica e econômico-financeiramente em todos os certames.

12. Por fim, observo que o intuito do Agravante, na verdade, é exclusivamente a defesa dos seus interesses particulares na condição de prefeito afastado buscando o retorno ao cargo. A única e clara intenção de modificar decisão que lhe foi desfavorável não lhe concede o *fumus boni juris* e nem o *periculum in mora*, já que a via escolhida (atribuição de efeito suspensivo em Agravo), é medida excepcional e, nos casos de decisões em ação civil por improbidade administrativa, a meu ver deve-se restringir a verificar se houve lesão à saúde, ordem, segurança, patrimônio ou economia pública, bens jurídicos tutelados em lei. Ocorre que tais bens não foram lesionados na decisão impugnada. Ao contrário, foram protegidos.

13. Por todo o exposto, nego o efeito suspensivo postulado pelo Agravante.

14. Comunique-se o Juízo Federal de Eunápolis/BA, oportunidade em que devem ser solicitadas informações, a serem prestadas em até 10 (dez) dias.

15. Após, dê-se vista ao MPF.
 16. Intime-se. Cumpra-se.
- Brasília, 21 de setembro de 2007.

No que se refere aos pressupostos autorizadores da medida ora postulada, entendo que não está comprovada a lesão alegada. Com efeito, no caso de afastamento do representante do Executivo Municipal, independentemente do motivo, há mecanismos previstos em lei para que a administração do Município não sofra solução de continuidade. Entendo, ademais, que é do interesse público, tanto municipal como nacional, que, diante de tais suspeitas, se tomem as medidas necessárias para que haja ampla investigação, para que dúvidas não parem sobre a lisura da administração que está sendo inquirida.

Aliás, no ponto, o documento de fls. 25 comprova que a Chefia do Poder Executivo Municipal está constitucionalmente assegurada ao Sr. Vice-Prefeito eleito e empossado.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental em pedido de suspensão. Afastamento temporário de prefeito. Lei nº 8.429/92, art. 20, parágrafo único. Lesão ao interesse público não-configurada. Lei nº 8.437/92, art. 4º.

1. O afastamento temporário de Prefeito, medida prevista na Lei nº 8.429/92, art. 20, parágrafo único, decorrente de investigação por atos de improbidade administrativa, não tem potencial para, por si só, causar grave lesão à ordem, à saúde, à economia ou à segurança pública (Lei nº 8.437/92, art. 4º).

2. Agravo regimental não provido. (AGRG na SLS 16/BA, Relator, Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, DJ de 15/05/2006, p. 135.)

1. O Ministério Público do Estado de Goiás ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na qual foi deferida a liminar para determinar “o imediato afastamento temporário dos réus Edvaldo Pereira da Silva (vereador), e José Miranda da Costa (contador) de suas funções junto a Câmara Municipal de Minaçu-GO, ficando o primeiro réu, vereador, com o direito a perceber a remuneração normal limitada ao salário ou subsídio mensal” (fl. 100).

A Câmara Municipal de Minaçu requereu a suspensão dessa liminar perante a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que não conheceu do pedido, sob o fundamento de que “a legitimidade da Câmara Municipal para tal pretensão limita-se à proteção de suas prerrogativas, o que não é o caso, pois se percebe, na verdade, que defende interesse particular do edil afastado, e não da Casa Legislativa, circunstância que desvia por completo da ratio essendi da lei que excepciona as situações ensejadoras do pedido em questão” (fl. 64). Interposto agravo interno, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça goiano negou-lhe provimento (fls. 40/41).

Daí este novo pedido de suspensão requerido pela Câmara Municipal de Minaçu, com base no art. 4º da Lei n. 8.437/92, sob alegação de lesão à ordem e à economia públicas. Alega a requerente, preliminarmente, que detém capacidade processual e legitimidade ativa neste caso, de defesa da integralidade do número de seus vereadores. Sustenta que o “afastamento temporário do vereador Edvaldo se deu sem prejuízo de seus subsídios” e a posse do respectivo suplente, por força de decisão de juíza eleitoral, impõem à Câmara Municipal “o ônus do pagamento de 10 (dez) vereadores, quando a sua composição legal é de 09 (nove) vereadores, correndo o risco de infringir a Lei de responsabilidade fiscal, por ultrapassar o limite de gastos com pessoal” (fl. 25) e causando “prejuízo financeiro, instabilidade política e administrativa e subvertendo a ordem econômica e social” (fl. 14). Aduz, por outro lado, que a ação civil pública originária deste feito é repetição de anterior ação ajuizada pelo Ministério Público de Goiás, cuja liminar foi suspensa pela Presidência do Tribunal de Justiça local. Aponta, ainda, afronta aos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.437/92 (falta de audiência prévia da pessoa jurídica interessada).

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido (fl. 208).

2. A suspensão de liminar é medida excepcional, cingindo-se sua análise a verificar a lesão dos bens jurídicos tutelados pela norma de regência, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

No caso, não se acham presentes os pressupostos específicos para o deferimento do pedido.

A questão de afronta aos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.437/92, assim como a alegação de litispendência inserem-se no conceito de ordem jurídica, devendo, pois, ser discutidas nas vias próprias, conforme entendimento firmado nesta Corte, verbis: “a expedita via da suspensão de segurança não é própria para a apreciação de lesão à ordem jurídica. É inadmissível, ante a sistemática de distribuição de competências do Judiciário brasileiro, a Presidência arvorar-se em instância revisora das decisões emanadas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais” (AgRg na SS n. 1.302/PA, Relator Ministro Nilson Naves, entre outros).

A alegada ofensa à ordem pública não se constata. O afastamento do agente de suas funções objetiva garantir o bom

andamento da instrução processual na apuração das irregularidades apontadas (desvio em benefício do próprio vereador de vencimentos dos servidores nomeados em seu gabinete). O interesse público em afastar o agente improbo deve estar acima do interesse particular do mandatário em permanecer no cargo.

De outro lado, como bem asseverou o em. Ministro Edson Vidigal ao apreciar hipótese assemelhada (SLS n.16-BA), “o afastamento temporário de Prefeito, medida prevista em lei, não tem potencial de causar lesão ao interesse público, pois a administração pública continua em pleno funcionamento. Certa é a necessária apuração, com rigor e maior celeridade possível, das irregularidades imputadas ao requerente, pois o ‘homem público’, que administra o dinheiro público, tem a obrigação de se revelar probo e merecedor da comunidade que o elegeu”.

Quanto à economia pública, deixou a requerente de demonstrá-la, porquanto não basta a assertiva de lesão. Era de rigor que comprovasse, mediante quadro comparativo com as finanças municipais, a concreta lesão à economia pública, com magnitude suficiente para justificar o deferimento desta medida excepcional. Ademais, o aumento nos encargos da Câmara, referente à remuneração de mais um vereador, decorreu da decisão da “MMA. Juíza Eleitoral da Comarca, (que) determinou a posse do suplente” (fl. 15). Esse decisório da justiça eleitoral é estranho ao objeto deste feito, de modo que se revela inviável a apreciação dos seus efeitos neste incidente.

3. Isso posto, indefiro o pedido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de agosto de 2007. (SLS 719-STJ), Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 13/08/2007.)

Na esteira desse entendimento, verifico que, *in casu*, o afastamento do Prefeito de Itabela, com base no parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92, não acarreta prejuízo ao interesse público nem lesão aos bens jurídicos tutelados pelo art. 4º da Lei n. 8.437/92, porquanto o afastamento, em princípio, visa exatamente à preservá-los.

Aliás, no ponto, os fatos e procedimentos noticiados na r. decisão da eminente Relatora do Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.042859-2/BA são graves e recomendam, por si só, o afastamento determinado pelo Juízo *a quo*, a critério das instâncias ordinárias, por se tratar de matéria técnico-probatória.

Ademais, o Município de Itabela não traz aos autos, além da cópia da Ação Civil Pública em tela, comprovação de que o afastamento de seu Prefeito acarretará a lesão alegada. O mero afastamento de seu Prefeito, ainda que por prazo indeterminado, não é motivo suficiente para amparar o deferimento da medida excepcionalíssima ora postulada e as demais questões apresentadas devem ser analisadas, como já se disse, no recurso próprio, porquanto a suspensão de segurança não tem vocação revisora.

Pelo exposto, indefiro o pedido formulado pelo Município de Itabela.

Intimem-se. Publiquem-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Brasília, 15 de outubro de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.045062-8/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 24/10/2007

Publicação: DJ 2 de 31/10/2007

Decisão

Insurge-se a agravante contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu liminar que visava a reinclusão da empresa no Programa de Parcelamento Especial – PAES, instituído pela Lei n. 10.684/03.

Alega que a sua exclusão do PAES se deu por atraso no pagamento de 5 parcelas consecutivas, o que configura um ato ilegal, uma vez que a Lei n. 10.684/03 não previu a exclusão das empresas do Programa em caso de impontualidade no pagamento, mas tão-só na hipótese de inadimplência.

Sustenta que a referida exclusão violou os princípios previstos no art. 2º da Lei n. 9.784/99, quais sejam, da legalidade, porquanto cria nova modalidade de exclusão daquele programa, da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que se apresenta muito mais vantajosa a permanência no PAES da empresa impontual, porém adimplente.

Aduz, também, violação ao princípio da isonomia, por tratar de forma igual empresas em situações distintas (impontual e inadimplente),

Assevera, ainda, que a referida exclusão reputa-se ilegal, porquanto sua notificação acerca do teor do Ato Coator (Ato Declaratório n. 8, de 23.08.07) não foi pessoal.

Assim, requer a antecipação da pretensão recursal para determinar a imediata reinclusão da Agravante no PAES, bem como que lhe seja fornecida as guias de recolhimento das parcelas assumidas, inclusive a referente ao mês de setembro/2007.

Isso Posto, Decido.

Não vislumbro relevância jurídica na pretensão da agravante. Com efeito, a concessão de liminar em mandado de segurança exige a presença de seus requisitos ensejadores, quais sejam, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Conquanto a presença do primeiro seja inquestionável, diante das conseqüências advindas do ato de exclusão, o mesmo não ocorre em relação ao segundo, tendo em vista que a egrégia Sétima Turma deste Tribunal vem entendendo que a adesão ao referido programa implica a aceitação, pelo contribuinte, das condições estabelecidas, salvo se inconstitucionais, vício em que não incorre a falta de sua notificação para defesa, antes da exclusão, pelo não atendimento das condições previstas, dado à simplicidade da mecânica do programa, à sua natureza de favor fiscal, ao seu objetivo de recuperação de créditos vencidos do Poder Público, e à circunstância de os fatos que ensejam a exclusão, a teor do art. 7º da Lei n. 10.684/03, serem, previamente, conhecidos do contribuinte, seja porque foi deles cientificado, expressamente, seja porque constituem práticas a ele atribuíveis.

Inexiste, também, infringência à Lei n. 9.784/99, tendo em vista que não se aplicam ao PAES as normas do processo administrativo traçadas por este diploma legal, pois, como já dito, o Programa dispõe de legislação específica que regula todos os seus procedimentos, envolvendo a inclusão das empresas no favor fiscal e sua exclusão, se descumpridas as condições legais de permanência assumidas no ato de inserção.

Ademais, é de ressaltar-se que a empresa, conforme documento de fl. 21, reconhece que incorreu em atraso para com o aludido programa, posto que deixou de recolher as parcelas relativas aos meses de 03/2007, 04/2007, 05/2007, 06/2007 a 07/2007.

Assim, verificada hipótese legal de exclusão da agravante, revela-se legítimo o ato impugnado, não sendo aco-

lhível, ao meu ver, a alegação de ter sido o pagamento efetuado antes da eficácia do ato da exclusão, argumento que, se admitido, permitiria ao contribuinte atrasar, seguidas vezes o pagamento, que seria feito nos dez dias seguintes à sua exclusão do programa, inviabilizando a aplicação do dispositivo legal que pune a inadimplência.

Daí por que denego a antecipação da pretensão recursal.

Intime-se a agravada para os fins do art. 527, V, do CPC (Lei n. 10.352/01).

Publique-se. Intime-se.

Brasília-DF, 24 de outubro de 2007.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.042617-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 25/09/2007

Publicação: DJ 2 de 05/10/2007

Decisão

Insurge-se a agravante contra decisão de fls. 316/319, que acolheu, parcialmente, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e concedeu a liminar para determinar ao representante judicial da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Distrito Federal, que entregasse a Carteira de Identidade de Advogado para a autora, ora agravada.

Ressalta que “a tutela antecipada somente pode ser concedida nas hipóteses em que as conseqüências de fato decorrentes da decisão proferida sejam reversíveis, diante da plausibilidade do direito e do perigo na demora” (fl. 04).

Sustenta não ser possível se falar em *periculum in mora* enquanto não se decide se a agravada foi aprovada ou não.

Assevera que a Comissão criada pela OAB/DF com o objetivo de investigar possíveis ilegalidades no Exame da Ordem de 2006 não violou qualquer direito líquido e certo da agravada, pois não procedeu a nenhum ato revestido de ilegalidade ou abuso de poder.

Afirma que, no processo de investigação do referido exame de ordem de 2006, foi verificado, através de análise pericial, que a prova na área de Direito Penal não foi escrita pela agravada, e, por essa razão, a Diretoria da OAB/DF determinou que o cartão de identidade profissional de advogado não fosse expedido até que se finalizasse o processo relacionado à fraude.

Alega que a agravada não pode ser considerada aprovada, uma vez que não teria sido ela a autora das respostas que ensejaram pontuação compatível com a aprovação.

Ressalta, ainda, que “investiu-se o d. Juiz de poder legiferante, que não cabe a ninguém a não ser ao legislador, no momento em que criou a figura ‘inscrição provisória’, inexistente na Lei nº 8.906/94, a qual somente prevê inscrição definitiva de advogados e estagiários, em violação ao Art. 2º, que trata da independência dos poderes, e, ainda, ao Princípio da Legalidade consagrado no Art. 5º, ambos da Constituição Federal”, além de não ter observado que o Estatuto da Advocacia e da OAB – EAOAB estabelece, entre outros requisitos, para efetivação da inscrição nos quadros da Ordem, idoneidade moral.

Assevera, também, que ao Poder Judiciário só cabe rever decisões de mérito administrativo em caso de ilegalidade daquelas, pois o mérito da decisão administrativa é elemento temático inerente ao poder discricionário da administração pública.

Requer a concessão de efeito suspensivo.

Isso posto, decido.

Confiro relevância jurídica à pretensão da agravante, tendo em conta que:

a) Ainda que a decisão agravada haja se baseado no § 7º do art. 273 do CPC, que não trata de antecipação de tutela, mas de liminar de natureza cautelar, tal concessão pressupõe a presença dos requisitos de plausibilidade jurídica e perigo na demora, mas, quanto a este, a decisão agravada, enquanto, de um lado, divisa-o no fato de que “a autora segundo consta dos autos sobrevive como Estagiária e sua ascensão à categoria de Advogada permitirá que consiga exercer trabalho para a sua manutenção” (fl. 318), por outro lado afirma que “a atividade de Advogado sofre seleção

natural porque depende de clientes e sendo o fato público (i. e. a fraude de que é acusada), a busca por serviço sofrerá crítica e impedirá que cause prejuízo para terceiros” (fl. 319).

b) Se se admite, por essa forma, que o exercício da advocacia pela agravada pode causar prejuízos a terceiros, diante da gravidade do fato que lhe é atribuído, a prudência recomenda que não se permita esse exercício por via de liminar;

c) Não se pode, por outro lado, vislumbrar “*fumus boni iuris*” na pretensão de obter inscrição na OAB como Advogado, ato para o qual a Lei 8.906/94, em seu art. 8º, VI, exige “idoneidade moral”, por parte de quem está sendo acusada de fraudar o próprio processo de seleção indispensável a essa inscrição, estando o fato em apuração, pela própria OAB e pela Polícia Federal.

d) A decisão agravada concedeu à recorrida inscrição provisória no Quadro de Advogados da OAB-DF, pelo prazo de 01 (um) ano, criando espécie de inscrição não prevista em lei, o que vai de encontro ao princípio de que o juiz não pode agir como legislador positivo;

Isso posto, *concedo o efeito suspensivo*, para sustar a eficácia da decisão agravada até a sua apreciação pela Turma.

Dê-se ciência ao ilustre prolator da decisão agravada, para as providências com vistas ao seu cumprimento.

Intime-se a agravada para os fins do art. 527, V, do CPC (Lei nº 10.352/01).

Publique-se.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2007.

Processo

2004.36.00.900121-8/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Julier Sebastião da Silva

Recorrente: Marcos Antonio Gonçalves Ardevino

Recorrida: União Federal

Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT

Publicação: DJ/MT de 09/10/2007

Ementa

Direito Administrativo. Servidor público. Auxílio-alimentação. Art. 102 da Lei 8.112/92. Férias. Licença prêmio. Pagamento devido.

I – O auxílio-alimentação é devido “por dia trabalhado”, que, por sua vez, corresponde aos dias de exercício efetivo de serviço, devendo-se incluir nestes o período em que o servidor estiver em gozo de férias e/ou licença, conforme disposto nos artigos 102 e 97 da Lei 8112/91.

II – Há que se ressaltar, no que se refere ao pedido para pagamento do auxílio-alimentação nos períodos de licença-prêmio, que, até o dia 10/12/1997, esta ausência era considerada pelo art. 102, inciso VIII, letra “e”, da Lei 8.112/90, como dia de “efetivo exercício”. Contudo, a Lei nº 9.527/97, publicada no Diário Oficial do dia 11/12/1997, deu nova redação ao referido art. 102, inciso VIII, letra “e”, da Lei 8.112/90, não mais considerando a licença-prêmio como dia de “efetivo exercício”. Logo, somente até a última data, o pagamento da rubrica é devido.

III – Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, dar parcial provimento, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 28/09/2007.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:

— Marcos Antonio Gonçalves Ardevino recorreu contra a sentença exarada pelo Juizado Especial Federal desta Seccional, que julgou improcedente pedido de ressarcimento das parcelas não pagas a título de auxílio-alimentação, no período de outubro de 1996 a dezembro de 2001.

Sustenta o Recorrente que o auxílio-alimentação é devido mesmo no gozo de férias e licença prêmio, conforme previsão do art. 102 da Lei 8112/91.

O Recorrido apresentou suas contra-razões.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva: — Sustenta o Recorrente ser-lhe devido o pagamento de auxílio-alimentação durante o gozo de férias e/ou licença prêmio. De outra parte, o Recorrido entende que a verba em questão deve ser paga “por dia trabalhado”, a teor do previsto do art. 22 da Lei 8460/92, que assim prevê:

Art. 22. O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação por dia trabalhado, aos servidores públicos federais civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)

(omissis)

§ 6º Considerar-se-á para o desconto do auxílio-alimentação, por dia não trabalhado, a proporcionalidade de 22 dias. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)

Como se vê, a solução da lide está em compreender o sentido da expressão “dia trabalhado”, de forma que exista harmonia entre o dispositivo acima citado e a previsão contida no artigo 102 da Lei 8112/91, *in verbis*:

“Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

I – férias;

II – exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

III – exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;

IV – participação em programa de treinamento regularmente instituído, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

V – desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

VI – júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII – missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

VIII – licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

b) para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

c) para o desempenho de mandato classista ou participação de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores para prestar serviços a seus membros, exceto para efeito de promoção

por merecimento; (Redação dada pela Lei nº 11.094, de 2005)

d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

e) para capacitação, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

f) por convocação para o serviço militar;

IX – deslocamento para a nova sede de que trata o art. 18;

X – participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;

XI – afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)”

Nessa esteira, é forçoso concluir que o auxílio-alimentação é devido “por dia trabalhado”, que, por sua vez, corresponde aos dias de exercício efetivo de serviço, devendo-se incluir nestes o período em que o servidor estiver em gozo de férias e/ou licença, conforme disposto nos artigos 102 e 97 da Lei 8112/91.

Esse, aliás, é o entendimento esposado pelo e. Superior Tribunal de Justiça no acórdão abaixo transcrito:

Administrativo. Servidor público federal. Auxílio-alimentação. Art. 22 da Lei n.º 8.460/92. Período de férias e licenças. Pagamento. Possibilidade. Períodos considerados como de efetivo exercício, nos termos do art. 102 da Lei n.º 8.112/90.

1. A alteração da redação do art. 22 da Lei n.º 8.460/92, promovida pela Medida provisória n.º 1.573-12/97 – convertida na Lei n.º 9.527/97 – não alterou o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que é devido aos servidores públicos o “auxílio-alimentação” nos períodos de férias e licenças.

2. Recurso especial desprovido. (Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - Recurso Especial – 625338. Processo: 200302288922. UF: PB. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 14/06/2007 Documento: STJ000760585.DJ DATA:06/08/2007 Página: 611. Relatora: Laurita Vaz)

Há que se ressaltar, quanto ao pedido para pagamento do auxílio-alimentação nos períodos de licença-prêmio, que, até o dia 10/12/1997, esta ausência era considerada pelo art. 102, inciso VIII, letra “e”, da Lei 8.112/90, como dia de “efetivo exercício”. Contudo,

a Lei nº 9.527/97, publicada no Diário Oficial do dia 11/12/1997, deu nova redação ao referido art. 102, inciso VIII, letra “e”, da Lei 8.112/90, não mais considerando a licença-prêmio como dia de “efetivo exercício”. Logo, somente até a última data, o pagamento da rubrica é devido.

Com efeito, dou parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial e, por conseguinte, condenar o Recorrido ao ressarcimento das parcelas devidas e não pagas a título de auxílio-alimentação, nos períodos de gozo de férias, no interstício de outubro/96 a dezembro/2001, e, na ausência devida por licença-prêmio, durante o período de outubro/96 a dezembro/97, acrescidas de juros de mora de 0,5% ao ano, a partir da citação, conforme o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, acrescido pela MP nº 2.180/01, e correção monetária pelo INPC.

Remetam-se os autos à Contadoria.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/95.

É como voto.

Recurso Cível

2005.36.00.910899-1/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: União
Procurador: Dr. Claudio Cezar Fim
Recorrido: James Ludgero M. Holland
Advogado: Dr. Marco Antonio Jobim
Publicação: DJ/MT de 10/10/2007

Ementa

Constitucional. Prisão civil indevida. Depositário infiel. Dívida paga. Nova prisão. Dano moral. Indenização. Bem. Liberdade de ir e vir. Direito fundamental.

I – O fato de o autor ter sofrido nova prisão civil, por dívida já paga, em face de o mandado de prisão, já revogado, mas não recolhido, acarreta prejuízo moral a ser indenizado pela União, tendo em conta que a ordem de prisão originou-se da Vara do Trabalho.

II – Ao contrário do que alega a União, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral não é desproporcional ao dano. Isso porque o direito de ir e vir, constitucionalmente protegido e objeto de incessantes desrespeitos, é direito fundamental do cidadão e exige proteção severa. Se a prisão criminal, no ordenamento brasileiro, já é considerada medida excepcional em face do princípio da dignidade da pessoa humana, muito mais a prisão civil – cuja constitucionalidade já é discutida – efetuada sem justo motivo.

III – Dano moral configurado e indenização mantida.

IV – Recurso improvido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, conheceu o recurso e negou-lhe provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MT – 28/09/2007.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — A União insurge-se contra a sentença que julgou procedente o pedido da parte autora, condenando-a ao pagamento do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral, em face de o Autor ter sofrido ato de constrição de sua liberdade, por meio de mandado de prisão, para depositário infiel, já revogado e não recolhido.

Diz, em suma, que a indenização fixada, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é desproporcional para

o caso e deve ser reduzida para o valor de R\$ 1.000,00.

Contra-razões ofertadas.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — A discussão recursal do presente caso concentra-se no valor fixado a título de dano moral.

A União, reconhecendo o ato lesivo à esfera subjetiva do Autor, apenas pleiteia que a indenização de

dez mil, seja reduzida para mil reais, em face do princípio da proporcionalidade.

De se ressaltar que, de fato, a nossa legislação não adotou a teoria do desestímulo, vigente em alguns países, sendo mister que a indenização guarde vínculo de proporcionalidade com o dano causado, de modo a não configurar hipótese de enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Isso porque na ausência de critérios específicos e matemáticos, cabe ao magistrado avaliar as circunstâncias de fato, reveladas principalmente pela extensão dos danos causados (essa é a lição do eminente Humberto Teodoro Júnior, *in Dano moral*, 4ª edição, ed. Juarez de Oliveira, ao tratar dos critérios de arbitramento).

Entretanto, no caso, como se trata de liberdade de ir e vir, direito fundamental por qual o homem luta desde os primórdios da sua existência, e pela qual as Constituições lograram ser fundamentais, considero que houve significativo contratempo no fato de o Autor ter sido novamente detido e dessa vez sem justo motivo. A prisão, no ordenamento brasileiro, é medida totalmente excepcional até para aqueles que respondem a processo criminal, quanto mais não será para os casos de prisão civil — cuja constitucionalidade já é discutida — sem justo motivo.

Ademais, como agravante para a União, tem-se ainda que a prisão ocorreu 16 (dezesesseis) dias depois da revogação do mandado. Ou seja, não houve a mínima preocupação por parte do Estado em recolher mandado de prisão já revogado, ficando este nas mãos da Polícia Estadual por mais de duas semanas depois de sua revogação.

Diante disso, verifico que: não são as poucas horas que o Autor ficou detido que servem de parâmetro para a indenização moral, mas sim o ato de detenção indevido e totalmente desnecessário é que ocasionou o critério quantitativo utilizado.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Sem custas ou honorários (art. 55, da Lei 9.099/95).

É como voto.

Processo

2005.36.00.912714-1/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva
Recorrente: Geni Alecrim Andrade
Recorrida: Caixa Econômica Federal – CEF
Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT
Publicação: DJ/MT de 04/10/2007

Ementa

Direito Civil. Responsabilidade. Instituição financeira. Cliente. Saldo parcial. Indisponibilidade indevida. Falha do sistema. Reconhecimento pelo banco. Devolução do montante. Danos materiais. Não demonstração. Impossibilidade. Danos morais caracterizados. Indenização devida.

I – A ocorrência de erro no sistema operacional da CEF, admitida, inclusive, em sua defesa, causou à cliente um prejuízo não apenas de ordem material, mas também de cunho moral.

II – Restituído o valor indevidamente indisponibilizado à correntista e ausente provas de danos materiais, impossível a indenização destes.

III – O fato de a Recorrente ver desaparecer do saldo de sua conta bancária, de forma indevida e inexplicável, uma quantia em dinheiro, e a necessidade de dirigir-se ao gerente para expor o ocorrido e tentar uma composição, experimentando, com isso, sentimentos de angústia, incerteza, expectativa e indignação, configuram dano moral indenizável.

IV – A indenização deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

V – Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 28/09/2007.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Trata-se de recurso interposto por Geni Alecrim Andrade contra sentença que julgou-lhe improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais, ante a inexistência de provas da ocorrência destes.

Alega a Recorrente que a falha no sistema operacional da Caixa Econômica Federal, com a apropriação indevida de valores de sua titularidade, enseja a condenação da instituição financeira pelos danos materiais e

morais experimentados pela cliente. Sustenta que, uma vez reconhecida a falha pela própria Recorrida, tem-se por comprovados os danos que sofrera.

Argumenta ainda a Recorrente que às relações bancárias devem ser aplicadas as disposições do CDC, atribuindo-se à Recorrida o ônus da prova. Assegura ter sofrido agressões verbais praticadas pelo gerente da Recorrida, causando-lhe humilhação, aborrecimento e angústia. Pede, portanto, o provimento do recurso.

A Recorrida apresentou contra-razões.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:

— A indenização por danos materiais não é devida, como bem fundamentado na sentença atacada. Para o reconhecimento do direito à indenização, faz-se necessária prova do dano efetivamente sofrido. De outra parte, é fato incontroverso que houve uma falha do serviço da CEF, tornando indisponível saldo parcial da Autora. Entretanto, o montante bloqueado foi devolvido à sua conta corrente no dia seguinte, sem qualquer prejuízo. Dessa forma, não vislumbro a ocorrência de efetivo dano material à Recorrente, que foi ressarcida, e sem demora, pela instituição bancária.

Destino diverso reserva-se ao dano moral alegado, o qual deve ser indenizado pela Recorrida, conforme abaixo se evidencia.

A Recorrente, ao tentar sem sucesso efetuar saque em caixa eletrônico, resolveu conferir seu saldo, constatando que fora subtraído indevidamente de sua conta o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), em razão de falhas no sistema operacional da CEF. Buscando solucionar o problema com o gerente da agência bancária, recebeu tratamento grosseiro e de forma suspeita.

Não houve controvérsia quanto ao fato da indisponibilidade de parte do saldo, já que a própria Recorrida devolveu à Autora, no dia seguinte, o montante bloqueado. Desse modo, não se nega a culpa da instituição financeira pela fragilidade de seu sistema de informatização, restando assim comprovado o nexo de causalidade entre a conduta daquela e o dano experimentado pela cliente. Assim, o simples fato de a Recorrente ver desaparecer do saldo de sua conta bancária, de forma indevida e inexplicável, uma quantia em dinheiro, aliado à necessidade de dirigir-se ao gerente para expor o ocorrido e tentar uma composição, experimentando, com isso, sentimentos de angústia, incerteza, expectativa e indignação, robustecem e configuram a mácula moral advinda do episódio.

Nesse sentido, materializada se encontra a responsabilidade civil da instituição financeira, na esteira do seguinte julgado da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Acórdão origem: Tribunal - Segunda Região classe: AC - Apelação Cível - 331318 Processo: 199951010624265 UF: RJ órgão julgador: Quarta Turma data da decisão: 27/10/2004 documento: TRF200131233 fonte DJU data:17/11/2004 página: 93 Relator(a) Juiz Fernando Marques

Ementa responsabilidade civil. Dano material e moral. Caixa Econômica Federal. *Saques indevidos em conta de poupança. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor.* – Considerando que os bancos, como prestadores de serviço, submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor, ex vi do disposto no § 2º do artigo 3º da referida Lei 8078, de 1990, há que se concluir pela inversão do ônus da prova, com fulcro no art. 6º III, do CDC, competindo à CEF afastar sua responsabilidade, eis que nos termos do art. 14 da mesma Lei a responsabilidade contratual do banco é objetiva, cabendo ao mesmo indenizar seus clientes.

– As fitas de segurança que registraram os saques indevidos, requisitadas pelo Juízo, não foram apresentadas pela CEF, sob alegação de que as Agências onde ocorreram tais saques não mais as possuíam, pois haviam sido reaproveitadas, tendo deixado, assim, a instituição bancária de servir-se de prova que a eximiria, talvez, da responsabilidade.

– Inexistirem nos autos quaisquer provas que apontem negligência dos titulares da conta de poupança quando do uso de seus cartões magnéticos e senha, o que poderia eventualmente caracterizar hipótese prevista no art. 14, § 3º do CDC. – *Comprovado o dano*, referente aos valores indevidamente sacados da conta de poupança dos autores, *exsurge o dever da CEF de indenizá-los por tal prejuízo, além de arcar com a indenização por danos morais, face à frustração, ao constrangimento e humilhação advindos da situação que se formou, com o cancelamento indevido do cartão magnético dos autores e a publicidade de tal medida.* – *O dano moral é instituto que se caracteriza por dupla função: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima e punição do ofensor, para que não mais volte a praticar o ato lesivo.*

– Na fixação do dano moral, o magistrado não se encontra obrigado a utilizar-se de parâmetros fixados em lei. Ao determinar o valor da indenização, deve observar as circunstâncias em que ocorreu o evento e outros aspectos do caso concreto.

– A indenização fixada pelo Juízo, tanto a título de dano material como moral, guarda proporcionalidade e razoabilidade com os fatos. Em verdade, a indenização arbitrada não deve ser tão

leve que incentive o réu a continuar causando danos morais a outras vítimas ou que a sociedade se acostume a ver com naturalidade tais comportamentos. Por outro lado, não pode ser passível de enriquecimento ilícito por parte da vítima.

Com efeito, dou parcial provimento ao recurso, julgando parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a Recorrida a pagar indenização por danos morais à Recorrente no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), corrigido pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, sendo os referidos acessórios devidos a partir da data do evento danoso até o efetivo pagamento.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

Processo

2007.36.00.703211-4/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Agravada: Benedita Maria de Jesus
Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT
Publicação: DJ 2 de 09/10/2007

Ementa

Processual Civil e Previdenciário. Implantação de benefício. Atraso. Multa fixada em sentença. Redução de ofício pelo juízo. Art. 461, § 6º, do CPC. Legalidade. Recurso improvido.

I – O valor da multa será razoável quando proporcional ao tempo de demora no cumprimento do julgado, e não propiciar o enriquecimento da parte agravada.

II – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 28/09/2007.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Cuida-se de recurso interposto pelo INSS contra decisão que o condenou ao pagamento da quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), referente à multa diária em decorrência do não cumprimento da ordem judicial no prazo determinado.

O Recorrente alega que não ocorreu, *in casu*, mera desobediência proposital à causa, mas sim impossibilidade material de atender ao referido comando do Juízo *a quo*, em decorrência da grande demanda e da sua estrutura deficitária. Pugna que o valor da multa seja reduzido, por caracterizar este enriquecimento sem causa pela Agravada.

Contra-razões às fls. 120/127.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— A preliminar suscitada pela Agravada, não merece guarida. É possível conhecer do recurso interposto aplicando-se o princípio da fungibilidade, uma vez que o Recorrente não incidiu em erro grosseiro. Ainda o recurso foi interposto dentro do prazo que do agravo de instrumento. Logo, deve observar o trâmite estabelecido para este, e não como recurso inominado.

Passando-se à análise do mérito, não há que se falar em impossibilidade de imposição de multa pecuniária contra a Fazenda Pública. Aliás, o e. Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de ser perfeitamente cabível a cominação de multa pecuniária, inclusive, de ofício, em casos de descumprimento de obrigação de fazer a que a Administração Pública tenha sido condenada, como se pode extrair do julgado abaixo:

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Direito Processual Civil. Fazenda Pública.

Obrigação de fazer. Imposição de multa. Fixação ex officio. Possibilidade.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que é possível a fixação *ex officio*, pelo Juízo da Execução, de multa contra a Fazenda Pública por inadimplemento de obrigação de fazer.

2. Agravo regimental improvido. (Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça. Classe: AGA - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - 773576. Processo: 200601158413 UF: SP Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ data: 26/02/2007. Página: 652)

No que pertine ao *quantum* a ser fixado a título de multa cominatória, deve-se levar em conta o caso em concreto. Ou seja, o valor será razoável quando proporcional ao tempo de demora no cumprimento do julgado, e não propiciar o enriquecimento da parte contrária.

Neste sentido, constata-se que a sentença prolatada pelo Juízo *a quo* fixou multa em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso, a ser computada desde 17/11/2003, quando expirou o prazo para implantação do benefício previdenciário. Da data que o INSS deveria ter cumprido a sentença até seu efetivo cumprimento decorreram quase três meses. Dessa forma, a Autora requereu aplicação da multa cominatória supra citada, apurando-se o valor de aproximadamente R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Por considerar este montante excessivo e podendo modificá-lo de ofício, o Juiz *a quo* condenou a Autarquia ao pagamento da quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Assim, considerando que a multa é meio de coerção, e não uma pena, conclui-se que agiu bem o Magistrado *a quo* ao reduzir *ex officio* o seu valor. Ora, também a multa é utilizada como dispositivo legal para dar efetividade e agilidade à Justiça e deve, portanto, ser aplicada, para que o INSS respeite as decisões judiciais e cumpra-as dentro do prazo.

Nesse sentido, o julgado do TRF/1ª Região, da lavra da Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, *in verbis*:

FGTS. Execução de sentença. Obrigação de recompor os saldos nas contas vinculadas. Decisão a quo que determinou imediato cumprimento da obrigação com fixação de multa diária em caso de descumprimento no prazo fixado. Possibilidade. Art. 461, §§ 1º e 4º do CPC. Execução nos próprios autos. Redução da multa para evitar enriquecimento da parte. Atuação de ofício. Art. 461, § 6º do CPC.

1. Restou pacificado, no âmbito deste Tribunal, que a obrigação da CEF, em creditar os expurgos inflacionários nas existentes contas vinculadas ao FGTS, é classificada como de fazer, salvo quando os saldos foram integralmente levantados pelo titular da conta, que, na forma da lei, haverá obrigação de dar.

2. Caracterizada a obrigação da CEF, em recompor as contas vinculadas do FGTS, como obrigação de fazer, é cabível ao magistrado, estando em perfeita harmonia com os precedentes deste Colendo Tribunal, a fixação da multa diária (astreintes), visando ao efetivo cumprimento da obrigação, nos termos do artigo 461, § 4º, e art. 644, todos do CPC.

3. Se não há irregularidade na cominação da multa, menos há que se falar em irregularidade na sua exigência, se verificado, como na hipótese, o descumprimento da ordem judicial. A multa é utilizada como dispositivo legal para dar efetividade e agilidade à Justiça, desafogando os Tribunais de procedimentos que apenas burocratizam e beneficiam os que querem escapar ao cumprimento de decisões judiciais.

4. Não há óbice para que a execução da multa diária se efetive nos próprios autos. Contudo, a mesma não têm como objetivo o enriquecimento da parte, mas tão-somente dissuadir o devedor da adoção de manobras protelatórias. Na hipótese, é plenamente aplicável o disposto no § 6º do art. 461 do CPC, sendo cogente reduzir o valor total da multa de R\$ de 166.000,00 a R\$ 20.000,00 (cinco mil reais) que pune de forma razoável a falta de cumprimento da obrigação no tempo fixado, sem ensejar enriquecimento sem causa dos autores. A atuação é de ofício nos exatos termos do § 6º do art. 461 do CPC.

5. Apelação parcialmente provida. (Origem: TRF - Primeira Região Classe: AC - Apelação Cível - 200533000076090 Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Processo: 200533000076090 UF: BA Órgão Julgador: Quinta Turma Data da decisão: 24/7/2006 . DJ data: 10/8/2006 pagina: 111)

No tocante ao *quantum*, a decisão atacada não merece reforma, visto que a quantia é razoável, ante o descumprimento reiterado da determinação judicial. Não caracteriza por este lado enriquecimento da parte sem qualquer causa, o que é inadmissível legalmente.

Com efeito, nego provimento ao recurso.

Custas processuais e honorárias advocatícias indevidas.

Recurso Cível

2007.36.00.703390-4/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Recorrido: Vinícius de Oliveira Souza
Advogado: Dr. Brno Medeiros Pacheco
Publicação: DJ/MT de 05/10/2007

Ementa

Seguridade Social. Amparo social. Art. 20, § 2º, Lei 8.742/93. Deficiente físico. Síndrome de marfan com alterações oftamológicas. Incapacidade presumida. Menor de 16 anos. Situação de miserabilidade verificada no caso concreto. Benefício devido.

I – A perícia médica judicial afirma que o autor é portador da síndrome de Marfan, com alterações oftamológicas (cegueira total do olho direito e comprometimento do olho esquerdo). Essa enfermidade aliada às condições pessoais do Recorrido que é menor (12 anos de idade), autoriza considerá-lo pessoa portadora de deficiência nos termos da Sumula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. O recorrido é menor, residem com a mãe e a irmã. A renda familiar provém do benefício auxílio-doença recebido pela mãe no valor de R\$ 350,00. Sobrevivem com a ajuda de parentes e de terceiros para a compra de medicamentos. Benefício devido.

II – Ademais, o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 encerra apenas uma hipótese objetiva de aferição da incapacidade da família da pessoa deficiente ou idosa em prover-lhe a subsistência, o que, todavia, não impede seja ela auferida no caso concreto por outros meios. Havendo tal comprovação, o benefício é devido.

III – Recurso improvido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, conheceu o recurso e negou a ele provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal/SJMT – 28/09/2007.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Trata-se de recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a sentença que julgou *procedente* o pedido do Autor, determinando o pagamento do benefício de amparo social à pessoa portadora de deficiência que o torna incapaz para o trabalho e vida independente, previsto no art. 20 da Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

Alega, em síntese que o autor apresenta doença e não deficiência, a perícia médica não detectou nenhuma incapacidade para o trabalho e não está incapaz para vida os atos de vida independente.

Contra-razões às fls. 44/50.

Manifestação do MPF a fls. 55/60, pelo improvi-
mento do recurso.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Sem razão o recorrente.

Nos termos do art. 20 da Lei 8.742/93, tem direito ao benefício de prestação continuada, no valor de 01 salário mínimo, o idoso, com 70 anos ou mais, e a pessoa portadora de deficiência que comprove não ter condições de prover sua própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família (art. 20, Lei 8742/93).

Quanto ao portador de deficiência o § 2º daquele dispositivo esclarece: *“para efeito de concessão do benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”* (grifo nosso).

Não há dúvidas quanto à incapacidade física do Autor. Afirmo, ademais, a perícia médica (fls.16/20) que o Autor apresenta *síndrome de Marfan com alterações oftalmológicas*. Ademais, acrescenta o laudo pericial que o Autor apresenta deslocamento de retina do olho direito ocorrendo a perda total da visão direita e o comprometimento da visão esquerda. Ao final, conclui que há incapacidade parcial e temporária para atividades que exijam esforço físico visual intenso, mas é incapaz para os atos de vida diária independente.

Entretanto, ainda que o Autor, que ainda é menor, fosse capaz de ter uma vida independente, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência editou a Súmula n.º 29, de 12 de dezembro de 2005, na qual pacificou o seguinte entendimento a respeito da incapacidade que induz à deficiência para fins de amparo social:

Súmula 29 – “Para os efeitos do art. 20, § 2º da Lei 8.742/93, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover seu próprio sustento”.

De outra banda, resta então analisar o aspecto atinente à miserabilidade.

No presente caso, a perícia sócio-econômica realizada (fls.12/15), constatou que o Autor, que é menor, reside com a mãe e a irmã. A renda familiar provém do auxílio-doença recebido pela mãe, no valor de R\$ 350,00. Sobrevivem, ademais, com a ajuda de parentes e de terceiros para comprar os medicamentos.

Desse modo, a situação financeira da família apresenta-se com vulnerabilidade social, em face da necessidade especial do autor e da renda mensal familiar insuficiente para o sustento de todos.

Tais fatores, aliados às demais condições de vida do Autor, conduzem ao entendimento segundo o qual é pessoa portadora de deficiência física, cuja incapacidade para o trabalho é presumida, já que é menor de 16 anos, não havendo outros modos de suprir seu sustento, senão por meio de amparo social.

Estando presentes os requisitos legais, quais sejam, a existência de deficiência física e condição de miserabilidade, é de ser concedido ao recorrido o benefício de amparo social.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvemento, confirmando a sentença prolatada.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 55, da Lei 9.099/95.

Sem custas (art. 4º, I, Lei 9.289/96).

É como voto.

Recurso

2007.38.00.707626-7/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana
Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Impetrado: Juiz Federal da 32ª Vara do JEF Cível
Publicação: DJ/MG de 14/11/2007

Ementa

Juizados Especiais Federais. Mandado de Segurança. Processo Civil. Recurso. Juntada de processo administrativo. Ausência de previsão legal. Ordem concedida.

I – Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, ajuizado contra ato de magistrado que deixou de receber recurso inominado contra sentença, uma vez que não foi juntado o respectivo processo administrativo.

II – Consta que nos autos originários o INSS foi condenado ao pagamento de aposentadoria por idade rural, sendo que na sentença constou expressamente: “No caso de interposição de recurso, a autarquia deverá juntar o processo administrativo, se houver, sob pena de não recebimento do recurso, já que não foi juntado com a contestação, apesar do disposto no art. 11 da lei do JEF”.

III – Constituem requisitos de regularidade formal do recurso de apelação, aplicáveis ao recurso inominado previsto no procedimento dos juizados especiais: os nomes e qualificação das partes; interposição por petição, contendo os fundamentos de fato e de direito pelos quais se pede a reforma da decisão recorrida e o pedido de nova decisão (Código de Processo Civil, artigo 514).

IV – A decisão proferida ofende direito líquido e certo da autarquia, uma vez que a apresentação do processo administrativo não é requisito legal para recorrer. Principalmente, no caso dos autos em que não houve pedido administrativo e, por conseguinte, não há processo administrativo a ser juntado.

V – Ordem concedida.

VI – Oficie-se o juízo prolator da decisão.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conceder o pedido de segurança para determinar o recebimento do recurso inominado interposto pelo INSS nos autos 2006.38.00.724831-7, nos termos do voto da Relatora.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais/SJMG – 25/10/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana: — Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo INSS contra ato de magistrado que negou recebimento do recurso interposto contra sentença. Alega a ilegalidade da exigência e que, no caso dos autos, sequer há processo administrativo uma

vez que não houve requerimento administrativo.

Deferida a liminar para determinar o recebimento do recurso.

Não foram prestadas informações.

Parecer do Ministério Público Federal opinado pela concessão da segurança.

É o relatório.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana:

— Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, ajuizado contra ato de magistrado que deixou de receber recurso inominado contra sentença, uma vez que não foi juntado o respectivo processo administrativo.

Consta que nos autos originários o INSS foi condenado ao pagamento de aposentadoria por idade rural, sendo que na sentença constou expressamente: “No caso de interposição de recurso, a autarquia deverá juntar o processo administrativo, se houver, sob pena de não recebimento do recurso, já que não foi juntado com a contestação, apesar do disposto no art. 11 da lei do JEF”.

Não foram juntados os autos do processo administrativo e, em razão disso, o juízo de origem deixou de receber o recurso interposto pela autarquia previdenciária.

Com razão o impetrante. Constituem requisitos de regularidade formal do recurso de apelação, aplicáveis ao recurso inominado previsto no procedimento dos juizados especiais: os nomes e qualificação das partes; interposição por petição, contendo os fundamentos de fato e de direito pelos quais se pede a reforma da decisão recorrida e o pedido de nova decisão (Código de Processo Civil, artigo 514).

Desta forma, a decisão proferida ofende direito líquido e certo da autarquia, uma vez que a apresentação do processo administrativo não é requisito legal para recorrer. Principalmente, no caso dos autos em que não houve pedido administrativo e, por conseguinte, não há processo administrativo a ser juntado.

Por tais razões, concedo a ordem de segurança pretendida para determinar o recebimento do recurso independentemente da juntada do processo administrativo.

Oficie-se o juízo prolator da decisão.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

É como voto.

Recurso

2007.38.00.710181-9/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Recorrente: Miriam de Paiva Borges

Recorrida: União Federal e Estado de Minas Gerais

Publicação: DJ/MG de 12/11/2007

Ementa -Voto

Juizados Especiais Federais. Processo Civil. Litisconsórcio Passivo. Pessoa Jurídica de Direito Público. Lei 10.259/2001. Recurso Provido.

I – A decisão recorrida, considerando que compete aos municípios “prestar diretamente ao usuário do SUS as ações e serviços de saúde, enquanto que União deve proporcionar ao citado ente federativo o apoio logístico em tais ações e serviços”, excluiu a União Federal do pólo passivo da ação e declinou da competência para a Justiça Estadual.

II – “A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda”. (AgRg no Ag 858.899/RS – Ministro José Delgado – Primeira Turma – DJ 30.08.2007 p. 219) Mesmo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-AgR 393.175/RS.

III – Em caso semelhante ao dos autos, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis está contida numa competência mais ampla, que é a competência da Justiça Federal. O legislador norteou a competência do Juizado Especial Federal Cível tendo como escopo os *processos de menor expressão econômica*. Por consequência, o critério da expressão econômica da lide prepondera sobre a natureza das pessoas no pólo passivo na definição da competência do Juizado Especial Federal Cível. A regra de atração da competência para a Justiça Federal se aplica, *mutatis mutandis*, aos Juizados Especiais Federais Cíveis, razão pela qual: (i) se no pólo passivo da demanda a União, autarquias, fundações e/ou empresas públicas federais estiverem presentes; (ii) se o valor dado à causa for de até sessenta salários mínimos; e (iii) se a causa não for uma daquelas expressamente elencadas nos incisos do § 1.º, do art. 3.º, da Lei n.º 10.259/2001, a competência é do Juizado Especial Federal Cível, independentemente da existência de pessoa jurídica de direito privado como litisconsorte passivo dos entes referidos no art. 6.º da Lei n.º 10.259/2001”. (CC 73000/RS – Ministra Nancy Andrighi – Segunda Seção – DJ 03.09.2007 p. 115) Pelas mesmas razões, é perfeitamente cabível o litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público.

IV – Recurso provido para, reconhecendo a legitimidade passiva *ad causam* da União Federal, determinar sua reinclusão no pólo passivo da ação e declarar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente causa.

V – Comunique-se o juízo prolator da decisão.

VI – Oportunamente, archive-se.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

1ª Turma Recursal dos Juizados Especial Federais/SJMG – 25/10/2007.

Juíza Federal Sônia Diniz Viana, Relatora.

Relatório Sucinto

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana: — Cuida-se de recurso contra decisão que reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal nas causas em que se discute o direito constitucional à saúde e determinou a remessa dos autos para a Justiça Estadual. A recorrente aduz a legitimidade passiva da União Federal e sua reintegração no pólo passivo da ação.

Recurso

2007.38.00.719548-9/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Recorrido: João Leopoldino
Publicação: DJ/MG de 12/11/2007

Ementa-Voto

Juizados Especiais Federais. Constitucional. Precatório. Constituição Federal. Artigo 100. Imposição de multa contra a Fazenda Pública. Possibilidade. Recurso parcialmente provido.

I – Nos autos originários, o juízo monocrático deferiu a tutela antecipada em 06 de junho de 2007 e fixou a data de início de pagamento (DIP) em 01 de junho de 2006, data em que ocorreu a citação do réu.

II – O pagamento de parcelas pretéritas por meio de tutela antecipada está em manifesto confronto com o regime de precatório estabelecido pelo artigo 100, da Constituição Federal de 1988, uma vez que resulta em desrespeito à ordem cronológica de apresentação dos precatórios para pagamento pelo respectivo tribunal.

III – “O deferimento da tutela antecipada só produz efeitos para o futuro, em relação às parcelas vincendas. As diferenças pretéritas devem ser concedidas na sentença de mérito e sujeitam-se à via do precatório (art. 730, CPC, art. 100, CF/88), portanto, reclamam o trânsito em julgado”. (AC 2003.38.00.016799-5/MG – Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Primeira Turma – DJ 18/09/2006 p. 31)

IV – O Superior Tribunal de Justiça reiteradas vezes tem julgado que “é cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa” (REsp 788122/RS – Ministro Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – DJ 03.04.2006 p. 277), sendo que seu valor fica ao alvedrio do juiz. No mesmo sentido a Súmula 17 da 1ª Turma Recursal de Minas Gerais: “É possível a cominação de astreintes contra o Poder Público em caso de descumprimento de ordem judicial que imponha obrigação de fazer”.

V – Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para, tão-somente, fixar a data de início do pagamento (DIP) em 06 de junho de 2007.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 25/10/2007.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

Relatório Sucinto

A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana: — Trata-se de recurso contra decisão que, em sede de tutela antecipada, concedeu aposentadoria proporcional por tempo de contribuição com data de início de pagamento (DIP) retroativa a junho de 2006, data da citação da autarquia previdenciária. O recorrente sustenta que

“a data para implantar a tutela não pode ser anterior à sua decisão, sob pena de desvirtuar o papel da tutela que é aplicável, em tese, para as obrigações de fazer e não para a obrigação de pagar parcelas pretéritas. O pagamento de atrasados é feita somente nos termos do art. 100 da CF/88. Não cabe pagamento de atrasados antes do trânsito em julgado da decisão, como feito pelo juízo singular, sob pena de ofensa, também ao

contido na Lei 10.259, de 12 de julho de 2001". Insurge-se igualmente contra a cominação de multa no caso de descumprimento da determinação judicial.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br).

Administrativo. Militar. Licenciamento e reintegração ao serviço ativo da FAB.

Os militares do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica somente atingem a estabilidade após 10 anos de efetivo serviço, podendo ser licenciados por ato discricionário da Administração Militar. Entretanto, o ato de licenciamento do serviço ativo não pode ter como fim impedir a parte autora de adquirir a estabilidade decenal, em afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da legalidade. Assim, frente à obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, impõe-se que a conveniência do serviço, invocada para exclusão do militar, seja devidamente revelada.

EAC 1998.01.00.074818-0/DF

Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian – 1ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 23/11/2007

Ato judicial. Mandado de segurança. Terceiro prejudicado. Desnecessidade de interposição de recurso. Súmula 202/STJ. Depósito judicial equivocadamente feito em caderneta de poupança. Aplicação de juros.

O terceiro prejudicado, por não ser parte no processo, não está obrigado a recorrer para fazer uso do mandado de segurança contra ato judicial, conforme jurisprudência da Corte.

A CEF tem legitimidade ativa para propor mandado de segurança em face de ato judicial, tido por ilegal, a que está sujeita, na medida em que é a destinatária do cumprimento da ordem.

O ato judicial que determina à CEF seja efetuado depósito complementar, relativo aos juros de poupança, referente ao período em que as contas de depósito judicial ficaram em caderneta de poupança não pode ser considerado ilegal, visto que de fato naquele período (mais de dez anos) as contas foram remuneradas com juros. Ao deixar de aplicar os juros, caracterizar-se-ia o enriquecimento sem causa da CEF em detrimento do patrimônio alheio.

MS 2002.01.00.004863-0/MA

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 2ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 09/11/2007

Habeas corpus. Reinquirição de pessoa ouvida no inquérito policial. Providência indispensável ao oferecimento da denúncia. Art. 16 do CPP. Ministério Público. Apuração da existência de crime e de sua autoria. Impossibilidade.

Cabe ao Ministério Público, nos termos do art. 16 do CPP, requisitar à autoridade judiciária a devolução do inquérito para a reinquirição de determinada pessoa ouvida no inquérito policial que considera indispensável ao oferecimento da denúncia.

Não é possível misturar a pessoa do órgão da acusação, que é a quem cabe promover a ação penal pública como seu titular, com a do investigador policial, que tem o encargo de efetivamente apurar a existência dos crimes e de sua autoria.

HC 2007.01.00.021071-5/DF

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 15/10/2007

Furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP). Fraude eletrônica. Internet. Competência (art. 70, caput, do CPP). Local de consumação da subtração.

É competente o foro do Juízo do local onde se consuma o delito de furto qualificado, praticado mediante transferência bancária fraudulenta via internet, ou seja, o local onde o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade.

RcCr 2006.35.00.012830-9/GO

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 09/11/2007

Transporte gratuito a idosos e pessoas deficientes carentes. Não-exclusão do transporte aéreo. Dignidade das pessoas hipossuficientes. Lei 8.899/1994 e Lei 10.741/2003.

Os direitos e garantias individuais e coletivos previstos na Constituição Federal não se restringem àqueles expressamente arrolados com este caráter, posto que a norma inscrita no § 2º do art. 5º da CF assegura a existência de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Entre tais princípios, emerge aquele que confere tratamento especial, compensatório, aos idosos hipossuficientes e aos carentes deficientes. Assim é que a lei ordinária pode, legitimamente, estabelecer a gratuidade do transporte coletivo interestadual, na qual não se discrimina o transporte aéreo, pelo que não cabe ao intérprete nem à Administração, em sua atividade regulamentar, levar a cabo a discriminação. Revela-se desprovida de suporte constitucional, portanto, a portaria que restringiu o direito instituído na lei ao transporte terrestre, aquaviário e ferroviário.

Ag 2004.01.00.042646-4/PA

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Fagundes de Deus – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 19/10/2007

Direito aeronáutico. Serviço aéreo internacional. Garantia de regularidade das atividades exercidas pelas empresas aéreas estrangeiras independentemente da apresentação de certidões de regularidade fiscal. Recepção dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico pátrio. Afastamento do risco de descontinuidade do serviço público. Prevenção de eventuais conflitos internacionais em razão de questões pontuais. Princípio da reciprocidade. (art. 178, CF).

O direito relativo aos serviços de transporte aéreo compreende a Lei 7.569/1986 (Código Brasileiro da Aeronáutica) e normas internacionais envolvendo acordos plurilaterais e bilaterais celebrados pelo País (CF, art. 5º, § 2º, 178 e CBA, art. 1º, 203 e 214).

Na hipótese dos autos há que se ter presente os princípios do Direito Internacional Público, mormente quanto à obediência pelas autoridades brasileiras aos tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio, para garantir a regularidade das atividades prestadas pelas empresas aéreas internacionais (associadas da agravada) no Brasil, independentemente do fato de não terem sido apresentadas as certidões de regularidade fiscal exigidas.

A decisão recorrida, ao manejar a matéria sob a ótica do direito administrativo, deve ser reformada com a apreciação do tema à luz do princípio da reciprocidade (CF, art. 178), de modo a evitar a nociva descontinuidade dos serviços públicos prestados pelas empresas aéreas internacionais representadas pela agravada e de modo a prevenir eventuais focos de conflitos nas relações internacionais em razão de questões pontuais. Nesse contexto, a decisão de primeiro grau, ao garantir a regularidade das atividades das referidas empresas no Brasil, merece ser revigorada.

AgA 2007.01.00.029837-8/DF

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 05/10/2007

Formação de lista tríplice para escolha de Reitor. Competência. Conselho Universitário. Estatuto, art. 19. Criação de Conselho Superior pelo Reitor. Resolução 1/1997. Ilegalidade. Vício do processo de formação da lista tríplice. Legalidade da Portaria 185, art. 2º, do Ministério da Educação.

A formação da lista tríplice para escolha de reitores de Universidades Federais é atribuição exclusiva de órgão colegiado designado nos estatutos das instituições de ensino. E, nos moldes do art. 19 do Estatuto da Fundação Universidade do Amapá, compete ao Conselho Universitário aprovar ou fazer qualquer modificação no referido documento. Assim, não encontra amparo nos dispositivos do estatuto da instituição de ensino a criação de um Conselho Superior para formação de lista tríplice objetivando escolha de reitor, uma vez que o surgimento desse órgão implicou modificação do estatuto, não tendo o reitor competência para fazê-lo.

Legalidade do art. 2º da Portaria 185/1999 do Ministério da Educação, que estabeleceu prazo de 180 dias para que o reitor *pro tempore* apresente nova lista tríplice para escolha e nomeação de reitor da Universidade Federal do Amapá.

AC 1999.34.00.020236-2/DF

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 05/11/2007

Concurso para juiz substituto do trabalho da 7ª Região. Reconhecimento administrativo do direito dos classificados na primeira lista homologada. Decisão judicial transitada em julgado.

A pretendida nomeação do candidato autor deriva de decisão judicial transitada em julgado na AC 356085/CE, ajuizada por candidatos beneficiados pelo ato administrativo por ele impugnado, e também de determinação própria, autônoma, espontânea, do TRT da 7ª Região, consubstanciada na Resolução Administrativa 52/2006, anterior à própria sentença apelada.

Decorrendo a postergação da nomeação de ato administrativo julgado ilegal por sentença, há nexo de causalidade a ensejar a percepção de vencimentos retroativos, a título de indenização por danos materiais (art. 37, §6º da CF), no valor da remuneração que seria devida pelo exercício do cargo a partir da data em que ocorreu a preterição de seu direito, com a nomeação de candidatos de concurso posterior, deduzidos todos os valores por ele recebidos no exercício de qualquer outra atividade profissional inacumulável com a magistratura no período (pública ou privada, com vínculo de emprego ou em caráter autônomo ou temporário)

AC 2004.37.00.006788-8/MA

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 29/10/2007

Medida cautelar. Requisitos. Destinação de mercadoria com pena de perdimento declarada. Produto que exige condições especiais de armazenamento. Venda em público leilão pela Receita Federal. Possibilidade.

A concessão de medida cautelar pressupõe a demonstração dos requisitos de perigo na demora e plausibilidade jurídica da pretensão deduzida na ação principal. *In casu*, embora presente o primeiro deles, face à irreversibilidade da venda, em público leilão, da mercadoria importada, não se tem por presente o segundo, seja porque já negada a pretensão de afastar a pena de perdimento da mercadoria, no julgamento do apelo e dos embargos de declaração com objetivos infringentes, seja porque, em se tratando de produto (nafta) objeto de pena de perdimento e que exige condições especiais de armazenamento, o art. 30, inciso 1º, alínea “a”, do Decreto-Lei 1.455/1976, na redação da Lei 7.450/1985, autoriza a sua venda em licitação pública, ainda quando pendente de apreciação judicial a referida pena, sem margem para alegação de ofensa ao direito de propriedade ou do devido processo legal.

MC 2007.01.00.045591-1/DF

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 13/11/2007

Estatística

OUTUBRO/2007

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	46
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	251
Recursos Extraordinários Não-Admitidos (Asret)	194
Recursos Especiais Não-Admitidos (Asret)	569
Despachos Diversos (Asret)	28
Decisões Diversas (Asret)	2
Recursos Especiais Adesivos Não-Admitidos (Asret)	4
Decisões em Plantão (Asret)	7
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	5
Suspensões de Segurança Indeferidas (Asret)	8
Decisão diversa em Suspensão de Segurança (Asret)	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	14
Agravos Regimentais Prejudicados (Asret)	2
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	3
RE-Admitido (Sobrestado na Corec) (Asret)	33
Informações por ofício ao STF e STJ (Asret)	72
Despachos Diversos (Secju)	91
Informação em Mandado de Segurança (Secre)	7
Informações em Ação Ordinária	2
Informações Prestadas à AGU (Secre)	7
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	18
Atos (Secre)	38
Portarias (Secre)	17
Ofícios (Secre)	117
TOTAL	1.536

Dados fornecidos pela Asret, Secju e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

RESP Admitidos	142
RESP Inadmitidos	392
RE Admitidos	23
RE Inadmitidos	190
RO Admitido	1
RO Inadmitido	1
Despachos/Decisões Diversas	111
Acórdãos (Relator)	4
Votos Desempate	10

Votos-Vista	2
Decisões de Plantão	5
Ofício no Exercício da Presidência	9
Processos Administrativos	34
TOTAL	924

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (RESP/RE)	1.137
Remetidos à ASVIP com RESP/RE	846
Remetidos à ASRET com RESP/RE	617
Remetidos ao STF (RE e AG/RE)	215
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	114
Remetidos ao STJ (RESP e AG/RESP)	964
Recebidos do STJ	765
Recebidos do STF	303
Remetidos por Baixa Definitiva	1.653
Remetidos ao Arquivo Judicial	262
Sobrestados na COREC	1.663
Agravos Processados	648
TOTAL	9.187

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	206
Recursos Inadmitidos	583
Despachos Diversos	113
TOTAL	902

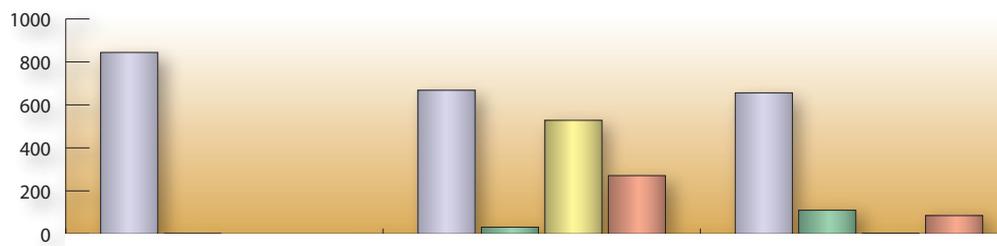
PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	170
Recursos Inadmitidos	428
Despacho Diverso	12
TOTAL	610

Dados fornecidos pela Corec

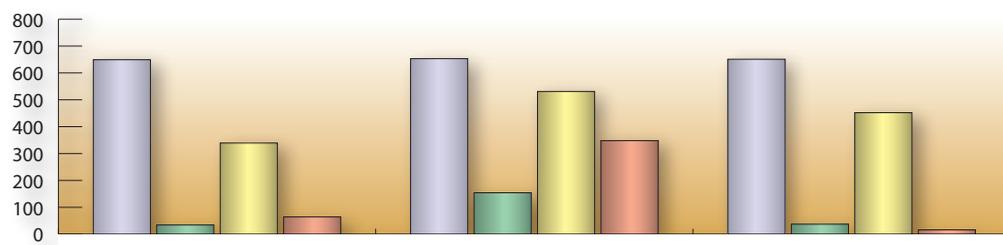
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

1ª Turma



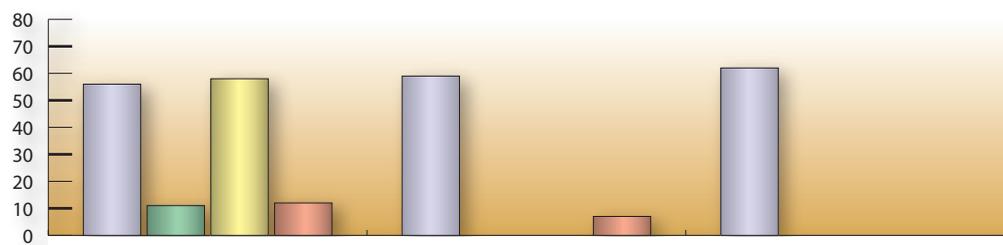
	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Distribuídos	844	688	656
Desp. Term. Publicados	1	31	110
Julgados		528	2
Acórdãos Publicados		271	85

2ª Turma



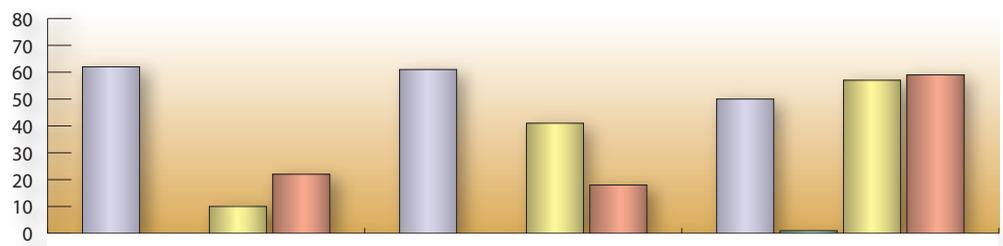
	Carlos Moreira Alves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	649	653	651
Desp. Term. Publicados	34	154	37
Julgados	339	531	452
Acórdãos Publicados	64	348	16

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Tourinho Neto	Olindo Menezes
Distribuídos	56	59	62
Desp. Term. Publicados	11		
Julgados	58		
Acórdãos Publicados	12	7	

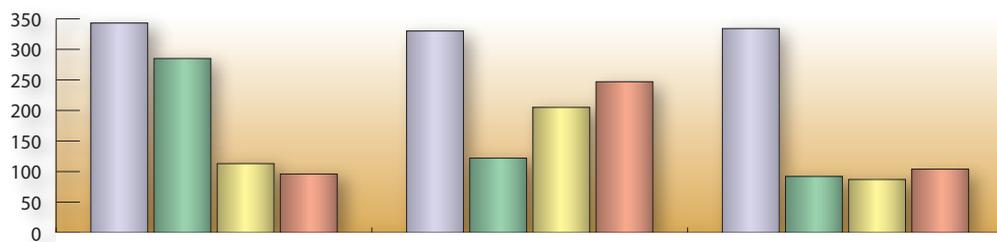
4ª Turma



	I'talo Fioravanti Sabo Mendes	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz
Distribuídos	62	61	50
Desp. Term. Publicados			1
Julgados	10	41	57
Acórdãos Publicados	22	18	59

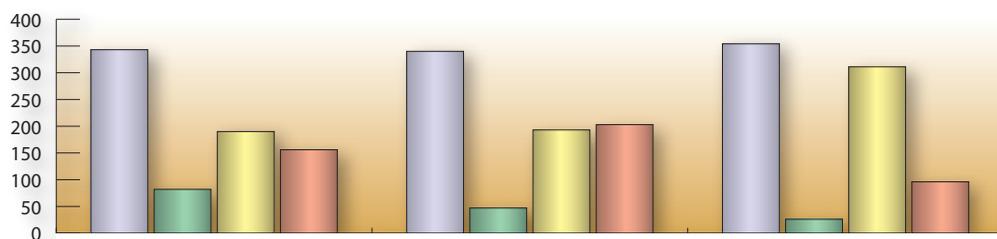
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

5ª Turma



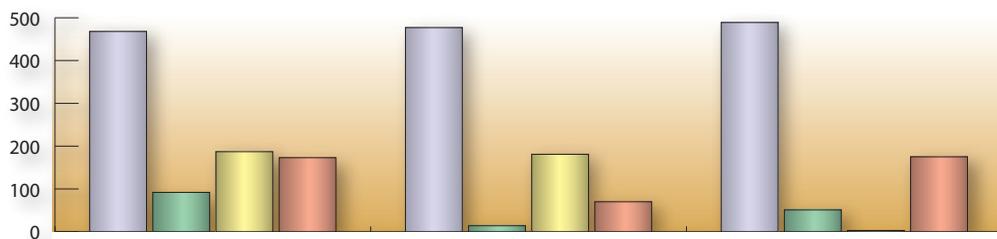
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	343	330	334
Desp. Term. Publicados	285	122	92
Julgados	113	205	87
Acórdãos Publicados	96	247	104

6ª Turma



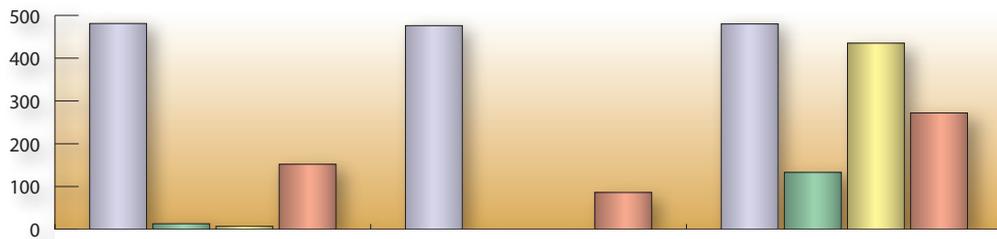
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	343	340	354
Desp. Term. Publicados	82	47	26
Julgados	190	193	311
Acórdãos Publicados	156	203	96

7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	468	477	489
Desp. Term. Publicados	92	14	51
Julgados	187	181	3
Acórdãos Publicados	173	70	175

8ª Turma

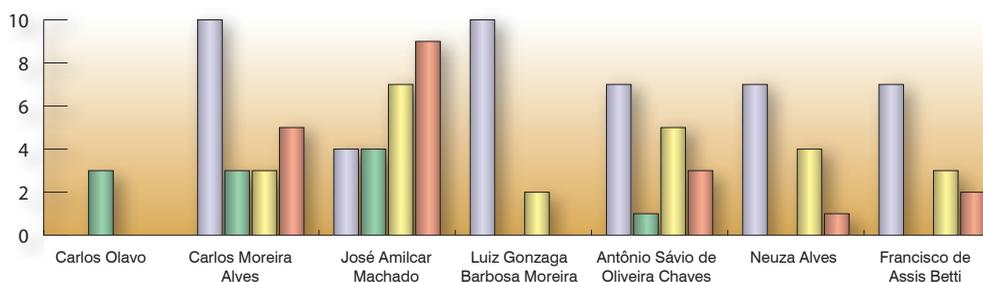


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	481	476	480
Desp. Term. Publicados	13		133
Julgados	7		435
Acórdãos Publicados	152	86	272

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

1ª Seção

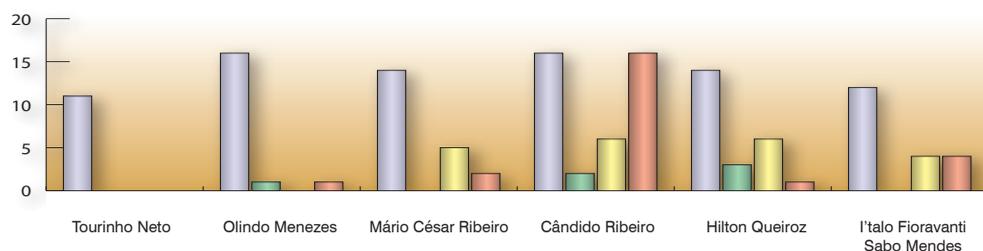
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Carlos Olavo	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos		10	4	10	7	7	7
Desp. Term. Publicados	3	3	4		1		
Julgados		3	7	2	5	4	3
Acórdãos Publicados		5	9		3	1	2

2ª Seção

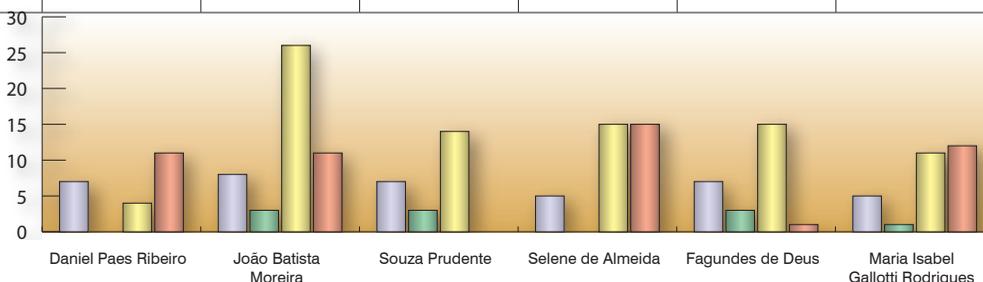
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Tourinho Neto	Olindo Menezes	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	11	16	14	16	14	12
Desp. Term. Publicados		1		2	3	
Julgados			5	6	6	4
Acórdãos Publicados		1	2	16	1	4

3ª Seção

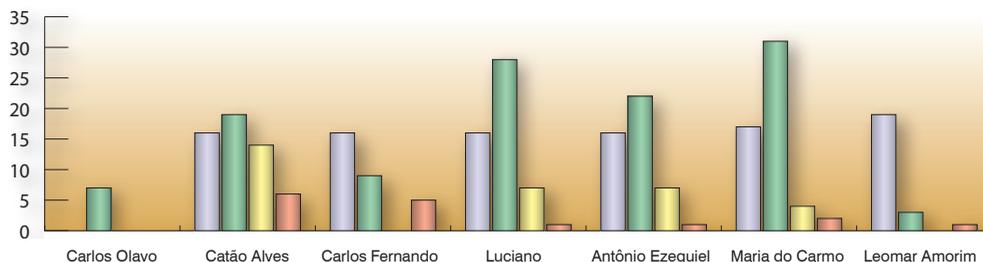
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	7	8	7	5	7	5
Desp. Term. Publicados		3	3		3	1
Julgados	4	26	14	15	15	11
Acórdãos Publicados	11	11		15	1	12

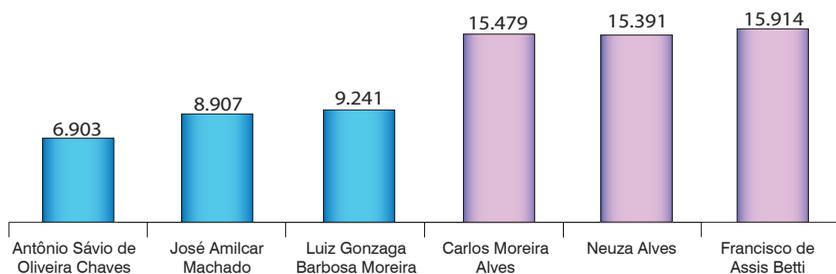
4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



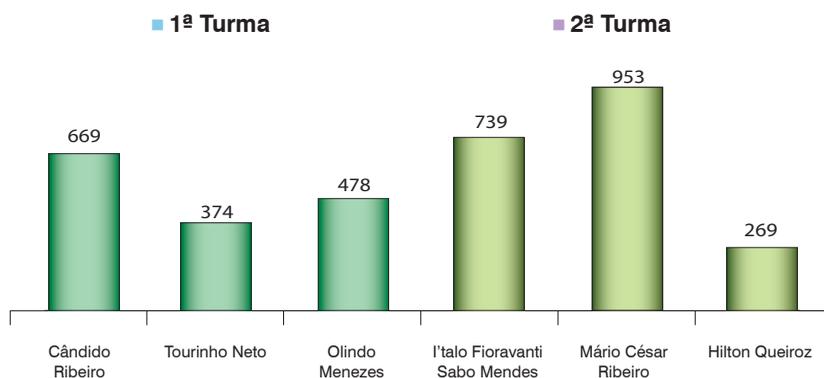
	Carlos Olavo	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Antônio Ezequiel da Silva	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos		16	16	16	16	17	19
Desp. Term. Publicados	7	19	9	28	22	31	3
Julgados		14		2	7	4	
Acórdãos Publicados		6	5	1	1	2	1

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS

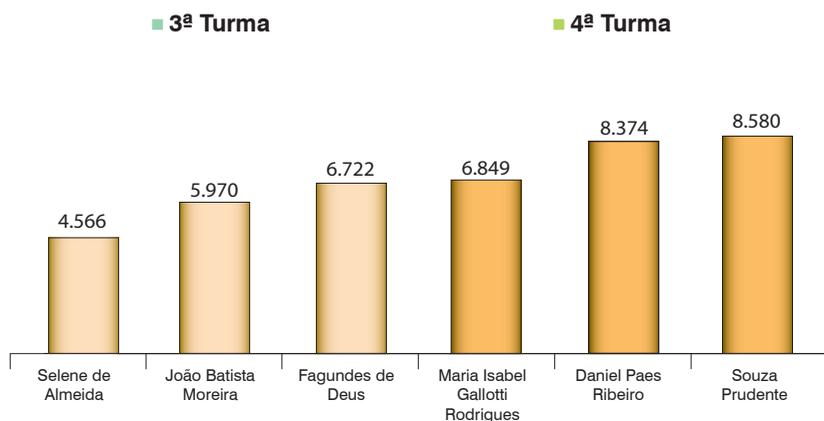


COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E RESPECTIVAS TURMAS (Art. 8º do RITRF)

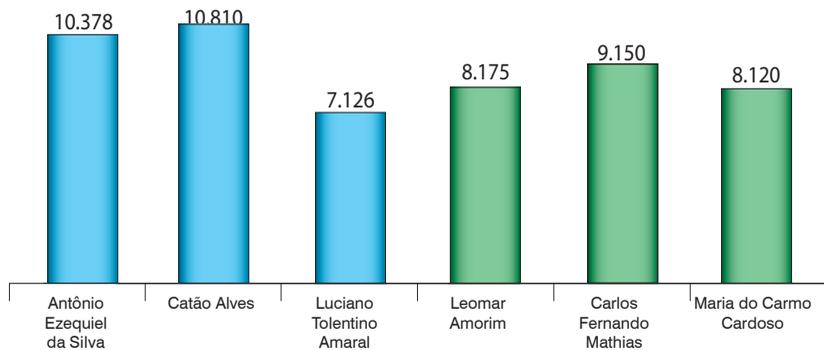
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – servidores públicos civis e militares, exceto feitos correlatos à improbidade administrativa; e
II – benefícios previdenciários.



À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – matéria penal em geral;
II – improbidade administrativa;
III – desapropriação direta e indireta.



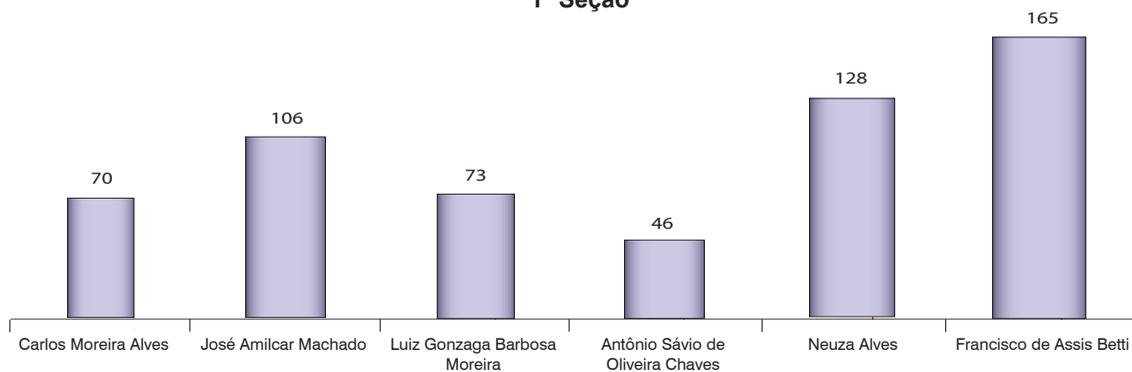
À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – licitação e contratos administrativos;
II – concursos públicos;
III – contratos;
IV – direito ambiental;
V – sucessões e registros públicos;
VI – direito das coisas;
VII – responsabilidade civil;
VIII – ensino;
IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
XI – propriedade industrial;
XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.



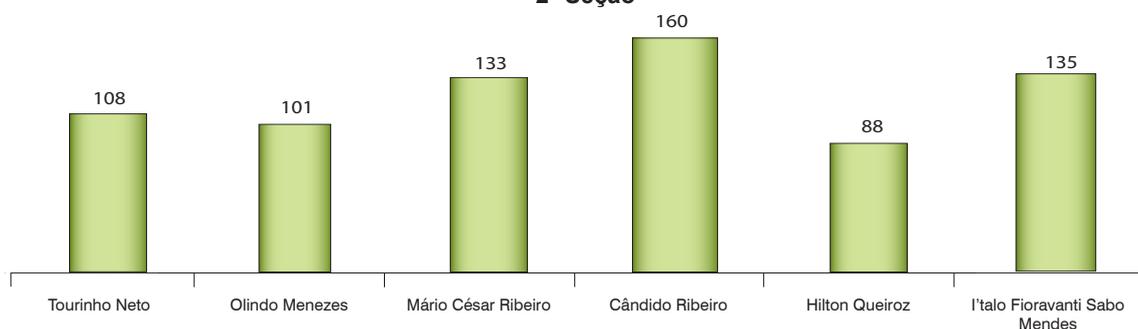
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
II – impostos;
III – taxas;
IV – contribuições de melhoria;
V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
VI – empréstimos compulsórios;
VII – preços públicos;
VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

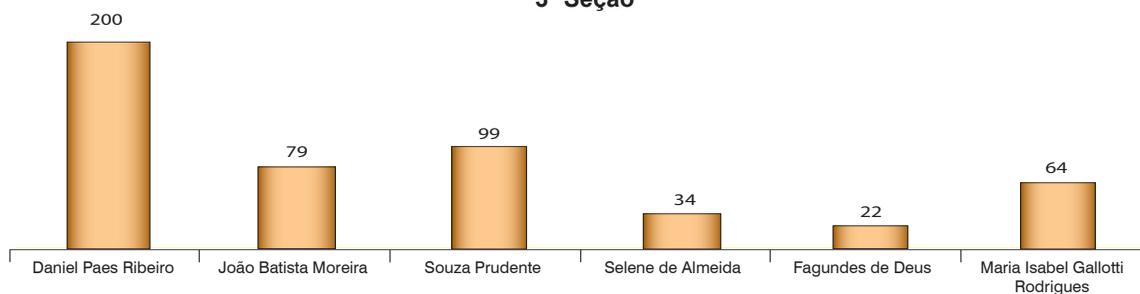
1ª Seção



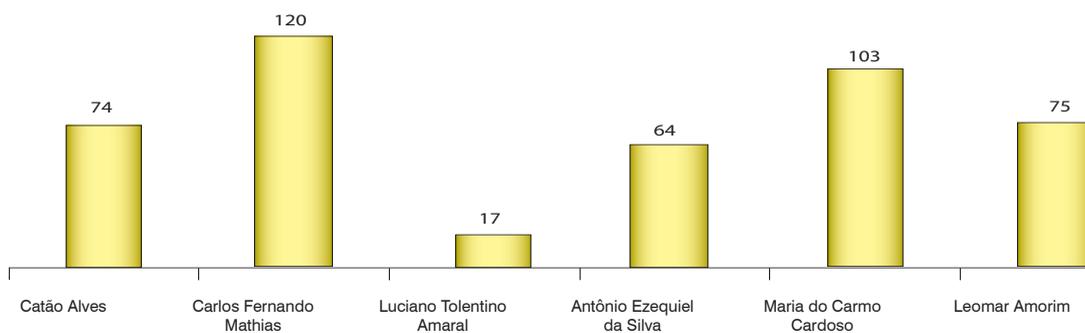
2ª Seção



3ª Seção



4ª Seção



ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	4ª Seção			2
	7ª Turma		132	13
André Prado de Vasconcelos	5ª Turma	1		
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma	3	80	
Carlos Augusto Pires Brandão	3ª Seção			1
	6ª Turma		67	83
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção		12	2
	5ª Turma	3	179	52
Cleberon José Rocha	2ª Turma			24
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção			1
	6ª Turma	1	15	11
Francisco Renato Condevila Pinheiro	4ª Seção	4	11	
	7ª Turma	131	57	120
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	1	214	149
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção		6	
	1ª Turma	123	495	341
Jaiza Maria Pinto Fraxe	2ª Seção	2	5	3
	3ª Turma	15	71	47
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	1ª Seção		1	
	2ª Turma	1	200	7
Klaus Kuschel	4ª Turma		27	28
Leão Aparecido Alves	2ª Seção	1		2
	3ª Turma	3		34
	3ª Seção			1
Lincoln Rodrigues de Faria	2ª Turma			1
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma		11	8
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma	6	68	38
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		26	23
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	40	674	315
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção		1	
	6ª Turma	1	102	43

Mônica Neves Aguiar da Silva	1ª Seção	1	1	6
	2ª Turma		73	333
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma	2	35	22
Osmane Antônio dos Santos	4ª Seção	97	411	451
	8ª Turma	50	295	115
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		2	1
	7ª Turma	181	434	222
Roberto Carvalho Veloso	4ª Seção		9	14
	8ª Turma	130	453	418
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	3	12	
	4ª Turma	5	77	20
Rui Costa Gonçalves	8ª Turma			2
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção	1	8	2
	3ª Turma	6	72	29
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção		1	5
	1ª Turma	17	61	267
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		25	28
Waldemar Cláudio de Carvalho	5ª Turma	1		

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Assusete Magalhães	1ª Seção			1
Aloísio Palmeira	2ª Turma			3
Maria do Carmo Cardoso	4ª Turma			3

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Editora Portal Jurídico Ltda.: *CD-Rom* Gazeta Juris;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o e-mail revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.

