

Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
v. 30 n. 3/4 março/abril 2018

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 30	n. 3/4	p. 1/280	março/abril 2018
---------	----------	-------	--------	----------	------------------

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Souza Prudente – Diretor

Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/SEREV

Edição

Ana Alice Reis da Costa

Revisão

Camila Cássia Faria Minghetti

Leandro Scapellato Cruz

Editoração eletrônica

José Hugo de Lima Reis

Luciana Fernandes Menezes

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

José Hugo de Lima Reis

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Núcleo de Serviços Gráficos – NUGRA/SECGE

Tiragem: 800 exemplares

Confecção de chapas CTP

Studio Produções Gráficas

Seção de Apoio à Revista – Serev/Nujur/Dianj/Secar

SAS Sul – Quadra 1 – Bloco C – Ed. Anexo I – Sala 110

70.096-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3410-3572 e 3410-3582

E-mail: cojud-revista@trf1.jus.br

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

A Revista realiza a diagramação, conferência com os originais, padronização e revisão textual das matérias, em conformidade com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008), com a NBR 6021/ABNT e com projeto editorial próprio.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Disponível também em:

<<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm>>.

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 1, 1989-

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

1. Direito, periódico. 2. Tribunal regional federal, jurisprudência,
periódico, Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região, 1.) (TRF1)

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

Conselho Editorial

Membros Internos

Hilton Queiroz
I'talo Mendes
João Batista Moreira
Jirair Aram Meguerian
Olindo Menezes
Mário César Ribeiro
Cândido Ribeiro
Carlos Moreira Alves
José Amílcar Machado
Daniel Paes Ribeiro
Souza Prudente
Maria do Carmo Cardoso
Francisco de Assis Betti
Ângela Catão
Mônica Sifuentes
Kassio Marques
Néviton Guedes
Novély Vilanova
Ney Bello
Marcos Augusto de Sousa
João Luiz de Sousa
Gilda Sigmaringa Seixas
Jamil de Jesus Oliveira
Hercules Fajoses
Carlos Augusto Pires Brandão
Francisco Neves da Cunha
Daniele Maranhão

Membros Externos

Adilson Abreu Dallari
Dalmo de Abreu Dallari
Dias Toffoli
Felício Pontes Júnior
Fernando da Costa Tourinho Filho
Flávia Piovesan
Guilherme de Souza Nucci
Herman Benjamin
Humberto Theodoro Júnior
Ives Gandra da Silva Martins
Ivo Dantas
Janaina Paschoal
Jorge Miranda
José Afonso da Silva
José Joaquim Gomes Canotilho
José Renato Nalini
José Rubens Morato
Luiz Fux
Luiz Guilherme Marinoni
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Miguel Reale Junior
Nabor Bulhões
Nelson Nery Júnior
Odete Medauar
Paulo Bonavides
Raquel Dodge
Rodolfo de Camargo Mancuso
Ronaldo Poletti
Toshio Mukai
Sérgio Cruz Arenhart
Sérgio Ferraz
Virgílio Afonso da Silva
Walter Polido

Adilson Abreu Dallari

Advogado. Consultor jurídico. Professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Conselho Científico da SBDP. Ex-secretário municipal de administração de São Paulo. Professor de Direito Urbanístico e Ambiental da pós-graduação da PUC/SP. Membro do Núcleo de Altos Temas (NAT) do Secovi/SP e do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da Fiesp.

Dalmo de Abreu Dallari

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor doutor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, da qual foi presidente. Membro da Associação Brasileira de Juristas Democratas. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – Iasp. Professor catedrático da Unesco na cadeira de Educação para a Paz, Direitos Humanos e Democracia e Tolerância, criada na Universidade de São Paulo.

Dias Toffoli

Ministro vice-presidente do Supremo Tribunal Federal. Ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Foi Advogado-Geral da União. Atuou como subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Ex-chefe de gabinete da Secretaria de Implementação das subprefeituras do Município de São Paulo. Atividades docentes: professor da Escola da Magistratura da Associação dos Magistrados do Distrito Federal – Amagis e do UniCeub. Professor colaborador do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Jurista. Palestrante. Conferencista.

Felício Pontes Júnior

Jurista. Palestrante. Conferencista. Procurador Regional da República. Mestre em Direito Constitucional e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC–RJ.

Fernando da Costa Tourinho Filho

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Membro aposentado do Ministério Público de São Paulo. Membro emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP. Professor doutor de Direito Processual Penal em diversas universidades federais.

Flávia Piovesan

Jurista. Conferencista. Parecerista. Procuradora do Estado de São Paulo. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC–SP. Professora de Direitos Humanos dos Programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC–SP, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC–PR e da *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilha, Espanha). Membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Secretária Especial de Direitos Humanos do Governo interino de Michel Temer (2016).

Guilherme de Souza Nucci

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre (1996) e doutor (1998) em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC–SP. Livre-docente em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004).

Herman Benjamin

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Mestre em Direito pela University of Illinois College of Law. Membro do Conselho Diretor da Comissão Fulbright. Fundador e codiretor da Revista de Direito Ambiental (RT). Foi membro e relator-geral da Comissão de Juristas do Projeto de Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente do Ministério da Justiça e membro da Comissão de Juristas da ONU sobre crimes

contra o meio ambiente. Foi copresidente do INECE – International Network on Environmental Compliance and Enforcement (Rede Mundial de Órgãos e Entidades de Implementação Ambiental). Foi conselheiro do Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente. Atividades docentes: professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade do Texas. Ex-professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Illinois. Ex-professor visitante do Curso de Verão em Direito Ambiental e do Consumidor da Faculdade de Direito, Universidade Católica de Louvain-la-Neuve, Bélgica. Ex-professor da Faculdade de Direito, FMU, São Paulo. Jurista. Palestrante. Conferencista.

Humberto Theodoro Júnior

Jurista. Parecerista. Conferencista. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor de diversas faculdades de Direito em Minas Gerais. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da *International Association of Procedural Law*. Integrou a comissão de juristas encarregados pelo Senado Federal da elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2009/2010).

Ives Gandra da Silva Martins

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor pela Universidade Mackenzie. Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, Unifio, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Professor honorário das Universidades *Austral* (Argentina), *San Martin de Porres* (Peru) e *Vasili Goldis* (Romênia). Doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e da Pontifícia Universidade do Paraná, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Membro das Academias Internacional de Cultura Portuguesa (Lisboa), Lusíada de Ciências, Letras e Artes Internacional de Direito e Economia, Brasileira de Filosofia, Brasileira de Letras Jurídicas, Paulista de Letras, Paulista de História, Paulista de Educação, Paulista de Direito e Paulista de Letras Jurídicas. Membro de diversas bancas examinadoras de concursos públicos. Membro do Comitê Científico (*Seccion Fenomenologia*) *Revista Electronica de Semiotica y Fenomenologia Juridicas*, Argentina.

Ivo Dantas

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre-docente em Direito Constitucional – UERJ e em Teoria do Estado – UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Membro do Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional México). Membro do Consejo Asesor del Anuario Ibero-Americano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Professor orientador visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juiz Federal do Trabalho (aposentado).

Janaína Paschoal

Advogada. Jurista. Conferencista. Parecerista. Professora da Universidade de São Paulo. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2002).

Jorge Miranda

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde ministra aulas nos cursos de mestrado e de doutoramento e é presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Doutor pela Universidade de Lisboa (1979). Professor honorário da Universidade do Ceará (Brasil) e doutor *honoris causa* de várias instituições como a Universidade do Porto (Portugal), a Universidade de Lovaina (Bélgica), a Universidade de Vale do Rio dos Sinos (Porto Alegre, Brasil) e a Universidade de Pau (França). Investigador principal, no âmbito do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP), do projeto de investigação plurianual com o título *Informal Changes in Constitutional Law*, com um enfoque na problemática da “Mutação Tácita” da Constitui o no Direito Constitucional Português, Europeu e da América do Sul. Participou ativamente na reda o da Constitui o Portuguesa e das Constitui es de Timor-Leste e de São Tomé e Príncipe.

José Afonso da Silva

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Procurador aposentado do Estado de São Paulo. Livre-docente de Direito Financeiro, de Processo Civil e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e da Associa o Brasileira de Constitucionalistas Democráticos, da qual foi presidente e fundador. Participou da Assembleia Constituinte que elaborou a Constitui o Federal Brasileira de 1988.

José Joaquim Gomes Canotilho

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra, onde foi vice-reitor. Prepar o para o doutorado em Freiburg e Heidelberg, na Alemanha. Conselheiro de Estado. Membro da Comissão para a Revisão do Conceito Estratégico da Defesa Nacional. Administrador não Executivo da Funda o *Calouste Gulbenkian*. Membro do Conselho Superior do Ministério Público.

José Renato Nalini

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Imortal da Academia Paulista de Letras e membro da Academia Brasileira da Educa o.

José Rubens Morato

Jurista. Pesquisador na área de Direito Ambiental. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco do CNPq. Professor no curso de Direito da Universidade de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutor pelo *Centre of Environmental Law*, Macquarie University (Sydney, Austrália). Doutor em Direito Ambiental pela UFSC. Mestre em Direito pela *University College London*. Membro representante da UFSC no *Consema/SC*. Membro e consultor da IUCN – *The World Conservation Union – Commission on Environmental Law (Steering Committee)*. Vice-presidente do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. Membro do Conselho Científico da *Revista de Direito Ambiental* da Editora Revista dos Tribunais. Sócio-fundador da Aprodab – Associa o dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

Luiz Fux

Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Foi promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, juiz e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Atuou como juiz eleitoral do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Foi, entre os anos de 2001 e 2011, ministro do Superior Tribunal de Justiça. Atividades docentes: professor da UERJ – Universidade

do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Cepad – Centro de Estudos, Pesquisa e Atualiza o em Direito. Professor convidado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Chefe do Departamento de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro do Conselho da Justiça Federal. Jurista. Palestrante. Conferencista.

Luiz Guilherme Marinoni

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor da especializa o da *Universidade Del Litoral* (Argentina) e do doutorado da Pontifícia Universidade Católica (Chile). Pós-doutor pela Universidade Estatal de Milão e *Visiting Scholar* na *Columbia University* (EUA). Ex-procurador da República e ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Se o de Curitiba.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Jurista. Parecerista. Conferencista. Procuradora aposentada do Estado de São Paulo. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora aposentada como titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo. Porém, continua vinculada aos cursos de p s-gradua o da mesma faculdade, orientando alunos para mestrado e doutorado, além de ministrar cursos de especializa o como professora convidada. Foi chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrou a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de lei que resultou no Código de Defesa do Usuário de Serviço Público do Estado de São Paulo (Lei 10.294/1999). Integrou a comissão de juristas que elaborou a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) e presidiu a comissão de juristas que preparou o anteprojeto de lei sobre reforma da organiza o administrativa brasileira.

Miguel Reale Junior

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de São Paulo. Foi ministro da Justiça no ano de 2002. Membro da Academia Paulista de Letras, bem como da Real Academia de Jurisprudência y Legislación. Foi secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo; presidente do Conselho Federal de Entorpecentes – Cofen,  rg o ligado ao Ministério da Justiça. Foi membro da Comissão Elaboradora da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execu o Penal.

Nabor Bulhões

Jurista. Parecerista. Conferencista. Advogado. Professor da Universidade Federal de Alagoas de Direito Penal, Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional. Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão Revisora do Código Penal. Membro da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para a elabora o de Anteprojeto de Reforma do Código Penal (2011/2012). Membro da Comissão Mista de Reforma do Poder Judiciário – OAB/AMB. Membro da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Judiciário do Conselho Federal da OAB (2004). Ex-curador em matéria de Direito Internacional em processos de homologa o de sentenças estrangeiras perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por designa o de suas Presidências. Membro da Comissão de Concurso do TRF 1  Região para provimento de cargo de juiz federal substituto (2014/2015). Membro honorário vitalício da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de ex-presidente seccional.

Nelson Nery Júnior

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Livre-docente. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito Processual Civil pela *Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*. Professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Unesp. Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e do Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa. Árbitro em diversas câmaras de arbitragem do Brasil e do Exterior, destacando-se as do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, da Câmara de Comércio Brasil-Portugal. Está também habilitado a atuar como *Amicus Curiae* e elaborar *Affidavits*. Foi procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo por 27 anos. É membro da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht* (Alemanha), da *International Association of Procedure Law*, da *Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal*, da Academia Brasileira de Direito Civil, da *Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*. Coautor dos Projetos que se converteram na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), é membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Letras Jurídicas, membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Fundou a União dos Juristas Católicos de São Paulo, da qual é diretor-tesoureiro.

Odete Medauar

Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutrinadora. Mestre e doutora em Direito do Estado. Livre-docente em Direito Administrativo. Docente na USP desde 1972. Professora titular da USP desde 1993. Foi procuradora do Município de São Paulo e diretora do Departamento de Desapropriação da Prefeitura de São Paulo.

Paulo Bonavides

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Catedrático emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em Fortaleza. Foi professor do Seminário Românico da Universidade de Heidelberg, na Alemanha; e, no Brasil, professor assistente na Universidade Federal do Ceará, após a conquista da livre-docência. Professor visitante na *Universität zu Köln* (Alemanha), na *University of Tennessee* (EUA) e na Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa, Universidade Federal do Rio de Janeiro, *Universidad Nacional de Córdoba* (Argentina), *Universidad Inca Garcilaso de la Vega* (Lima, Peru) e Universidade de Fortaleza (Ceará, Brasil). Fundador e presidente do Conselho Diretivo da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Atualmente, faz parte da Comissão Especial de Apoio à Emenda Constitucional por Iniciativa Popular do Conselho Federal da OAB.

Raquel Dodge

Procuradora-geral da República. Jurista. Conferencista. Membro do Ministério Público Federal desde 1987, promovida por merecimento aos cargos de procuradora regional da República e de subprocuradora-geral da República. Mestre em Direito pela Harvard Law School – LL.M., 2007. *Fellow* do Programa de Direitos Humanos da Harvard Law School (2005-2006). *Visiting Researcher* do Programa de Pós-Graduação da Harvard Law School (2007-2008). Mestrado em Direito e Estado (1983-1986) pela Universidade de Brasília. Atuou na equipe que redigiu o I Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil, e na I e II Comissão para Adaptar o Código Penal Brasileiro ao Estatuto de Roma (2003 a 2006).

Rodolfo de Camargo Mancuso

Jurista. Palestrante. Conferencista. Professor Associado da Universidade de São Paulo. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo e livre-docência pela mesma universidade.

Ronaldo Poletti

Advogado. Jurista. Conferencista. Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB e diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos e da “Notícia do Direito Brasileiro”, órgão oficial daquela Faculdade. Presidente da União dos Romanistas Brasileiros – URBS. Ex-presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Ex-consultor-geral da República e ex-consultor jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

Sérgio Cruz Arenhart

Jurista. Conferencista. Procurador da República. Pós-doutor pela *Università degli Studi di Firenze* (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro de corpo editorial da *Gênesis, Revista de Direito Processual Civil*. Membro do corpo editorial da *Revista Jurídica* (Porto Alegre).

Sérgio Ferraz

Advogado. Jurista. Parecerista. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro honorário vitalício do Coadem (Colégios e Ordens dos Advogados do Mercosul). Ex-consultor jurídico do Ministério da Justiça. Procurador (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente da Comissão de Direito da Biotecnologia da UIA (Union Internationale des Avocats). Membro vitalício do Senado da UIBA (Unión Iberoamericana de Abogados). Professor titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-docente (Direito do Trabalho) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Toshio Mukai

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre e doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Ex-professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Ex-procurador do Município de São Paulo. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ).

Virgílio Afonso da Silva

Jurista. Conferencista. Palestrante. Professor titular de Direito do Estado da Universidade de São Paulo. Livre-docente em Direito Constitucional (USP). Foi pesquisador do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado, em Heidelberg, Alemanha e na Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha. Mestre em Direito do Estado. Doutor em Direito (Universidade de Kiel, Alemanha).

Walter Polido

Advogado. Jurista. Consultor jurídico e parecerista. Mestre em Direito das Relações Sociais, com concentração em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor convidado da FGV-SP e RJ (pós-graduação em Direito do Seguro e Resseguro), do Cesusc – Florianópolis – SC (pós-graduação em Direito Ambiental), do COGAE-PUC (pós-graduação em ciências atuariais e resseguro), da Escola Superior Nacional de Seguros – Funenseg (mentor e coordenador acadêmico dos Cursos de Extensão em Resseguro Avançado e de Fundamentos dos Seguros de Responsabilidade Civil, Riscos Profissionais e Riscos Ambientais; também do MBA - Gestão Jurídica de Seguro e Resseguro). Fundador e ex-presidente do Grupo Nacional de Trabalho em Meio Ambiente da Aida – Associação Internacional de Direito do Seguro – Seção Brasil. Membro conselheiro e secretário do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem do Ciesp/Fiesp.

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
maio/1999 – 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 Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
setembro/2009 – setembro/2010

Desembargador Federal I'talo Mendes
outubro/2010 – maio/2012

Desembargador Federal João Batista Moreira
junho/2012 – abril/2014

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
maio/2014 – abril/2016



Desembargador Federal Souza Prudente
a partir de maio/2016

A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nesta edição relativa ao bimestre de março/abril de 2018, revela o final feliz de minha gestão na qualidade de seu diretor com a colaboração de sua competente equipe técnica, composta dos servidores *Ana Clara de Barros Balsalobre, Luciana Fernandes Menezes, Gabriela Vaz Junqueira Artiaga, Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes, Leandro Scapellato Cruz, Milena Lima Pereira Araújo, Ana Alice Reis da Costa, Camila Cássia Faria Minghetti, Zilda Maria Regina Dutra, Joilma de Oliveira Souza e José Hugo de Lima Reis*, no biênio 2017/2018, juntamente com a valiosa contribuição jurídico-científica de seus ilustres membros do conselho editorial em dimensão nacional e internacional aos quais creditamos votos de sinceros agradecimentos.

Nesta edição de encerramento de gestão editorial, a nossa revista nos apresenta um rol de selecionados artigos de elevado nível jurídico, a saber: *I – As gerações futuras como sujeito de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: o acesso à informação como base para uma consciência intergeracional*, dos professores *Lucivaldo Vasconcelos Barros e Felício Pontes Jr.*, na compreensão de que *“para a proteção da natureza, há necessidade de uma mudança sistêmica e profunda, com a quebra de paradigmas sociais, éticos e jurídicos, tendentes a construir um comportamento voltado para a preservação e para a sustentabilidade, e não mais um modelo baseado na exploração irracional dos recursos naturais. Mas não há mudança de postura sem acesso à informação. E está se falando de informação ambiental verdadeira que comporta três componentes: o primeiro consiste no elemento técnico, que é a própria informação, revestida de organicidade e colocada com facilidade à disposição da sociedade; o segundo componente representa o elemento de ordem ética, que é a responsabilidade de qualquer indivíduo ou profissional, ao assumir o compromisso com a proteção ambiental; o terceiro e o último componente se traduz em elemento prático, situado no âmbito do comportamento e traduzido na atitude prática de cada ser humano no cuidado com o meio ambiente.”*; *II – Proteção das variedades de plantas*, do professor e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *André R. C. Fontes*, na consideração de que *“não se pode deixar de reconhecer que, sobre a biopirataria e sobre a concessão de patentes relativas ao cultivo de alimentos básicos, as técnicas para a decodificação e identificação de melhores genes vegetais estão exigindo uma aceleração, em ritmo somente compatível com a potencialidade econômica dos países ricos. Em verdade, a indústria da biotecnologia está promovendo uma verdadeira corrida para traçar um mapa dos genomas das plantas produtoras, em nível mundial, de alimentos base, com o fim de patentear os genes mais importantes e vitais e obter a titularidade unida de tais privilégios. Os agricultores dos países em desenvolvimento, responsáveis pelo cultivo mundial de produtos alimentares de base, não teriam vantagem alguma com o patenteamento pelas grandes multinacionais, nos termos e nas condições em que se apresentam o problema e a solução. É necessário lembrar que o direito aos meios de subsistência — um direito humano fundamental — é ameaçado por patentes sobre a vida, concedidas no campo alimentar e agrícola. Uma análise mínima revelaria, certamente, que as patentes são uma verdadeira ameaça aos meios de subsistência dos agricultores e da segurança alimentar do planeta. A redução ao acesso dos agricultores às sementes, aptas a reduzir esforços na reprodução em estruturas públicas de espécies vegetais, aumenta a perda, em termos de diversidade genética, e obsta os mais tradicionais métodos de repartição de sementes e cultivos. Já se propôs que o reconhecimento de patentes sobre esses produtos se interrompa por cinco*

anos, a fim de que venha a ser efetuada uma valoração do impacto das patentes na agricultura dos mais pobres. Uma orientação, certamente necessária, seria um estudo que contivesse uma pesquisa sobre patentes relativas a materiais relacionados a variedades ou espécies vegetais que beneficiasse todos os povos e países, sem distinção. A descoberta de que as companhias multinacionais estavam buscando obter a proteção de patentes por sequências de genes, proteínas, espécies vegetais e sementes acelerou ainda mais as iniciativas patentárias, ao ponto de que três quartos dos pedidos de patentes sobre genes de plantas venham do setor privado e a quase metade de 601 patentes sobre o ácido desoxirribonucleico-ADN (DNA) das plantas terem sido registradas por apenas 14 multinacionais, localizadas nas economias centrais do mundo.”; III – Tutela jurídica da saúde mental no ambiental laboral, das professoras e mestrandas em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Cristiane Moreira Martins e Luciana Cypreste Santos Baglioli, sob a nossa orientação científica, na afirmação de que “as várias agressões e pressões envolvidas no ambiente de trabalho atingem diretamente a dignidade do trabalhador. Verifica-se, então, que a saúde mental do trabalhador está cada vez mais fragilizada, pois tais abusos são cometidos com frequência para justificar a produtividade e a obtenção de lucro. Por isso ocorre a crescente busca pela maior proteção e equilíbrio deste direito fundamental. As relações cruéis de trabalho incentivam os trabalhadores a cumprir metas impossíveis, a realizar longas jornadas e a confundir vida profissional com pessoal, tomando mais vulnerável a saúde do trabalhador. A tutela jurídica do direito ambiental do trabalho, em especial a saúde mental, desenvolve-se por meio de normas cogentes de caráter social, visando à proteção da saúde e da segurança do trabalhador contra a degradação da qualidade de vida. Deste modo, são imprescindíveis a elaboração e adoção de medidas preventivas no que tange a saúde mental do trabalhador de forma a eliminar os riscos e patologias decorrentes das atividades laborais, não podendo existir descaso a um direito fundamental.”; IV – A proteção da imagem na Alemanha, do juiz federal e professor, Leonardo Estevam de Assis Zanini, na consideração final de que “concluindo a evolução do Direito alemão e promovendo uma grande modificação nos posicionamentos até então vigentes, o tribunal europeu ampliou a proteção da vida privada das pessoas célebres também para ambientes públicos, nos quais igualmente podem ser revelados, segundo o julgado, aspectos relevantes da vida privada. Assim, o critério adotado pelos tribunais alemães passou então a ser o da legítima expectativa de tutela da imagem e da privacidade, o qual deve orientar também a jurisprudência dos países que fazem parte da jurisdição do TEDH, bem como influenciar os julgados de países como o Brasil.”; V – Lei e ato normativo, do professor, José Afonso da Silva, na fala introdutória de que “o ordenamento jurídico se constitui de uma pirâmide de normas hierarquizadas, ou seja, uma norma pertence a um ordenamento jurídico na medida em que se conforma a uma norma superior que rege sua criação.¹ No ápice da pirâmide está a Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico; depois vêm as leis e outros atos normativos gerais (decreto, regulamento, regimentos, instruções normativas, portarias) e, por fim, o atos individuais, decisões administrativas ou jurisdicionais concretas.² A expressão ‘lei e ato normativo federal ou estadual’ mostra que a ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade invocar a jurisdição constitucional do STF para a apreciação da validade de um ato legislativo ou administrativo de conteúdo normativo em face da Constituição. São dois, pois, os pressupostos do controle concentrado entre nós: a) o conteúdo normativo do ato impugnado;

b) a aferição de sua validade em face da Constituição, o que exclui a relação de validade em face da lei ou de outro ato. Não entram, nesse contexto, nem as leis municipais nem atos privados ainda que sejam normativos.”; VI – Análise histórica da formação do Poder Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro, da graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (MG), Mariana Garcia da Silveira, na afirmação conclusiva de que “verificou-se que o sistema constitucional brasileiro foi se desenvolvendo a partir de fórmulas genéricas de quadripartição funcional, como foi instituída a organização dos Poderes na Constituição Imperial de 1824, até a incorporação do sistema tripartido de órgãos ou Poderes no sistema republicano implantado em 1889. A partir da Constituição de 1891 mantém-se a anterior assimilação, pelo sistema brasileiro, de fórmulas institucionais produzidas no sistema de tripartição funcional. Portanto, a análise da experiência constitucional brasileira revelou que o momento histórico vivenciado por cada período constitucional influencia na organização e no fortalecimento ou enfraquecimento do Poder Judiciário frente ao Executivo e ao Legislativo, bem como, na necessidade de especialização de justiças para julgamento de causas próprias. Em virtude dos fatos mencionados, conclui-se que a pesquisa se processa abrangendo os movimentos institucionais e políticos do sistema brasileiro de organização dos Poderes, constando que o Poder Judiciário inicia-se como fórmula política em 1824, evoluindo em cada Constituição, no que se refere à instituição de órgãos, competências, prerrogativas, garantias e direitos.”; VII – O município no constitucionalismo brasileiro, do advogado, jurista e professor, Ronaldo Rebello de Britto Poletti, na fala de que “o município é uma criatura de Roma. Sua presença e permanência até a contemporaneidade demonstra a sua força. É o lugar onde a democracia pode realizar-se de forma concreta. Enfraquecido o Estado nacional, restará o município como base de uma nova organização política. O presente trabalho poderá eventualmente servir à ideia do fortalecimento do município, o locus próprio para a concreção democrática. [...] No Brasil, a realidade está e sempre esteve nos municípios. Neles é que está o povo; neles está o homem situado em suas comunidades naturais. A força do Brasil está em seu interior, não nas abstrações estatais centralizadas ou ‘estadualizadas’. Se verificarmos a história constitucional brasileira, concluiremos que, sempre, desprezamos a nossa realidade para adotar concepções importadas, vindas de fora. Em 1824, a ideia da monarquia constitucional e o projeto de Benjamin Constant referente ao Poder Moderador. Na República, o embate entre o liberalismo do Direito Público americano e federalista, ao qual Rui Barbosa aderira em substituição às instituições inglesas, por ele antes propagada, e o positivismo de Augusto Comte, que, derrotado na Constituinte, refugiou-se no Rio Grande do Sul, para voltar pela Revolução de 30 e consolidar-se em 37, repercutindo, ainda, em 64-67-69 (basta substituir ‘Ordem e Progresso’ por ‘Segurança e Desenvolvimento’). Na Constituição de 34, além da influência de Weimar, os primeiros sinais da excessiva preocupação com a segurança interna. Em 1937, a forte influência dos ‘Estados’ fortes da Europa, nada que ver com o fascismo, sim com a ditadura republicana positivista, mais o drama de uma Carta que jamais entrou em vigor, condicionada que estava a uma aprovação por um plebiscito, que jamais ocorreu. Em 1946, os nossos constituintes voltaram-se para o liberalismo dos países vitoriosos na guerra mundial. Em 64 e adiante, de um lado o positivismo redivivo na ditadura republicana positivista exercida pelo Exército (leia-se ‘Forças Armadas’) e de outro a influência americana sobre a segurança nacional, necessária para enfrentar a Guerra Fria. Em 88, muitas influências em oposição ao regime

precedente mais as semelhanças com as Cartas portuguesa e espanhola, que tinham sido editadas, também, após as ditaduras salazarista e franquista. Nas Constituições todas, o município variou em sua autonomia maior ou menor, mas sempre amoldado aos interesses do centro e, pior, quando mais submetido aos estados da Federação. A crítica pode ser mais grave se adicionarmos o problema da representação política, na forma da liberal democracia, que favorece um exercício do poder que vem de fora, não obstante a força eleitoral municipal.”; VIII – Orçamento público, ajuste fiscal e administração consensual, do Desembargador do TJRJ e professor, Jessé Torres Pereira Junior e da advogada e professora, Thaís Boia Marçal, no raciocínio conclusivo de que “nos estados modernos dos séculos XIX e XX, o orçamento público se limitava a relacionar as receitas com as despesas, ou seja, um ato de estimativa das receitas e de fixação das despesas, sendo este o repositório da essência da atividade financeira do Estado a cada período de vigência orçamentária. A partir de meados do século XX, a preocupação estrita com o equilíbrio contábil anual das contas públicas cede lugar a considerações mais amplas a respeito da função social do orçamento público, o que faz surgir o ‘orçamento-programa’, definível como um processo por meio do qual se expressa, se aprova, se executa e se avalia o nível de cumprimento do programa de governo para cada período orçamentário, levando em conta as perspectivas de médio e longo prazo, uma vez que, ao refletir os recursos financeiros a serem aplicados no exercício, haveria de constituir um instrumento de planejamento. A Lei Complementar 101/2000, a chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) — em curso, destarte, o seu 15º aniversário —, representa o mais avançado instrumento legislativo da história da Administração Pública brasileira para o controle dos orçamentos, na pós-modernidade do Estado Democrático de Direito. Mercê dela, a gestão da despesa pública no Brasil passa a pautar-se por critérios mais gerenciais e transparentes, seguindo-se uma proposta de governança pública na qual a sociedade possa acompanhar criticamente as despesas governamentais, com o fim de assegurar que a entrega do serviço ou do bem público desejado ocorrerá segundo parâmetros aferíveis, eficientes e eficazes. Dentre outros fatores, o desequilíbrio fiscal experimentado pelos entes da Federação brasileira tem origem nas deficiências do planejamento governamental, associadas a más práticas orçamentárias. Ajustes fiscais devem resultar de diálogo entre os Poderes constituídos e a sociedade que os constituiu, de modo a adequar as finanças públicas à realidade socioeconômica, sempre mutante, e balizadas pela qualidade de vida e o mínimo existencial que se deve garantir a toda a população, sem exclusão e sem retóricas fantasiosas.”; IX – Rescisória por Ofensa à Coisa Julgada, do pós-doutor, jurista e professor, Luiz Guilherme Marinoni, na reflexão de que “alega-se que, pelo fato de a lei processual admitir a rescisória sem nada dizer sobre a alegação de coisa julgada no processo de conhecimento, não haveria como proibir a rescisória ainda que, no processo de conhecimento em que invocada a coisa julgada, houvesse sido decidido que a primeira coisa julgada não obsta a formação da segunda. É nesse sentido o entendimento de Barbosa Moreira: “O Código italiano, art. 395, n. 5, exige, como requisito de admissibilidade da revocazione, que a sentença impugnada não se haja pronunciado sobre a alegação de coisa julgada. No direito brasileiro, é irrelevante que a preliminar tenha sido ou não suscitada, ou apreciada ex officio, no processo em que se proferiu a sentença rescindenda. A circunstância de haver-se nele rejeitado a preliminar não constitui obstáculo ao exercício da rescisória, nada impede que se acolha o pedido de rescisão. O fato de o código nada dizer

sobre a impossibilidade de se voltar a decidir sobre a coisa julgada não pode ter o efeito que Barbosa Moreira extraiu. O código italiano tem previsão expressa acerca do ponto para evitar que alguém caia no equívoco de imaginar que é possível negar o que já foi discutido e decidido pelo juiz. Ora, se o juiz decidiu que não havia coisa julgada a obstar a formação da coisa julgada, obviamente não se pode fingir que nada foi decidido. É por isso que, mesmo no Direito brasileiro, não se deve admitir ação rescisória para rediscutir a alegação de coisa julgada anterior que foi rejeitada pelo juiz. Trata-se simplesmente de se ter em conta a obviedade de que não se pode pretender rediscutir questão para rescindir o que já foi devidamente discutido e expressamente decidido. Do contrário, admitir-se-ia duas discussões e decisões sobre uma mesma questão, o que é completamente fora de propósito. Ora, é completamente irracional entender que, se no processo em que se formou a segunda coisa julgada discutiu-se para se decidir que não havia uma primeira coisa julgada a obstar a decisão sobre o mérito, é possível voltar a discutir a mesma questão e dar a outro juízo oportunidade para rescindir a segunda coisa julgada. Diante do art. 503, § 1º, isto se torna efetivamente impossível. Se a questão da anterior coisa julgada foi discutida e rejeitada no processo, há coisa julgada sobre a inexistência da primeira coisa julgada, o que certamente impede que se pretenda rescindir a segunda coisa julgada sob o fundamento de existir a primeira. Se isto ocorresse, aí sim haveria violação da coisa julgada.”; X – A crise do Poder Judiciário no Brasil: reflexos no STJ, do advogado, jurista e professor, André Macedo de Oliveira, na compreensão de que “num cenário de crise do Poder Judiciário, é lugar comum que a prestação jurisdicional é lenta. É tardia. Um processo cível dura longos anos, sem garantia de efetividade, de cumprimento. Ou seja, ganha a causa, ‘mas pode ser que não receba o devido’. E não é pela falta de magistrados e servidores, considerando alguns poucos tribunais com excesso e outros com escassez de juízes e servidores. Também não é pela informatização, apesar de contrapontos entre sistemas, pauta essa em discussão no Conselho Nacional de Justiça. E não é pela falta de uma legislação moderna, apesar do Código de Processo Civil de 2015 ainda não apresentar resultados concretos para a racionalização do sistema processual civil. Nesse cenário de não culpados pela crise do sistema e pelas inúmeras razões pela não prestação do serviço que lhe compete, cabe ao Poder Judiciário buscar um choque de gestão administrativa e cultural para alavancar o seu fim maior, que é a entrega da prestação jurisdicional. Fora o tempo e a gestão, uma mudança há que ser observada: o do papel constitucional do STJ. É preciso rever o papel desse Tribunal que é o de Corte uniformizadora da legislação infraconstitucional.”; XI – O direito à imigração no Brasil, do juiz federal e doutor em Direito Público, Arthur Pinheiro Chaves, na argumentação de que “conflitos internos e entre nações, guerras e conflitos interétnicos, agravados, muitas vezes, por catástrofes de ordem natural, têm provocado, em especial nas duas últimas décadas, um incremento elevado do fluxo migratório, numa escala inédita na história, culminando em séria crise humanitária, em especial no espaço compreendido na União Europeia, com migrantes oriundos da África, Oriente Médio e Leste Europeu. Paralelamente a isso, o processo de globalização econômica, com avanços em inovações tecnológicas, meios de transportes e das comunicações digitais, tornaram os fluxos financeiros e de pessoas voláteis e quase incontroláveis no âmbito internacional, relativizando, muitas vezes, a noção de fronteira. Entretanto, nada obstante a realidade apontada, o Estado moderno continua a desempenhar papéis fundamentais e que não se tornaram de todo obsoletos em face da pressão da mencionada globalização. Destacam-se,

entre outros, as prerrogativas do Estado ligadas às funções de justiça, defesa do território, polícia e diplomacia, como se verá adiante. Permanece, diante disso, ainda, princípio clássico de Direito Internacional Público no sentido de que nenhum Estado soberano é obrigado a admitir em seu território estrangeiros, seja a título definitivo, seja a título temporário, embora a intensidade de sua presença, bem como os requisitos de ingresso e permanência, varie muito de um país para outro. De outra banda, a partir do momento em que se admite cidadão de outro país no âmbito espacial de sua soberania interna, tem o Estado, qualquer que seja, perante ele, deveres resultantes do direito internacional, cuja extensão varia em conformidade com a natureza do ingresso. Esse o quadro fático, bem como os aspectos jurídicos mencionados, servem de fundo e referência para reflexão acerca do aspecto nacionalista em face do migrante e do estrangeiro, considerada a perspectiva de construção de um cenário de ideal cosmopolita e globalizado ao longo do século XXI, com flexibilização dos conceitos de fronteira e território.”; XII – As razões de nossa denúncia contra a ditadura venezuelana comandada por Nicolás Maduro e do acerto da Promotoria do Tribunal Penal Internacional (TPI) em dar seguimento à investigação, dos juristas e professores, Janaína Conceição Paschoal, Hélio Pereira Bicudo, Maristela Basso e Jorge Coutinho Paschoal, na reflexão de que “infelizmente, as autoridades brasileiras perderam uma grande oportunidade de mostrar o seu protagonismo na defesa dos direitos humanos na América Latina, resgatando, de certo modo, a responsabilidade por ter criado o monstro que se vê hoje, afinal o governo anterior brasileiro dava (e aqueles mesmos políticos ainda dão hoje, vide a posição da Senadora Gleisi Hoffmann) amplo apoio a Nicolás Maduro; neste diapasão, pensa-se, havia, por parte do Brasil, um dever de agir, tendo as autoridades, contudo, preferido emitir notas de apoio ao povo venezuelano. Se o Brasil criou e financiou a ditadura venezuelana, temos o dever de derrotá-la, ainda que o ato não se faça institucionalmente, ante a inércia das autoridades, devendo ser realizado pela cidadania, como ocorreu no impeachment de Dilma.”; XIII – Hely Lopes Meirelles e o novo Direito Administrativo, do jurista e professor, Arnaldo Wald, na afirmação de que “decorridos cem anos do nascimento de Hely e 50 anos da publicação inicial das suas primeiras obras, assim como 30 anos do primeiro livro em sua homenagem, pareceu-nos, a Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira e a mim, que era hora de relembrar o mestre cujas lições nos parecem tão atuais e oportunas na defesa da democracia e da independência dos Poderes, no combate à corrupção, nas relações entre o Estado de Direito, a sociedade civil e o cidadão. Lembrando-nos que o presente não deixa de ser a continuidade do passado e que a história não deve ser esquecida, foi essa a razão que nos mobilizou para publicar o livro do centenário, com mais de 70 artigos, em homenagem ao fundador do Direito Administrativo moderno, contando com as colaborações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Edson Fachin e de numerosos outros professores e magistrados, entre os quais queremos destacar o diretor da excelente Revista do TRF da 1ª Região, Desembargador Antonio Souza Prudente, que nos honrou com a sua presença no Seminário do IASP, em São Paulo, no qual foi lançada a obra.”; XIV – Discurso pronunciado pelo Desembargador Federal Souza Prudente na sessão solene de outorga do título de Cidadão Honorário de Santarém (PA), em 27 de março de 2018, no Plenário da Câmara Legislativa, onde se destaca a fala de que “no mundo atual, a hipertrofia do Poder Executivo, em muitos países, tende a desconsiderar o valor e o significado da ordem constitucional legítima, a fim de que determinado plano de governo, gerenciador de interesses

alienígenas, se sobreponha à intangibilidade do sistema constitucional vigente. Ainda nesse contexto, os juízes exercem função relevante de cidadania, na defesa do Estado Democrático de Direito, pondo freios aos constantes abusos do Executivo. Assim o fora, na liberação do plantio da soja transgênia (round up ready), para fins comerciais, aqui, no Brasil, sem observância da exigência constitucional do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/Rima), a ser obstada pela ação diligente do Idec e do Ministério Público Federal perante meu Juízo, avalizado por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a consciência constitucional de que todos temos 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 (CF, art. 225, caput). Nesse contexto, a voz das cidadanias se rebelam contra as invasões de áreas públicas, em todo o território nacional, mas de forma peculiar contra as invasões que acontecem, no território nacional, especialmente, na Amazônia Legal, sob o olhar passivo e conivente de nossos governantes e dos órgãos visivelmente responsáveis pela tutela do meio ambiente natural e artificial, como conquista do homem vocacionado a habitar a cidade cósmica dos próximos milênios. [...] No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário está sendo permanentemente convocado, com os demais Poderes Públicos e toda a coletividade, a defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput), adotando técnicas e procedimentos processuais mais rápidos e eficazes (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), que repudiem qualquer postura de inércia ou omissão ante os desafios dos novos direitos, em temas emergentes e difusos, como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente natural, artificial, do trabalho e cultural, visando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.”

No valioso acervo jurisprudencial desta edição da Revista do TRF/1ª Região, além dos diversos julgados em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, destacam-se outros de grande interesse das comunidades indígenas, neste mês de abril de 2018, com o encerramento de nossa gestão sempre em busca de construir um mundo melhor para as presentes e futuras gerações, ao som de um novo canto de bioesperança.

Desembargador Federal Souza Prudente

Diretor da Revista TRF - 1ª Região

Artigos Doutrinários.....23

As gerações futuras como sujeito de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: o acesso à informação como base para uma consciência intergeracional, **23**

Lucivaldo Vasconcelos Barros e Felício Pontes Jr.

Proteção das variedades de plantas, **33**

André R. C. Fontes

Tutela jurídica da saúde mental no ambiente laboral, **40**

Cristianne Moreira Martins e Luciana Cypreste Santos Baglioli

A proteção da imagem na Alemanha - *The protection of the image in Germany*, **47**

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Lei e ato normativo, **67**

José Afonso da Silva

Análise histórica da formação do Poder Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro, **71**

Mariana Garcia da Silveira

O município no constitucionalismo brasileiro, **85**

Ronaldo Rebello de Britto Poletti

Orçamento público, ajuste fiscal e administração consensual, **101**

Jessé Torres Pereira Junior e Thaís Boia Marçal

Rescisória por ofensa à coisa julgada, **116**

Luiz Guilherme Marinoni

A crise do Poder Judiciário no Brasil: reflexos no STJ, **133**

André Macedo de Oliveira

O direito à imigração no Brasil, **136**

Arthur Pinheiro Chaves

As razões de nossa denúncia contra a ditadura venezuelana comandada por Nicolás Maduro e do acerto da Promotoria do Tribunal Penal Internacional (TPI) em dar seguimento à investigação, **153**

Jorge Coutinho Paschoal

Hely Lopes Meirelles e o novo Direito Administrativo, **160**

Arnoldo Wald

Inovações Legislativas.....165

Lei 13.630, de 28/02/2018.

Lei 13.631, de 1º/03/2018.

Lei 13.638, de 22/03/2018.

Medida Provisória 822, de 1º/03/2018.

Decreto 9.297, de 1º/03/2018.

Decreto 9.305, de 13/03/2018.

Decreto 9.310, de 15/03/2018.

Decreto 9.311, de 15/03/2018.

Decreto 9.312, de 19/03/2018.

Decreto 9.313, de 19/03/2018.

Julgados de Questões Processuais Relevantes.....167

Fornecimento de informações. Contas bancárias destinatárias de verbas públicas. Invocação do sigilo bancário, 167

Apelação Cível 0017012-74.2014.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Rescisória. Reconhecimento de período especial. Cumprimento das regras de transição, 167

Ação Rescisória 0007594-12.2014.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Multa ao defensor. Desconstituição do advogado. Abandono da causa, 168

Mandado de Segurança Criminal 0039135-58.2017.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)

Proagro. Cobertura securitária. Perda da produtividade por evento climático (estiagem), 168

Embargos Infringentes 0032026-66.2003.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Monitoramento eletrônico. Constrangimento ilegal. Denegação da ordem, 169

Habeas Corpus 0005966-80.2017.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Jurisprudência Diferenciada – Julgados em Defesa da Vida.....171

Ação reivindicatória de domínio cumulada com pleito possessório. Propriedade da União. Ocupação por particulares. Benfeitorias úteis e necessárias, 171

Apelação Cível 0014133-52.2010.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Prouni. Entidade sem fins lucrativos. Imunidade. Impossibilidade de cobrança indireta, 192

Apelação Cível 0052550-69.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Saúde. Obrigação de fazer. Tratamento cirúrgico. Responsabilidade solidária, 193

Apelação Cível e Reexame Necessário 0030435-38.2014.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Clínica de oxigenoterapia hiperbárica. Manutenção de enfermeiros no período integral de atendimento. Desnecessidade, 194

Apelação Cível 0004738-14.2015.4.01.3307/BA

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Tratamento médico. Internação compulsória. Clínica especializada, 195

Agravamento de Instrumento 0042695-08.2017.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Jurisprudência Especializada.....201**Crime ambiental. Floresta Nacional do Tapajós (Flona). Desmatamento. Não autorização do Ibama, 201**

Numeração única: 0000261-79.2010.4.01.3902/PA

Apelação Criminal 2010.39.02.000130-2/PA

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Crime ambiental. Corte de árvores. Área de preservação permanente, 202

Apelação Criminal 0001542-12.2014.4.01.3100/AP

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Extração de madeira. Reserva indígena. Aumento de pena. Estatuto do Índio, 202

Apelação Criminal 2008.36.01.002723.6/MT

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Demarcação de terra indígena. “Boca do Mucura”. Deflagração do processo administrativo. Inércia, 203

Apelação e Reexame Necessário 0000624-56.2015.4.01.3202/AM

Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira(convocado)

Comunidades indígenas. Implementação de políticas públicas. Fornecimento de água potável, 204

Agravamento de Instrumento 6610884.2016.40.1.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Degradação ambiental em zona costeira. Trânsito de veículos em faixa de areia de praia. Poder de polícia municipal, 209

Apelação Cível 0046982-47.2013.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Dano ambiental. Recuperação da área danificada, 219

Numeração única: 0014879-90.2004.4.01.3400.

Apelação Cível 2004.34.00.014912-1/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Área de preservação permanente. Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente, 220

Apelação Cível 2006.36.02.002250-4/MT

Relatora: Juíza Federal Célia Regina Ody Bernardes (convocada)

Apreensão de veículo. Cometimento de infração ambiental, 221

Numeração única: 0000397-13.2009.4.01.3902

Apelação Cível 2009.39.02.000398-1/PA

Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão

Regularização fundiária. Terras ocupadas por comunidades de remanescentes de quilombos, 222

Apelação/Reexame Necessário 0000024-50.2015.4.01.3100/AP

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Degradação ambiental. Área situada na Amazônia Legal, 223

Apelação Cível 0018415-72.2010.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Implantação e exploração de atividade mineradora. Área indígena. Influência direta, 224

Apelação Cível 2006.34.00.020010-0/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Prejuízos ambientais. Bacia hidrográfica do Rio Parnaíba. Adoção de medidas necessárias para efetivar a unidade de conservação, 244

Apelação Cível 2007.34.00.038388-4/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Proteção da fauna. Apreensão de papagaio criado em ambiente doméstico. Novo habitat ecologicamente equilibrado, 246

Apelação Cível 0021174-92.2013.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Comunidade de ribeirinhos. Regularização fundiária. Interesse social e individual indisponível, 247

Apelação Cível 0034208-23.2016.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Infração ambiental. Apreensão de bens e de instrumentos, 247

Numeração única: 0002525-30.2009.4.01.3603

Apelação Cível 2009.36.03.002540-5/MT

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Reintegração de posse. Suspensão. Demarcação em curso, 249

Agravo de Instrumento 0015798-40.2017.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão

Terras indígenas. Parque Nacional do Pico da Neblina. Construção de estrada vicinal, 251

Recurso Extraordinário em Apelação Cível 2004.32.00.000853-0/AM

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Associações indígenas. Termo de ajustamento de conduta. Expedição de alvarás de levantamento, 253

Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Abril indígena – 2018.....263

Ação possessória. Reserva indígena Tupinambá. Reintegração de posse, 263

Apelação Cível 2008.33.01.000211-9/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Terra indígena. Irregularidade da ocupação. Impedimento de usufruto, 264

Apelação Cível 2004.42.00.000507-0/RR

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Comunidade indígena. Indenização. Intervenção obrigatória do Ministério Público, 264

Apelação Cível 2009.33.03.001418-7/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Reserva indígena. Discussão acerca de posse em área indígena. Demarcação ainda não concluída, 265

Apelação Cível 0001698-49.2014.4.01.3310/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Comunidade indígena. Município. Fornecimento de energia elétrica. Instalação de medidores domiciliares, 265

Agravo de Instrumento 0007361-78.2015.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Terra indígena. Demarcação de terras tradicionalmente ocupadas. Suspensão da ordem de desocupação, 266

Agravo de Instrumento 0043322-17.2014.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Encerramento.....267**Cidadão honorário de Santarém (PA), 267**

Discurso pronunciado na sessão solene de outorga do título de Cidadão Honorário de Santarém (PA), em 27 de março de 2018, no Plenário da Câmara Legislativa.

Canto da Bioesperança, 275**Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....277****Instruções Editoriais.....279**

As gerações futuras como sujeito de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: o acesso à informação como base para uma consciência intergeracional

Lucivaldo Vasconcelos Barros* e Felício Pontes Jr.**

Resumo

Analisa questões a serem enfrentadas pelo Direito no processo de reconhecimento das gerações futuras como sujeito de direitos e o papel do direito de acesso à informação ambiental como instrumento de promoção da sustentabilidade ambiental intergeracional. Tem como objetivo aprofundar a discussão sobre a mudança sistêmica e profunda, com a quebra de paradigmas sociais, éticos e jurídicos, tendentes a construir um comportamento voltado para a preservação e para a sustentabilidade. Utiliza como método a pesquisa bibliográfica e uma breve pesquisa documental na legislação e documentos normativos nacionais e internacionais sobre os temas. Identifica com uma razoável clareza, em termos de resultados, a possibilidade de o Direito pátrio reconhecer as futuras gerações como sujeitos de direitos.

Palavras-chave: direito das gerações futuras. Desenvolvimento sustentável. Direito à informação. Informação ambiental. Consciência intergeracional.

1 Introdução

A população atual deixou de usufruir muitos benefícios proporcionados pela Natureza em épocas anteriores e, ao que tudo indica, cada geração vai deixando menos recursos para as próximas. Quem de nós, por exemplo, já não ouviu de seus antepassados histórias sobre rios, florestas e animais que hoje já não existem mais? E assim o mundo se vê numa encruzilhada onde todos os povos e seres já sentem

as consequências ambientais da exploração insana do Planeta, desnaturalizando e desvinculando o ser humano como segmento pertencente a uma teia muito superior a seus anseios individuais enquanto espécie.

Esses impactos levaram, em 2009, a Comissão Internacional de Estratigrafia, subcomitê da União Internacional de Ciências Geológicas, a se reunir para debater se entramos em uma nova era geológica. Ou seja, os cientistas precisavam definir se o *Holoceno*, que começou há 11.700, foi substituído pelo *Antropoceno*.

A conclusão se deu em 2016 e foi quase unânime. Os cientistas definiram que a década de 1950 foi o marco de uma nova era geológica — o *Antropoceno*. Eles estimam que os fósseis mais visíveis serão os restos de plásticos nos mares, nos estômagos de peixes e aves (Rodríguez Garavito, 2017, p. 11).

Os erros do passado devem servir de aprendizado para projetar um futuro melhor e mais limpo para as gerações vindouras e entender que o homem, inevitavelmente envolto por laços de interdependência com os demais seres existentes no grande cosmo, é apenas uma pequena parte da dinâmica maior a figurar na plenitude.

Sob o ponto de vista da reparação, não é possível trazer de volta algumas espécies que viveram outrora, ou mesmo recuperar alguns recursos ambientais como eram na sua forma original, mas é perfeitamente factível recompor, mitigar ou compensar parcela das ações antrópicas provocadoras de danos ambientais.

Se de um lado a falta de uma consciência integradora e intergeracional fez surgir uma vertente antropocêntrica utilitária, de outro veio a necessidade de impor limites éticos e ecológicos a essa ação humana que desnaturaliza o sentido de vida em cadeia, para afastar a humanidade de um risco maior onde leve o próprio fim do ser humano.

Na visão de Silva-Sanchez (2010, p. 25), a imposição de limites para essa problemática só pode evoluir com “emergência de novos sujeitos de direito, até então desprovidos de um estatuto de direitos”. Ainda segundo a autora,

* Professor associado da Universidade Federal do Pará – UFPA. Pós-doutorado em Ciência da Informação pela Universidade do Porto (Portugal). Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB. Analista do Ministério Público da União – MPU – especialidade Biblioteconomia. Assessor especial de estudos e pesquisa jurídica da Procuradoria da República no Estado do Pará – PR-PA. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia – Unama. Bacharel em Biblioteconomia pela UFPA.

** Procurador regional da República. Autor de várias Ações Civis Públicas (ACPs) em favor de povos e comunidades tradicionais. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Exerceu a docência na Universidade da Amazônia – Unama.

[...] são sujeitos de direitos dos quais não se pode exigir deveres; o que há de novo nesta abordagem é a temporalidade da formulação desses novos direitos, ou seja, é a perspectiva do tempo futuro [...] (p. 26).

E conclui afirmando que as gerações futuras, isto é, aquelas constituídas por seres que ainda estão por vir, não podem, no presente, decidir ou intervir. Daí a necessidade de a geração atual reconhecer, legitimar, assegurar e proteger o usufruto de tais direitos, qual seja, o meio ambiente equilibrado, de qualidade e saudável.

Contudo, o alcance de um futuro sustentável está no fomento da importância do meio ambiente e na incorporação de uma consciência que permita aos membros de uma comunidade se identificarem com a busca de um propósito de mudança, aprendendo com seus próprios erros e desenvolvendo suas capacidades de organização, integração e solidariedade para enfrentar os obstáculos encontrados.

E uma das formas de cada geração adquirir essa consciência se dá por meio do acesso a informações necessárias à tomada de decisões, na busca de um meio ambiente equilibrado para todos.

2 Crise planetária e sustentabilidade ambiental: passado, presente e futuro

A modernidade significou a emergência do sujeito autônomo diante das determinações da natureza e da sociedade. O sujeito deixou de sentir-se integrante da natureza para posicionar-se autonomamente em relação a ela. Para Schiocchet e Liedke (2012, p. 114), é

[...] imprescindível apontar para uma nova maneira de viver e pensar, deixando de conceber a natureza unicamente como recurso a ser explorado e o ser humano como ser supremo diante de todos os outros seres vivos; adotar uma concepção mais holística, que veja o ser humano como parte da natureza, participante de uma comunidade de seres vivos inter-relacionados [...].

O Relatório Meadows apresentado em 1968 pelo Clube de Roma deu início a um amplo debate sobre o esgotamento dos recursos ambientais do Planeta. Em linhas gerais, o documento concluiu que o crescimento exponencial da economia moderna sucederia, num curto espaço de tempo, e como consequência inevitável, uma catástrofe sem precedentes, colocando em risco a perpetuação da vida dos seres que habitam a Terra.

De acordo com Mota (2001), a entidade “Clube de Roma”, na ocasião liderada por Aurelio Peccei e Alexander King, com apoio de cientistas de diferentes áreas, foi criada para propor um modelo de análise planetária futura, a partir da reunião de dados sobre população, alimentos, recursos naturais, produção e poluição.

A análise minuciosa do relatório foi publicada em 1972 pelo cientista norte-americano Dennis Meadows em parceria com seus colaboradores, no livro “Os limites do crescimento”. O consumo voraz de recursos e a emissão desenfreada de poluentes colocariam em xeque a sobrevivência da humanidade. Além de propor o congelamento do crescimento da população global e do capital industrial, Meadows (1997) mostrou a realidade dos recursos limitados e rediscutiu a velha tese malthusiana acerca do perigo de crescimento descontrolado da população mundial.

No marco dessa reflexão, destacou-se também, nesse mesmo ano, na Suécia, a realização da primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente no âmbito internacional, mais conhecida como Conferência de Estocolmo ou simplesmente “Estocolmo 72”. A edição do evento impulsionou as nações a estruturar seus órgãos de controle do meio ambiente, incentivando os países a estabelecer suas legislações relacionadas ao controle da qualidade ambiental.

Tais discussões polarizaram o embate sobre desenvolvimento econômico *versus* preservação ambiental, como um problema eminentemente sério e de resultados trágicos para a humanidade. Na mesma linha de orientação, McCormick (1992) corrobora, aduzindo que a revolução ambientalista, permeada entre os anos de 1962 e 1970, foi impulsionada particularmente por seis fatores: 1) os efeitos da sociedade afluyente; 2) a era dos testes nucleares; 3) o livro “A primavera silenciosa” (*Silent Spring*), relatando os efeitos nocivos da má utilização de pesticidas e inseticidas químicos à base de Diclorodifeniltricloreto (DDT); 4) uma série de desastres ambientais bastante divulgados; 5) avanços nos conhecimentos científicos; e 6) a influência de outros movimentos sociais.

Diante de tudo isso, Schiocchet e Liedke (2012, p. 112) alertam:

O mito do progresso hoje desmorona. Todas as ameaças à humanidade têm pelo menos uma de suas causas no desenvolvimento das ciências e técnicas (ameaça de armas de aniquilamento,

ameaças ecológicas à biosfera, ameaça de explosão demográfica, etc.). Isso, talvez, em virtude do pensamento mecanicista parcelar que, na forma tecnocrática e econocrática, percebe apenas a causalidade mecânica, quando tudo obedece cada vez mais à causalidade complexa.

Surge então uma nova consciência e um conceito começa a dominar as discussões em curso, identificada pelo termo “desenvolvimento sustentável”, passando a permear e integrar o debate sobre a crise ambiental planetária. Entretanto, cabe ressaltar que, ao longo das reflexões, essa conceituação experimentou várias feições, evoluindo com o emprego de diversos vocábulos, como “crescimento econômico”, “desenvolvimento econômico”, “crescimento zero”, “desenvolvimento sustentado”, “ecodesenvolvimento”, “desenvolvimento sustentável” e “sustentabilidade ambiental”.

A palavra crescimento zero apareceu por volta de 1968, com a criação do Clube de Roma, como reação dos conservacionistas dos países ricos que defendiam uma taxa zero de crescimento econômico das nações em desenvolvimento. Como dito antes, o Relatório desse trabalho foi apresentado por Meadows, em 1972. Já a expressão ecodesenvolvimento foi utilizada pela primeira vez em 1973 por Maurice Strong, secretário-geral da Estocolmo 72 e difundido conceitualmente por Ignacy Sachs, a partir de 1974. A ideia de desenvolvimento sustentável foi primeiramente divulgada por Robert Allen no artigo “Como salvar o mundo” (*How to save the world*), em 1980. Mais tarde, em 1987, o termo foi amplamente divulgado no Relatório Nosso Futuro Comum (*Our Common Future*) ou Relatório Brundtland, referência à primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland, chefe da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) na época (Brundtland, 1998; Nobre; Amazonas, 2002; Herculano, 2006; Mota, 2001; Camargo, 2003; Montibeller Filho, 1993).

Em linhas gerais, o desenvolvimento sustentável procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades. Em sua obra “Caminhos para o desenvolvimento sustentável”, Sachs (2000) aponta algumas dimensões que integram o conceito “desenvolvimento sustentável”: dimensão ecológica, dimensão social, dimensão econômica, dimensão ambiental, dimensão territorial, dimensão cultural, dimensão ética, política e institucional.

Atualmente há um consenso de que o conceito de sustentabilidade ambiental vem sendo incorporado cada vez mais pela sociedade e a vertente ambiental mostra a sua face de dependência e inter-relação com as outras dimensões.

Já se conhece o passado e suas conseqüências estão sendo vividas pela sociedade atual, mas qual será nosso futuro? Zulauf (2000, p. 86) faz algumas ponderações:

O meio ambiente é o endereço do futuro para o qual haverá a maior convergência de demandas entre todas. Não é necessário realizar estudos muito profundos para se concluir que a qualidade da água se encontra fortemente ameaçada; que o clima tende a se transformar no próximo século por conta do efeito estufa e da redução da camada de ozônio e que a biodiversidade tende a se reduzir, empobrecendo o patrimônio genético, justamente quando a ciência demonstra a cada dia o monumental manancial de recursos para o desenvolvimento científico que a natureza alberga.

Como afirmam Schiocchet e Liedke (2012, p. 125), “na sociedade do risco global todos os membros encontram-se expostos a riscos globais, em virtude do desenvolvimento tecnológico, das relações de mercado, das manipulações genéticas, da exploração da biodiversidade, entre outros”. E concluem: “Nesse contexto, a proteção jurídica eficaz ao ambiente é submetida a condições de risco reforçadas pelo anonimato, imprevisibilidade e precariedade nas bases de informação para qualquer tomada de decisão”.

Para Beck (1996), o homem é testemunha ocular — sujeito e objeto — de uma ruptura sobrevinda ao interior de uma modernidade que se emancipa dos contornos da sociedade industrial clássica para adotar uma nova forma, sem dispormos, no entanto, de mecanismos eficazes de previsão e prevenção de riscos, de compensação econômica e de responsabilização por danos. É a face da sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), como aquela nascida logo após o período industrial clássico e marcada pela conscientização acerca do esgotamento do modelo de produção, em que são visíveis e permanentes os riscos, desastres e catástrofes, somando-se a isso o uso ilimitado e irracional dos recursos ambientais, em escala exponencial, conduzindo o mundo para uma situação de constante perigo.

Não há dúvida que o mundo mudou e está diferente, em alguns aspectos melhor, e, em outros, precisando avançar. Há limitações humanas em

concretizar muitos dos compromissos assumidos, mas, de certo modo, tem-se hoje uma razoável consciência coletiva dos problemas que nos afligem e do que se pode fazer, basta para isso a mobilização e a ação. Existem condições tecnológicas e uma ética necessária para desviar o caminho da humanidade da rota de colisão e reparar os efeitos da irresponsabilidade coletiva do passado, de raízes históricas e culturais dessa mesma humanidade.

3 As gerações futuras como sujeito de direitos ambientais

A visão antropocêntrica predominantemente arraigada no debate ambiental ainda resiste ao tempo, com pequenos avanços paradigmáticos ao longo da história. O direito do homem subjuga os direitos dos demais seres que compõem o Universo, como se o ser humano pudesse sobreviver sozinho, sem a necessária relação simbiótica de interdependência entre os organismos vivos e não vivos.

Muitas reflexões e questionamentos foram lançados no passado, em diversos contextos espaço-temporais no curso histórico da humanidade, como por exemplo: os povos indígenas são titulares de direito? A mulher tem direito ao voto ou ao trabalho? O escravo tem o mesmo direito do branco? Os animais silvestres têm direitos? As jazidas minerais possuem algum tipo de importância para os animais vivos? À floresta pode ser atribuído o desígnio de sujeito de direitos?

E Schiocchet e Liedke (2012, p. 115) fazem hoje idêntico questionamento:

[...] quando se fala em proteção jurídica das futuras gerações, devemos nos questionar: afinal, de que gerações se estão a tratar? Apenas de seres humanos ou futuras gerações de seres vivos num sentido mais amplo ou holístico? Talvez fosse a ocasião oportuna de considerar a natureza no seu sentido mais amplo como bem jurídico e objeto de imputação também no que se refere à proteção futura [...].

Afinal, dizem as autoras, sempre que se põe em debate a proteção à vida e ao ecossistema, na sua forma mais ampla, "a questão da proteção das futuras gerações, ainda que implicitamente, está sempre presente" (p. 121).

O mesmo cuidado em assegurar o direito a uma pessoa que está vivendo o presente deve ser dado a uma pessoa que pode vir a nascer amanhã. Ora, se na nossa cultura é costume (e direito também) o cuidado

com os bebês que ainda estão no ventre das mães, assim como o respeito ao planejamento familiar dos que pretendem ter filhos no futuro, então se não forem consideradas essas preocupações, sonhos e desejos, que sentido teriam todo o cuidado com o meio ambiente?

Não se imaginava que a discussão acerca da natureza, enquanto sujeito de direitos, fosse colocada sobre a mesa. A primeira tese versando a respeito dos "direitos da Natureza" foi remonta ao ano de 1972, quando foi publicado o artigo "Should Trees Have Standing?", do professor Christopher Stone. Desde então, intensificaram-se debates entre juristas, teólogos, filósofos, sociólogos no sentido de admitir a Natureza como sujeito de direitos.

Hoje, o reconhecimento e a influência da publicação se encontram estampados em diversas legislações municipais do Estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos, até mesmo na Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 1992 e promulgada no Brasil pelo Decreto 2.519, de 16 de março de 1998.

Da mesma forma, na Constituição do Equador também é possível encontrar identificadores desses elementos, quando declara em seu art. 71 que

[...] a Natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos [...].

Diz ainda a Carta Equatoriana que "toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir à autoridade pública o cumprimento dos direitos da Natureza".

E Gudynas (2010) arremata:

A nova Constituição reconheceu pela primeira vez os direitos da Natureza, definidos como o 'o direito em que se respeita integralmente sua existência, manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos' (art. 71). É a primeira vez que se inclui esta perspectiva em um texto constitucional, pelo menos no hemisfério ocidental.

Mas segundo Silva e Dal Medico (2016, p. 141), no capítulo ambiental esculpido na Constituição brasileira, reside também a garantia a um direito ecológico intergeracional:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, prevê o direito não só das presentes como das futuras gerações com relação ao meio ambiente, aludindo que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se a todos o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto, afirmam Schiocchet e Liedke, (2012, p. 110), é imprescindível considerar que, por um lado,

[...] há a previsão constitucional e instrumentos internacionais que asseguram o 'direito das gerações futuras' e, por outro lado, as forças e fluxos econômicos que atuam de forma global, bem como as estratégias de poder que são exercidas sobre as diferentes esferas da vida, numa perspectiva não antropocêntrica [...].

E o avanço de mentalidade em relação à proteção dos animais seguiu essa tendência, como assevera Dias (2005):

O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornassem sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Embora não tenham capacidade de comparecer em Juízo para pleiteá-los, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção.

Assim, com a paulatina inclusão de algumas categorias de seres no rol de titulares de direito, a humanidade caminha para o reconhecimento das gerações futuras como sujeito de direitos. A visão antropocêntrica utilitária vai perdendo seu fundamento, dando lugar a novas interpretações, onde a proteção da natureza ganha considerável incremento em face dos acontecimentos nocivos e quase irreversíveis provocados pela sociedade pós-industrial.

Isso significa dizer que os humanos não podem mais submeter os recursos da natureza a uma exploração ilimitada, sob pena de deixar aos que ainda virão um verdadeiro caos planetário, sem as mínimas condições de habitabilidade.

Chegará então o dia em que as gerações futuras serão reconhecidas como sujeito de direitos? Haverá um dia ainda neste século XXI ou no vindouro século XXII em que os livros escolares esculpirão em suas páginas que o ar puro deixou de ser coisa de ninguém (*res nullius*), para tornar coisa comum a todos (*res communis omnium*)?

É o que preleciona Silva-Sanchez (2010, p. 31) quando afirma

[...] os direitos ambientais, que têm necessariamente esse caráter coletivo e transcendem a singularidade do indivíduo, dizem respeito à noção de *res communis omnium*, e por isso têm traços fortemente democráticos [...].

Leite e Ayala (2001, p. 67), ao desconstruir a impregnada visão antropocêntrica arraigada em nossa cultura, destacam:

Hoje a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual.

Nesta mesma linha de orientação, Nash, Fox e Serres *apud* Diegues (1996, p. 35) também advogaram a tese de que tudo que há no mundo natural, independentemente da utilidade dada pelo homem, deve ter iguais direitos.

De outro lado, Furtado (2004, p. 151) expõe que a velha doutrina antropocêntrica, de caráter e interesse utilitário, pode ser sintetizada como uma visão relacional do homem com a natureza que

[...] nega o valor intrínseco do meio ambiente e dos recursos naturais, o que resulta na criação de uma hierarquia na qual a humanidade detém posição de superioridade, acima e separada dos demais membros da comunidade natural [...].

Em essência, opina Bosselmann (2001, p. 42), a visão antropocêntrica utilitária do Direito Ambiental subjuga todas as outras necessidades, interesses e valores da natureza em favor daqueles relativos à humanidade. As vítimas da degradação, em última instância, serão sempre os seres humanos e não o meio ambiente.

No dizer de McCormick (1992), a compreensão sobre o ambiente natural emergiu de pesquisas concebidas nos séculos XVIII e XIX, afetando

profundamente a visão do homem quanto a seu lugar na Natureza. O domínio sobre o meio ambiente era visto como essencial para o progresso e para sobrevivência da raça humana. Mas uma “consciência biocêntrica” foi surgindo gradualmente, ao reforçar o restabelecimento do sentido de inter-relação entre o homem e a natureza e a aceitação de uma responsabilidade moral voltada à proteção ambiental contra os abusos.

Para o naturalista britânico Charles Robert Darwin, em seus escritos sobre a evolução da vida, o homem é parte integrante de todas as outras espécies e que, por sua própria conta e risco, havia se distanciado da Natureza. Os estudos do cientista forneceram um estímulo importante para afirmação desse ponto de vista (PONTES JR.; BARROS, 2015).

Na visão de Serres (1990), cunhada em uma de suas obras clássicas, o mundo atual precisa de uma sociedade que leve em consideração a Natureza, como um mecanismo de garantia da sustentabilidade da vida. Agora, segundo ele, é preciso não apenas um “Contrato Social” na forma como foi concebido por Rousseau (2000), mas um “Contrato Natural” que resgate a solidariedade e a relação homem com a Natureza. Para o pensador e filósofo francês Michel Serres, a economia deve se preocupar com o meio ambiente de forma sustentável, pois é da Natureza que advém todos os insumos para sustentar o moderno modo de vida.

Também é esse o sentimento de Polany (1988), ao afirmar que a Terra e as instituições humanas estão entrelaçadas. Para ele, do ponto de vista da economia de mercado essa separação talvez até seja possível, mas a função econômica é apenas uma entre as muitas funções da Terra.

Mas a questão da proteção das gerações futuras

[...] está diretamente vinculada com a aplicação do princípio da precaução, conforme já se assinalou, num contexto em que a ciência perde o monopólio da verdade e revela-se insuficiente diante dos problemas que, muitas vezes, foram gerados e impulsionados pelas suas próprias descobertas [...] (SCHIOCCHET; LIEDKE, 2012, p. 124).

No mesmo sentido se posiciona Marques (2012, p. 53):

A solidariedade atua como uma forma de limite entre gerações utilizado pelo direito, por vezes por meio do próprio princípio da precaução, mas que apresenta uma problemática a ser discutida: o

controle se dá diante dos atos de sujeitos existentes, mas em nome de sujeitos não-nascidos, e que, portanto, não possuem representação legítima nem tampouco provocam o reconhecimento entre os sujeitos.

O princípio da precaução vem sendo cada vez mais utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, e segundo Schiocchet e Liedke (2012, p. 117), as implicações jurídicas dessas normas reconhecem

[...] jurídica e expressamente um direito fundamental de ‘terceira dimensão’, que não se limita ao território nacional, mas atinge toda a humanidade presente e futura [...].

E concluem:

[...] ao se decidir sobre questões dessa natureza (ecológicas), há que se levar em conta o valor das mesmas para as gerações futuras — remotas e imediatas. O cuidado se torna imprescindível no sentido de não infligir perdas irreparáveis às gerações que vierem depois da nossa [...] (p. 122).

4 O papel da informação ambiental para uma consciência intergeracional

Na sociedade pós-industrial reconheceu-se a crescente importância da informação como elemento de visibilidade das ações do Estado no trato dos problemas ambientais que afligem as presentes gerações e poderão atingir as gerações futuras.

A proteção dos direitos futuros, na visão de Schiocchet e Liedke (2012, p. 115), visa garantir “a continuidade da vida em toda a sua diversidade”, mas um dos dilemas mais desafiadores é gerenciar a intervenção sobre o ambiente, levando-se em conta a ampla gama de situações caracterizadas, por exemplo, pela “ausência ou precariedade de informações”.

Logo, o direito de acesso à informação contribuiu decisivamente para formar a consciência cidadã em busca da sustentabilidade ambiental, e não se pode negar o avanço em algumas situações. É possível identificar, por exemplo, o Princípio da Informação em vários diplomas jurídicos nacionais e internacionais. O Princípio 17 da Declaração de Estocolmo de 1972 traz como diretriz o seguinte lema:

Confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais do Estado, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente.

O Princípio 17 de Estocolmo impulsionou, em nível da realidade brasileira, a criação de vários mecanismos legais no que tange à proteção do meio ambiente e acesso à informação. Pode-se citar alguns instrumentos, como a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e também a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama 1, de 23 de janeiro de 1986, ao versar no art. 11 que o Relatório de Impacto Ambiental – Rima será

[...] acessível ao público e suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos Centro de Documentação ou Bibliotecas da SEMA e do órgão estadual de controle ambiental correspondente [...].

Entretanto, foi com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 que o acesso à informação e a proteção ambiental alçaram posições de destaque, o primeiro ao figurar como garantia fundamental, conforme dispõe o art. 5º, XIV e XXXIII, e o segundo ao trazer um capítulo inteiro para a causa da defesa do meio ambiente, no Capítulo VI, art. 225.

Sobre o acesso à informação ambiental, destaque-se, ainda, a Declaração do Rio, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, onde alguns princípios esculpidos no texto guardam uma forte vinculação com o direito de acesso à informação ambiental:

Princípio 10: A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente [...].

Princípio 19: Os Estados fornecerão, oportunamente, aos Estados potencialmente afetados, notificação prévia e informações relevantes acerca de atividades [...].

Outro documento resultante da Rio 92 foi a Agenda 21, instrumento de planejamento participativo visando o Desenvolvimento Sustentável, cuja filosofia também reforça o princípio da informação e a sustentabilidade ambiental.

A Lei 10.650, de 16 de abril de 2003, introduziu o acesso à informação ambiental no Brasil ao versar sobre acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, sendo possível extrair do

seu art. 2º um conceito para “informação ambiental”, assim definido:

São documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e todas as informações ambientais em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a: I - qualidade do meio ambiente; II - políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; III - resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; IV - acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; V - emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos; VI - substâncias tóxicas e perigosas; VII - diversidade biológica; VIII - organismos geneticamente modificados.

Para chancelar e consolidar o direito de acesso à informação previsto na Carta Magna de 1988 foi promulgada a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37 e § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

O direito à informação abrange três dimensões, qual seja: o direito de informar; o direito de se informar e o direito de ser informado. A garantia de acesso à informação deve também ter como alicerce atributos morais e elementos éticos como: organização, utilidade, clareza, tempestividade, atualidade, objetividade, acessibilidade, qualidade, imparcialidade, completude e veracidade. Sobre o último atributo, diz-se que a informação verdadeira é condição indispensável para se conhecer a realidade da problemática ambiental da atualidade.

Para que a sociedade tenha garantido o acesso à informação de forma efetiva e verdadeira, o conjunto de informações sobre meio ambiente existente deve também atender a critérios técnicos de organicidade e facilidade na sua busca e uso, a partir de meios práticos de acessibilidade informacional e seus critérios.

O grande desafio da problemática ambiental é que a produção e a consequente sistematização da informação se revestem de caráter multi e interdisciplinar, sobre as quais recaem responsabilidades, atribuições e decisões amparadas por diversas disciplinas (CARIBÉ, 1992). Desse modo, Mueller (1992) enfatiza que a geração de informações sistemáticas sobre o meio ambiente requer um esforço multidisciplinar envolvendo elementos das Ciências Naturais, da Economia, da Demografia e da Sociologia,

sendo a superposição de temas dessas áreas a característica principal da transversalidade.

Atualmente está em curso a Agenda de Desenvolvimento Sustentável Pós-2015, agora chamada de Agenda 2030, como um conjunto de programas, ações e diretrizes que orientarão os trabalhos das Nações Unidas e de seus países-membros rumo ao Desenvolvimento Sustentável, cujo documento propõe 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas correspondentes. Um desses objetivos, o de referência 16.10, por exemplo, consiste em “assegurar o acesso público à informação”.

Particularmente em relação ao caso brasileiro, sabe-se que os objetivos e metas são necessários, mas um tanto quanto ambiciosos para um nível pessoal de informação ambiental muito baixo. Estudos apontam (BRASIL, 2006) que 14% consideram-se bem informados e apenas 3% consideram-se muito bem informados sobre o problema ambiental.

Schiocchet e Liedke (2012, p. 125) chamam atenção para a necessidade de ampliar o conhecimento da população acerca da causa ambiental

O direito à informação (previsto constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XIV) passa a ter enorme relevância nos contextos relacionados ao desenvolvimento econômico e, sobretudo, tecnológico. Isso se deve ao fato de que, quanto mais alto o nível de informação da sociedade, maior será a sua participação e sua consequente corresponsabilização nesses processos. Podem-se citar, como exemplo, os projetos de engenharia genética, cuja democratização da informação é praticamente inexistente, permanecendo: i) as informações restritas aos ambientes científicos e de interesse exclusivamente econômicos e ii) a população alheia a esses projetos de desenvolvimento tecnológico.

Garantir e assegurar a efetiva proteção das gerações futuras requer acima de tudo informação sobre a verdadeira situação da problemática ambiental, pois sem informação, tanto sobre o que já ocorreu no passado em termos de degradação ambiental, sobre o que está ocorrendo hoje e o que pode ocorrer amanhã, é impossível fazer escolhas ou tomar posições coerentes acerca de determinadas decisões.

5 Conclusão

A proteção ambiental para as gerações humanas futuras pressupõe desde já o abandono da visão antropocêntrica que predominou e ainda

predomina em nossa sociedade. Assegurar uma vida ambientalmente equilibrada para o homem requer também garantir a sobrevivência dos demais seres vivos e por que não dizer daqueles seres inanimados que compõem os ecossistemas. Agora o homem não deve atuar mais como o centro da biosfera, como na visão antropocêntrica que vigorou durante muito tempo, mas tão somente como um dos seres integrantes e importantes dessa relação.

Muitas pessoas e animais não conseguiram sobreviver e até mesmo deixaram de nascer em certas regiões e em determinadas épocas devido a parcial ou total destruição de habitat causada por ações antrópicas. Isso, inclusive, são por vezes causas de grandes fluxos migratórios em busca de ambientes ou locais onde existe a possibilidade de viver.

As gerações futuras como sujeito de direitos não é uma discussão apenas teórica ou doutrinária, como defendem alguns operadores do Direito. Na verdade, os direitos fundamentais são produtos de conquistas históricas. No percurso da humanidade observa-se que muito se evoluiu em termos de incluir novos sujeitos como detentores de direitos.

Quando a fragilidade da Terra é subestimada e desprezada, as consequências são imensuráveis. Sobre isto, o racionamento de água em cidades brasileiras do Centro-Sul (São Paulo, Brasília etc.) é uma pequena mostra da falta de cuidado com a proteção ambiental do Cerrado e da Mata Atlântica, para dar um exemplo da atual realidade. Se a esses sujeitos, que não deixam de ser bens vitais a qualquer organismo, fossem atribuídos direitos, a sociedade não vivenciaria o que está ocorrendo hoje.

No momento que a sociedade se depara com a escassez de recursos decorrentes de impactos ambientais, na maioria das vezes o tempo acaba sendo o único senhor implacável. Mais cedo ou mais tarde a Natureza dará sinais e respostas a atitudes e a ações antrópicas irracionais.

Mais do que uma proteção baseada no formalismo jurídico, é necessário formar uma consciência ética ambiental como alternativa para garantir a perpetuação da vida num planeta sujeito a tantas agressões. A tutela da qualidade do meio ambiente com os seus múltiplos recursos, visa, em última instância, a garantia de vida como bem maior da existência e sobrevivência de todos os seres que compõem a grande teia.

Assegurar um direito aos seres que dependem da natureza, não importa que seja a flora, a fauna, os rios, o homem, os animais, confere um grau último de maturidade da civilização que já se encontra no século XXI.

Para a proteção da natureza, há necessidade de uma mudança sistêmica e profunda, com a quebra de paradigmas sociais, éticos e jurídicos, tendentes a construir um comportamento voltado para a preservação e para a sustentabilidade, e não mais um modelo baseado na exploração irracional dos recursos naturais.

Mas não há mudança de postura sem acesso à informação. E está se falando de informação ambiental verdadeira que comporta três componentes: o primeiro consiste no elemento técnico, que é a própria informação, revestida de organicidade e colocada com facilidade à disposição da sociedade; o segundo componente representa o elemento de ordem ética, que é a responsabilidade de qualquer indivíduo ou profissional, ao assumir o compromisso com a proteção ambiental; o terceiro e o último componente se traduz em elemento prático, situado no âmbito do comportamento e traduzido na atitude prática de cada ser humano no cuidado com o meio ambiente.

Referências

- BECK, Ulrich. A sociologia do risco. In: GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, 312 p., Cap. 5, pp. 227-269.
- BOSELDMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, n. 23, pp. 35-52, jul./set. 2001.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *O que os brasileiros pensam sobre a biodiversidade*: pesquisa nacional de opinião: março de 2006: (comparação dos dados dos estudos de 1992 - 1997 - 2001). Rio de Janeiro: ISER; Brasília: MMA, 2006, 61 p.
- BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Nosso futuro comum*: [relatório da] Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1988, 430 p.
- CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. *Desenvolvimento sustentável: dimensões e desafios*. Campinas: Papirus, 2003, 159 p.
- CARIBÉ, Rita de Cássia do Valle. Subsídios para um sistema de informação ambiental no Brasil. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 21, n. 1, pp. 40-45, jan./abr. 1992. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/462>>. Acesso em: 1 out. 2017.
- DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, v. 5, n. 23, set./out. 2005.
- DIEGUES, Antonio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: Hucitec, 1996.
- FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. *Direito Público*, n. 3, pp. 150-160, jan./mar. 2004.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Por un medio ambiente sano que promueva los derechos humanos en el Sur Global. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2017, 360 p.
- GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 13, pp. 45-71, jul./dez. 2010.
- HERCULANO, Selene. *Em busca da boa sociedade*. Niterói: Ed. UFF, 2006, 426 p.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinaridade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, v. 6, n. 22, pp. 62-80, abr./jun. 2001.
- MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 32.2, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/350/332>>. Acesso em: 24 nov. 2017.
- MCCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992, 224 p.
- MEADOWS, Dennis. The limits to growth: a global challenge; a report for the Club of Rome Project on the Predicament of Mankind. In: NELISSEN, Nico; VAN

DER STRASTEN, Jan; KLINKERS, Leon (Ed.). *Classics in environmental studies: an overview of classic texts in environmental studies*. Utrecht: International Books, 1997. pt. 3, Cap. 14, pp. 195-198.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável: conceitos e princípios. *Textos de Economia*, Florianópolis, v. 4, n. 1, pp. 131-142, 1993.

MOTA, Carlos Renato. As principais teorias e práticas de desenvolvimento. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2001. 259 p., pp. 27-40.

MUELLER, Charles Curt. Situação atual da produção de informações sistemáticas sobre o meio ambiente. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 21, n. 1, pp. 14-22, jan./abr. 1992. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/459/459>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício de Carvalho. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: Ibama, 2002. 368 p.

POLANY, Karl. *Mercado e natureza: a grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

PONTES JR., Felício; BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A Natureza como sujeito de direitos: proteção do Rio Xingu em face da construção da UHE de Belo Monte. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al. (Org.). *Direitos em conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados: artigos e ensaios*. Curitiba: Kairós Edições, 2015. 340 p.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Por un medio ambiente sano que promove los derechos humanos em el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2017. 11 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2000. 128 p.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. 95 p.

SCHIOCCHET, Taysa; LIEDKE, Mônica Souza. O direito e a proteção das gerações futuras na sociedade de risco global. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, pp. 109-131, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/256/211>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SILVA, Roberta da; DAL MEDICO, Lucimery. Os direitos humanos e as gerações futuras: em busca de uma nova consciência ética de responsabilidade frente à vida. *Congresso Estadual de Teologia*, 2., 2015, São Leopoldo. *Anais ...* São Leopoldo: EST, 2016. v. 2. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/591-2193-1-pb.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

SILVA-SANCHEZ, Solange S. *Cidadania ambiental. novos direitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2010.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Tradução de Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. 195 p.

ZULAUF, Werner E. O meio ambiente e o futuro. *Estudos avançados*, v. 14, n. 39, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n39/v14a39a09.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Na data da implantação do Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – ADIPC (TRIPS), no ano de 2000, foram concedidas 500.000 patentes sobre genes. Desse total, 161.195 eram genes inteiramente ou parcialmente humanos. A massa das patentes, entretanto, era de espécies vegetais, animais e outros organismos.

O desenvolvimento de tantas variedades vegetais da cultura mundial de alimentos foi realizado no curso de diversas gerações, principalmente, de agricultores de países em desenvolvimento, por meio do cruzamento de várias espécies. Até bem pouco tempo atrás, as espécies vegetais e os diversos cultivos não podiam ser patenteados e agora, como é sabido, são perfeitamente patenteáveis. Essa situação afetou e alterou a situação de diversos países de economia periférica, ou seja, países em desenvolvimento. Para se ter uma ideia da dimensão do problema, a partir de 1985, os EUA obtiveram 11.000 patentes de suas espécies vegetais. Na União Europeia, a lei sobre patentes foi ampliada para os micro-organismos e os genes das plantas, dos animais e dos seres humanos. Desse modo, por exemplo, se uma companhia sediada nos países desenvolvidos detém uma patente relativa a um gene derivado de uma outra variedade de arroz, ela poderá obter uma patente sobre suas novas variedades de arroz geradas a partir daquele gene, com efeito projetados em toda economia mundial.

Não se pode deixar de reconhecer que, sobre a biopirataria e sobre a concessão de patentes relativas ao cultivo de alimentos básicos, as técnicas para a decodificação e identificação de melhores genes vegetais estão exigindo uma aceleração, em ritmo somente compatível com a potencialidade econômica dos países ricos. Em verdade, a indústria da biotecnologia está promovendo uma verdadeira corrida para traçar um mapa dos genomas das plantas

produtoras, em nível mundial, de alimentos base, com o fim de patentear os genes mais importantes e vitais e obter a titularidade unida de tais privilégios. Os agricultores dos países em desenvolvimento, responsáveis pelo cultivo mundial de produtos alimentares de base, não teriam vantagem alguma com o patenteamento pelas grandes multinacionais, nos termos e nas condições em que se apresentam o problema e a solução.

É necessário lembrar que o direito aos meios de subsistência — um direito humano fundamental — é ameaçado por patentes sobre a vida, concedidas no campo alimentar e agrícola. Uma análise mínima revelaria, certamente, que as patentes são uma verdadeira ameaça aos meios de subsistência dos agricultores e da segurança alimentar do planeta. A redução ao acesso dos agricultores às sementes, aptas a reduzir esforços na reprodução em estruturas públicas de espécies vegetais, aumenta a perda, em termos de diversidade genética, e obsta os mais tradicionais métodos de repartição de sementes e cultivos. Já se propôs que o reconhecimento de patentes sobre esses produtos se interrompa por cinco anos, a fim de que venha a ser efetuada uma valoração do impacto das patentes na agricultura dos mais pobres.

Uma orientação, certamente necessária, seria um estudo que contivesse uma pesquisa sobre patentes relativas a materiais relacionados a variedades ou espécies vegetais que beneficiasse todos os povos e países, sem distinção. A descoberta de que as companhias multinacionais estavam buscando obter a proteção de patentes por sequências de genes, proteínas, espécies vegetais e sementes acelerou ainda mais as iniciativas patentárias, ao ponto de que três quartos dos pedidos de patentes sobre genes de plantas venham do setor privado e a quase metade de 601 patentes sobre o ácido desoxirribonucleico-ADN (DNA) das plantas terem sido registradas por apenas 14 multinacionais, localizadas nas economias centrais do mundo.

A subtração de conhecimentos e de materiais vivos dos países pobres e em desenvolvimento naturalmente passa a ser, dessa forma, o modo normal de busca de novos patenteamentos pelos países ricos, reforçando o campo da biopirataria como

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ, com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio. Desembargador federal no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

recurso normal para reforçar a economia dos mais desenvolvidos. Um estudo feito em duas categorias de patentes de compostos, genes e sequência de genes existentes na natureza mostrou que, de 64 patentes, relativas a genes de compostos naturais contidos em espécies vegetais que cresceram em países de ocorrência específica, foram registradas 34 patentes de arroz, 7 de cacau, 2 de mandioca, 1 de milho, uma de sorgo, 2 de batata doce, 3 de jojoba, 4 de noz moscada, cânfora e cuphea e 8 de borracha. De 132 patentes de genes contidos em culturas de alimentos base que tenham origens em países em desenvolvimento, mas que são atualmente cultivados em todo o mundo, incluem-se mais 68 patentes, além de 17 de batata, 25 de soja e 22 de trigo, todas em países ricos e desenvolvidos. Um estudo recente de biopirataria mostrou que, em julho de 2000, descobriram-se 17 casos controvertidos de patentes sobre cultivos, animais, remédios e pessoas nos registros de propriedade intelectual das grandes economias mundiais.

A etapa em que se encontra o problema da biopirataria caracteriza-se por um forte incremento da luta dos países em desenvolvimento para conseguirem suprimir injustiças nas relações travadas internacionalmente e internamente, com o fortalecimento de suas posições na economia. Legitimamente, esses países veem as formas de biopirataria como causas de seus crescentes problemas econômicos, essencialmente a situação de crise de sua economia pela aspiração das nações mais ricas e desenvolvidas de encontrarem soluções para os seus problemas às custas dos outros. Um verdadeiro ressentimento dos países em desenvolvimento, devido à situação que ocupam na economia mundial e a sua oposição de continuarem a ser objeto de pura exploração por parte dos Estados mais ricos e fonte constante de lucros imensos em seus negócios, faz com que seja necessário endurecer a confrontação entre esses países e as economias desenvolvidas.

O debate a que se propõe de se aprofundar e, mesmo, de documentar os principais temas socioeconômicos relacionados à agricultura e alimentação em geral não está associado ao modelo de agricultura, mas como se confronta a sociedade com o conhecimento acerca das práticas agrícolas. As relações entre ser humano e ambiente, a gestão de incerteza científica, a emergência de novos direitos relacionados à agricultura, quanto às escolhas tecnológicas e ao

consumo, estão demasiadamente associadas às relações entre economia e cultura na economia global.

Os efeitos de toda a tecnologia nova nas plantas e, mais especificamente, na saúde das plantas, dos animais e dos seres humanos são só o catalisador de um discurso mais amplo sobre os valores da democracia e das participações, da transparência no funcionamento dos mercados, da autonomia de pesquisa e dos conhecimentos como bens públicos, do Estado como garantidor dos objetivos de bem-estar social e das trocas internacionais finalizadas com o desenvolvimento, especialmente, por fazer emergir novas desigualdades econômicas e sociais.

A dinâmica e as proporções desse confronto têm por objetivo final o benefício da sociedade civil, nas suas formas novas de expressão e de organização. Entidades variadas formadas por cientistas e pesquisadores se envolvem nessa tarefa. A esse respeito é bom lembrar que a capacidade de inserção dos Estados Unidos da América e da União Europeia é um dos fatores na base dos quais se lastreiam as divergências nas possíveis formas de disciplinamento da biossegurança.

A existência de modelos baseados na velha fé da supremacia do mercado e na sua capacidade de coordenação e autorregulação tornam a companhia biotecnológica uma operadora com máxima liberdade de atuação, sem quaisquer vínculos de precaução ou liames regulatórios. São esses mesmos mecanismos de mercado que capturam elementos do saber tradicional e adotam o conceito de equivalência de sua capacidade tecnológica na valoração dos riscos e na refutação de qualquer espécie de controle e vinculação aos conhecimentos tradicionais.

A ausência de uma instituição internacional ou supranacional na construção de uma regulação e coordenação do mercado de fontes biotecnológicas é um dos principais fatores de incerteza da trajetória tecnológica e do destino incerto das economias agrícolas dos países em desenvolvimento.

Um dos aspectos mais característicos do problema biotecnológico é a força dos modelos atuais de aquisição de informações tecnológicas e da sua capacidade de promover, entre as companhias da área biotecnológica, um tipo peculiar de competição nos mercados internacionais. A inovação biológica é muito sensível aos riscos econômicos vinculados aos resultados de suas pesquisas, o que gera, como efeitos, já de muitos anos, a quase impossibilidade de mecanismos de intervenção no mercado em curso

e a primazia dos grandes grupos econômicos. Uma oposição à estrutura de uma atividade, na qual impera a ausência de informações sobre o processo de formação do conhecimento, acentua a falta de transparência e assimetria entre conhecimentos tradicionais e biotecnologia no mercado mundial, especialmente dos países produtores dessa tecnologia.

Um elemento fundamental é o vínculo entre a biotecnologia e as especificidades da sua formulação. A defesa da biodiversidade e da tipicidade de produtos parece ficar diluída no modelo de competitividade atualmente estabelecido. Os liames evidentes entre a biotecnologia e certas manifestações territoriais da biotecnologia e da tipicidade dos produtos não são considerados, com grande prejuízo à população mundial. O modelo de competitividade que foi incorporado reforça a ação das grandes companhias de biotecnologia, além de constituir, na forma como se apresenta, uma vantagem técnica, por si só, pela tecnologia própria da injusta forma tradicional de biopirataria e competição irracional. A isso se agrega a atuação como grupos de pressão ligados aos modelos de interesses constituídos e uma recusa aparente em se utilizar um novo modelo.

É fácil perceber que os contrastes com os padrões estabelecidos elevam a questão a um problema mais evidente: é que a tecnologia desenvolvida torna-se um árbitro mesmo dos seus próprios interesses, dadas as necessidades de sua utilização. A tecnologia, além da sua pretensão de universalidade, tem um vínculo com as necessidades sociais em que as discussões sobre as formas de cultura que a geraram podem ser vistas como um elemento não tão importante, deixando em aberto o problema da biopirataria.

A valoração e a interpretação dos dados de pesquisas biotecnológicas nem sempre oferecem resultados positivos, o que gera uma incerteza técnica sobre a relação direta entre o conhecimento biocapturado e o conhecimento biotecnológico produzido.

Os casos de incerteza e a falta de complementaridade entre conhecimento biotecnológico e utilização de certas fontes de conhecimento são mais do que um mero resultado da utilização cotidiana do recurso da experiência. Isso, aliás, impõe a superação de um tabu científico que é o de se negar a reconhecer o valor da experiência epistemológica geral, histórica de povos e países no processo biotecnológico moderno. Dizer que uma

decisão deve ser fundada na ciência significa, no fundo, eliminar a experiência comum dos povos e deixar que sejam os especialistas a guiarem a construção objetiva do mundo com seu discurso e regras. Além disso, o problema da subjetividade na valoração e nas interpretações dos resultados científicos se acentua no caso de novas biotecnologias, porque aqui prevalece a *incerteza técnica* (imprecisão das técnicas de recombinação do ADN), *epistemológica* (modelos reducionistas aplicáveis a fenômenos complexos) e *metodológica* (relativamente à escolha dos métodos para a identificação dos efeitos), que deixam sempre um amplo espaço vazio no papel e nas interpretações dos pesquisadores.

Demais disso, a ciência tem uma distorção utilitarista que a leva a reconhecer validamente só o modelo racional de ação, ignorando a prática e a experiência comum. A hipótese forte, na base do modelo racional de ação, é o conhecimento completo das causas da base para os processos decisoriais, o que significa dizer que é impossível chegar, especialmente no conjunto mais rico dos sistemas socioeconômicos, a um modelo de inserção correspondente com os sistemas ecológicos integrados a esses conhecimentos, já alcançados pela experiência dos povos de países em desenvolvimento.

A metodologia oferecida pela ciência atual está longe de alcançar algum êxito universal. E quando se está diante de problemas político-científicos dos amplos sistemas organizativos, que se baseiam na organização analítica da complexidade de problemas simples ou sobre a utilização de métodos estatísticos baseados em dados agregados aos produtores de biotecnologia, o resultado final não é alcançado ou fica prejudicado, pois dá margem a que se favoreça o mais organizado e mais rico — ou seja, as economias desenvolvidas.

Em um contexto de especialização científica, no qual cada pesquisador é, ao mesmo tempo, um *expert* no seu campo, mas ignorante no campo da pesquisa de outro, as competências para compreender os problemas globais não correspondem à soma dos conhecimentos especializados. É necessário que sejam elaborados novos conhecimentos, de modo que o pesquisador ou o cientista se ache em uma posição nova, além da que considera normal, e não aquela em oferecer soluções objetivas, quantitativas e uma suposta livre valoração. Deve o cientista estar enquadrado no problema de modo novo, de forma

a fazer nascer novas indagações, perguntando a si mesmo o que ocorre, traçando cenários diversos, para que possa descrever como os sistemas podem organizar-se segundo trajetórias diversas.

Nessa perspectiva, impõe-se novos critérios de valoração da qualidade do conhecimento e uma nova ética aos pesquisadores, com especial atenção à gestão da regra tradicional de apresentar somente informações absolutamente certas quanto à opinião e aos resultados das pesquisas. A comunicação da incerteza pode ser de vital importância no processo de decisão da gestão do risco, fornecendo informações a respeito da aplicação oportuna de uma biotecnologia.

De outro lado, a ciência encontra-se hoje em uma crise de confiança, especialmente pelo viés político que os interesses econômicos proporcionam. Os vínculos estreitos entre a pesquisa pública e o capital privado impedem de observar a pesquisa científica como produto de uma comunidade acadêmica autônoma e independente. A ciência se contextualiza no informativo científico, nas relações sempre mais estreitas entre universidade, indústria e Estado, permeada pela ação incessante de multinacionais, aparentemente legitimadas por uma suposta contribuição econômica, que parece ser uma justificativa à sociedade em geral. O território da ciência é circundado por diversos atores e diversas forças econômicas, sociais e políticas, que exprimem expectativas sempre mais exigentes e urgentes, em nome de um maior bem-estar social ou da competitividade global, que muito além de proporcionarem desenvolvimento, deixam um rastro de pobreza e desigualdade.

Demais disso, os problemas de natureza global, como o efeito estufa e o aquecimento global, conduzem a um especial envolvimento dos laboratórios de todo mundo e à comunhão de esforços para aquilo que chama de experiências em única escala.

As produções científicas são inevitavelmente submetidas a uma maior seleção; embora alheias às controvérsias públicas, às contingências, aos vínculos e às oportunidades que o interesse social impõe em amplos limites subjetivos. A via indicada pelos diversos autores, para restituir alguma robustez social à ciência, é única: alargar o domínio e as potencialidades da produção científica atual, com o espaço aberto à participação pública a alargar as comunidades dos pares, coenvolver na política os cidadãos como copesquisadores e superar a barreira que separa os

experts da gente comum, o conhecimento formal da experiência, e os países ricos dos países pobres.

Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- ARIAS PEÑATE, Salvador. *Biotecnología*. São José da Costa Rica: Editorial DEI, 1990.
- ARROYO, Gonzalo. *La biotecnología y el problema alimentario en México*. México: UAM, 1989.
- BALLETTI, Franca. *Sapere tecnico sapere locale*. Florença: Alinea, 2007.
- BARTON, John H. La adaptación del sistema de propiedad intelectual a las nuevas tecnologías. *Revista del Derecho Industrial*, n. 44/45, maio-dezembro de 1993. Depalma, Buenos Aires, pp. 311-343.
- BARBIERI, José Carlos. *Produção e transferência de tecnologia*. São Paulo: Ática, 1990.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- BARCELONA, Pietro. *et alii. El derecho ante la biotecnología*. Barcelona: Icaria, 2008.
- BARROS, Benedita da Silva. GARCÉS, Claudia Leonor López. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. PINHEIRO, Antônio do Socorro Ferreira. *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém: Museu Emilio Goeldi, 2007.
- BECHER, Tony. *Tribus y territorios académicos*. Trad. Andrea Menegotto. Barcelona: Gedisa, 2001.
- BENAVIDES, Carlos A. *Tecnología, innovación y empresa*. Madri: Pirámide, 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Derecho de la competencia y propiedad industrial en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- BERGEL, Salvador Darío. Battoli, Emilio L. En torno del abuso de derechos de propiedad intelectual y la competencia. *Revista del Derecho Industrial* n. 43, janeiro-abril de 1993.

- BETANCOURT POSADA, Alberto; CRUZ MARÍN, José Efraín. *Del saber indígena al saber transnacional*. México: UNAM, 2009.
- BIATO, Francisco Almeida. GUIMARÃES, Eduardo Augusto A. FIGUEIREDO, Maria Helena Poppe de. *A transferência de tecnologia no Brasil*. Brasília: Ipea, 1973.
- BISBAL, Joaquim. VILADÀS, Carles. *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*. Barcelona: Ariel, 1990.
- BORDALÍ S., Andrés. *Tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Santiago: Fallos del mes, 2004.
- BUNGE, Mario. *Laciencia, su metodo y su filosofia*. Buenos Aires: Siglo Veinte, s.d.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado*. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1994.
- CALDERWOOD, James D. BIENVENU, Harold J. *Padrões de desenvolvimento econômico*. Trad. Francisco M. da Rocha Filho. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.
- CASO, Roberto. *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*. Bolonha: Il Mulino, 2005.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- CHAGNY, Mutiet. *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*. Paris: Dalloz, 2004.
- CORREA, Carlos M. Nuevas tendencias sobre patentes de invención en América Latina. *Revista del Derecho Industrial*, n. 39, setembro-dezembro de 1991. Depalma, Buenos Aires, pp. 417-457.
- DONATO, Luz Marina. *et alii. Mujeres indígenas, territorialidad y biodiversidad en el contexto latinoamericano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.
- ECHARRI, Alberto. PENDÁS, Angel. *La transferencia de tecnología*. Madri: Fundación Confemetal, s.d.
- ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Trad. Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- ESCORSA CASTELLS, Pere. VALLS PASOLA, Jaume. *Tecnología e innovación en la empresa*. Barcelona: UPC, 2004.
- ESTEBAN PÉREZ, Miguel. *Manual de los derechos intelectuales en la República Dominicana*. São Domingos: Trajano Potentini, 2005.
- FAUSTO NETO, Antonio *et alii. Anais do Encontro nacional de unidades de assessoria e transferência de conhecimentos tecnológicos e sociais*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.
- FERNÁNDEZ, R. *Tecnología Aquisição, desenvolvimento, proteção, transferência e comercialização*. Rio de Janeiro: Firjan, 1998.
- FERRAZ, Maria Cristina Comunian Ferraz. BASSO, Heitor Cury. *Propriedade intelectual e conhecimento tradicional*. São Carlos: UFSCAR, 2011.
- FERRETI, Degmar Aparecida. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales*. Curitiba: Juruá, 2013.
- FIGUEIREDO, Nuno Fidelino de. *A transferência de tecnologia no desenvolvimento industrial do Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea, 1972.
- FLORES, César. *Contratos internacionais de transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- FODELLA, Gianni. *Diffusione della tecnologia e organizzazione nello sviluppo economico*. Milão: Giuffrè, 1988.
- FORTE, Maria. *Organismi geneticamente modificati*. Milão: Franco Angeli, 2004.
- GARRABOU SEGURA, Ramón; GONZÁLES DE MOLINA, Manuel. *La reposición de la fertilidad en los sistemas agrários tradicionales*. Barcelona: Icaria, s.d.
- GALGANO, Francesco. MARRELLA, Fabrizio. *Diritto del commercio internazionale*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2007.
- GARCIA BACCA, Juan David. *Historia filosófica de la ciência*. México: Unam, 1963.
- GONZÁLES GARCIA, Marta I. LÓPEZ CERESO, José A. LUJÁN LÓPEZ, José L. *Ciencia, tecnologia y sociedad*. Madri: Tecnos, 1996.
- GONZÁLES GRANDIÓN, Ximena Andrea. *Legitimación de conocimientos tradicionales*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.
- GRENIER, Louise. *Conocimiento indígena*. Trad. Oscar Chavarría Aguilar. Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 1999.

- HUMPHREY, George. *et alii. Entreprise et propriété intellectuelle*. Lausanne: Cedicac, 2010.
- IACOMINI, Vanessa. *Biodireito e o combate à biopirataria*. Curitiba: Juruá, 2009.
- KHOR, Martin. *Proprietà intelletuale, biodiversità e sviluppo sostenibile*. Trad. Raffaella Patriarca. Milão: Baldini, 2004.
- KOSZUOSKI, Adriana, *Conhecimentos tradicionais*. Cuiaba: Carlini & Caniato, 2006.
- LEMONS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- LITTLE, Paul E. *Conhecimentos tradicionais para o século XXI Etnografias da intercientificidade*. São Paulo: Annablume, 2010.
- LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto. *Antropologia, etnomarxismo y compromiso social de los antropólogos*. México: Ocean Sur, 2010.
- LUMIA, Isidoro Ia. *Lezioni di diritto industriale*. Pádua: CEDAM, 1932.
- LUSTOSA, João Augusto. *O papel do sistema de patentes na transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.
- MAGALHÃES, Luís Mauro Sampaio. *Arborização e Florestas Urbanas – Terminologia Adotada para a Cobertura Arbórea das Cidades Brasileiras*. Série Técnica, Florestas e Ambiente, pp. 23-26, 2006.
- MARGENAU, Henry. *La naturaleza de la realidad física*. Trad. Adolfo Martin, Madri: Tecnos, 1970.
- MASSENO, Manuel David. *Apontamentos sobre a Constituição Agrária Portuguesa*. In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. I. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MICHAUD, Yves. *Qu'est-ce que les technologies?* V. 5. Paris: Editions Odile Jacob, 2001.
- MIES, MARIA, SHIVA, VANDANA. *Ecofeminismo*. Trad. Fernando Dias Antunes. Lisboa: Piaget, 1993.
- MORAN, Emilio F. OSTROM, Elinor. *Ecosistemas florestais*. São Paulo: Edusp, 2009.
- MOREIRA, Eliane. *Conhecimento tradicional e a proteção*. *Revista T&C Amazônia*. n. 11, junho de 2007, pp. 33-41.
- MORGENBESSER, Sidney. *Filosofia da ciência*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.
- MOURA E SILVA, Miguel. *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2003.
- O'FARRELL, Ernesto. *Transferencia de tecnologia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.
- OZAWA, Terutomo. *La transferencia de tecnologia de Japón a los países em desarrollo*. México: Unitar, 1974.
- PAMPILLÓN OLMEDO, Rafael. *Un análisis empírico de la transferencia internacional de tecnología*. *Revista Española de Economía*. Madri: Instituto Nacional de Prospectiva, Octubre-Dicembre 1979, p. 57.
- PÉBEREAU, MICHEL. *La politique économique de la France*. 2. ed. Paris: Armand Colin, 1987.
- PEREZ MIRANDA, Rafael. SERRANO MIGALLON, Fernando. *Tecnología y derecho economico*. México: Porrúa, 1983.
- PLATIAU, Ana Flávia Barros. VARELLA, Marcelo Dias. *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PRADO, Mauricio Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferencia de tecnologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PRENTIS, Steve. *Biotechnology*. Barcelona: Salvat, 1986.
- RAPELA, Miguel Angel. *Derechos de propiedad intelectual em vetegales superiores*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- RIOS, Montserrat. DE LA CRUZ, Rodrigo. MORA, Arturo. *Conocimiento tradicional y plantas útiles del Ecuador*. Quito: Abya-Yala, 2008.
- RODRIGUES Jr., Edson Beas. POLIDO, Fabrício. *Propriedade intelectual*. São Paulo: Elsevier, 2007.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Biotechnology y derecho*. Bilbao: Comares, 1998.

- SACARRÃO, Germano da Fonseca. *A Bio-Ecologia da água*. Lisboa: Secretaria de Estado do Urbanismo e Ambiente, 1982.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, concorrencial e interesse público. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 7, julho/setembro de 2004. Belo Horizonte, Editora Fórum.
- SANCHEZ, Enrique. ROLDAN, Roque. SANCHEZ, Maria Fernanda. *Derechos e identidad*. Bogotá: Disloque, 1993.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, María Paloma. *La dependencia tecnologica española: contratos de transferencia de tecnología entre España y el exterior*. Madri: Ministerio de Economía y Hacienda, 1984.
- SCARDI, Vincenzo. *Introduzione alla biotecnología*. Milão: Garzanti, 1989.
- SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. Propriedade intelectual e biotecnología: aspectos jurídicos e éticos. *Notícia do direito brasileiro*, n. 5, 1 semestre de 1998, pp. 91-115.
- SCHRAMM, Fermin Roland. *Bioética e biosegurança*. São Paulo: Gaia, 2006.
- SCUDELER, Marcelo Augusto. *Do direito das marcas e da propriedade industrial*. Campinas: Servanda, 2008.
- SHERWOOD, Robert M. *Propiedad intelectual y desarrollo económico*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1995.
- SILVA, José de Arimatéa. *Organizações da Administração Florestal Federal no Brasil: e (in)volução 1912-2014*. Gráfica Drumond, 2014.
- SILVA, José Robson. *Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2011.
- SIVERA TEJERINA, Maria Asuncion. *Los cambios técnicos de la agricultura en el termino rural de Malaga: Siglos XVIII-XIX*. Málaga: Grafima, 1988.
- SLAME, María Cristina. *Transferencia de tecnología*. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2013.
- TAVARES, E. M. F. *Avaliação de políticas públicas de desenvolvimento sustentável: dilemas teóricos e pragmáticos*. Holos, anos 21, maio, 2005.
- THOMSON, J. Arthur. *Introdução à ciência*. Trad. Antonio Sérgio. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1941.
- TOBON, Natalia. *Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina*. Derechos intelectuales. Buenos Aires: Astrea, 2003, pp. 135-151.
- VALLE, José Ribeiro do. *A farmacologia no Brasil*. São Paulo: DAG, 1978.
- VANZETTI, Adriano. CATALDO, Vincenzo di. *Manuale di diritto industriale*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2009.
- VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. Trad. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 1982.
- VINATEA MEDINA, Ricardo G. *Propuestas para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales en el marco del tratado de libre comercio Perú-EE.UU*. Lima: Edição do autor, 2008.
- WANDSCHEER, Clarissa Bueno. *Patentes & conhecimento tradicional*. Curitiba: Juruá, 2009.
- WIONCZEK, Miguel S. BUENO, Gerardo M. NAVARRETE, Jorge Eduardo. *La transferencia internacional de tecnología – el caso de México*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- WITKOWSKI, Nicolas. *Ciencia e tecnología hoje*. São Paulo: Ensaio, s.d.
- ZANIRATO, Silvia Helena. RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual das organizações multilaterais. *Revista Ambiente & Sociedade*. V X, n. 1, janeiro-novembro de 2007, pp. 39-45.

Tutela jurídica da saúde mental no ambiente laboral*

Cristianne Moreira Martins e Luciana Cypreste Santos Baglioli**

Resumo

O artigo faz uma abordagem sobre grande fragilização da saúde mental dos trabalhadores e a relação com o ambiente de trabalho. Inicialmente, será estabelecido o conceito de meio ambiente do trabalho como parte integrante do meio ambiente ecologicamente equilibrado e depois considera a importância da saúde no trabalho, demonstrando os transtornos, em especial os mentais, oriundos da organização do trabalho. Também serão avaliadas as normas legais do direito à saúde mental no âmbito da relação de emprego e conclui que é necessária a garantia de um ambiente de trabalho saudável e seguro através de tutela jurídica preventiva e concretizadora.

Palavras-chave: Direito à saúde. Saúde mental. Meio ambiente do trabalho. Tutela jurídica.

1 Introdução

Historicamente o trabalho desenvolveu-se como condição essencial para a sobrevivência do ser humano, de modo que nas sociedades primitivas os homens utilizavam os meios mais rudimentares para materializar a sua existência.

Em relação aos fatores que fazem parte da vida do indivíduo, o trabalho constitui um importante, se não o principal, determinante da forma de organização das sociedades, sendo o meio através do qual o homem constrói o seu ambiente e a si mesmo (Camelo e Angerami, 2004). Deste modo, o trabalho é uma forma de demonstração da natureza do ser humano, por ele a pessoa relaciona-se com seu meio social e sente-se aceita pela comunidade.

Percebe-se a existência de uma crescente preocupação com o meio ambiente e nele se insere o meio ambiente laboral, do qual não se pode descuidar, pois estão envolvidos os indivíduos enquanto trabalhadores.

A Carta Magna de 1988 trouxe a ideia de meio ambiente equilibrado como bem essencial à sadia

qualidade de vida, sendo um direito fundamental do ser humano, previsto no art. 225, *caput*.

É primordial o estudo deste direito em âmbito laboral, sendo necessária a avaliação da saúde e segurança dos trabalhadores. Por esse motivo, o presente artigo pretende demonstrar a relação causal entre doenças mentais e o local de trabalho e analisar os institutos jurídicos de proteção do trabalhador.

O estudo se inicia com a análise do conceito de meio ambiente do trabalho de modo a obter a sua verdadeira compreensão. Depois, para melhor percepção deste direito, se faz necessário refletir sobre a saúde no trabalho como direito fundamental e sobre os transtornos mentais decorrentes do trabalho. Por fim, será examinada a tutela jurídica nacional e internacional, conferindo as normas vigentes para identificar a sua efetividade no ordenamento jurídico.

Portanto, o estudo do tema é de suma importância em razão da grande exploração do obreiro por parte do empregador, o qual visa, cada vez mais, a obtenção do lucro comprometendo a integridade física e mental dos trabalhadores.

2 O meio ambiente do trabalho

A Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/1981, em seu art. 3º, inciso I, foi a primeira a conceituar meio ambiente como sendo o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput*, prevê que

[...] 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 [...].

Desta forma, a Carta Magna eleva o meio ambiente à condição de direito fundamental, tutela-o sob diversos aspectos, tutela a dignidade e o bem-estar para que se tenha a sadia qualidade de vida.

Para alcançar uma saudável qualidade de vida o ser humano necessita de um ambiente ecologicamente

* Artigo sob orientação científica do Prof. Dr. Souza Prudente.

** Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

equilibrado, inserido neste o meio ambiente do trabalho por ser nele que o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva.

Meio ambiente do trabalho não equilibrado significa danos irreversíveis à saúde e à integridade física e psíquica do trabalhador. Para que este cenário não surja, deve ser assegurado um local de trabalho decente com a observância das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador (art. 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988).

O meio ambiente do trabalho está previsto expressamente no art. 200, VIII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O meio ambiente do trabalho não é conceituado pelo Texto Constitucional, mas isso não foi um obstáculo quanto à sua proteção normativa, a qual ainda careça de efetividade desejada pelos trabalhadores. Na verdade, ele aparece para solucionar problemas complicados que envolvem e afetam o obreiro em sua relação com o ambiente laboral, além de proteger a qualidade de vida digna da pessoa humana na relação de trabalho.

Para Silva (1995, p. 5), meio ambiente do trabalho é “o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”.

Oliveira (2011, p.142) define que o meio ambiente do trabalhador está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

Rocha (2013, p. 229) entende que

[...] o certo é que o direito ambiental do trabalho se caracteriza como instrumento de análise, em face do aparecimento considerável material normativo sobre o tema meio ambiente do trabalho [...].

A grande preocupação entre trabalho e bem-estar do trabalhador surge em virtude do exercício do serviço em ambiente carente de proteção, segurança e conforto, que contribui para a ocorrência de frequentes situações de estresse e de fadiga mental, podendo até desencadear um acidente de trabalho.

O ambiente laboral saudável e equilibrado confere qualidade de vida ao trabalhador no momento de execução das tarefas, bem como na vida em geral. A proteção ao trabalho e ao meio ambiente tem sido adotada por diversas instituições e promovida por políticas públicas. Deste modo, o local de trabalho não pode interferir negativamente na vida social do trabalhador, sendo direitos fundamentais do obreiro as condições dignas de trabalho.

3 A saúde no trabalho como direito fundamental

A saúde do trabalhador é um direito humano básico diretamente relacionado à vida, com fundamento na teoria do mínimo existencial, respeitando a dignidade essencial. Todos os trabalhadores possuem este direito natural e imprescindível.

Para Oliveira (2011, p. 69) a Constituição Federal de 1988 foi o marco principal da introdução da saúde do trabalhador no ordenamento jurídico nacional, tendo sido a saúde considerada como direito social (arts. 6º e 194), assegurando-se aos trabalhadores o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII). Ficou assentado também que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), cabendo ao Sistema Único de Saúde – SUS, dentre outras atribuições, executar as ações de saúde do trabalhador (art. 200, II). A Lei Orgânica da Saúde (8.080/1990) e as leis previdenciárias (8.212/1991 e 8.213/1991) também instituíram normas de proteção à saúde do trabalhador.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT traz um capítulo próprio sobre segurança e medicina do trabalho (Título 1, Capítulo V, arts. 154 a 201). As Normas Regulamentadoras da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego também são normas importantes acerca do assunto.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT teve função decisiva ao adotar convenções e recomendações para a proteção à saúde do trabalhador, por exemplo, as Convenções 155 e 161 a respeito, respectivamente, da Segurança e Saúde dos

Trabalhadores e dos Serviços de Saúde do Trabalho que foram ratificadas pelo Brasil.

A Organização Mundial de Saúde – OMS (2001) define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”.

A Convenção 155 da OIT preceitua, no seu art. 3º, que

[...] o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho [...].

Assim, a ideia de saúde como ausência de doença foi ampliada pela perspectiva da saúde com a simples ameaça de adoecimento. Ela não é mais considerada como bem individual, ou seja, saiu do indivíduo para ser vista, também, na relação do indivíduo com o trabalho e com a sociedade.

4 A relação entre os transtornos mentais e o meio ambiente do trabalho

No passado as doenças eram discutidas e tratadas de forma absolutamente dissociadas do ser humano, com abordagens voltadas apenas para o tratamento individualizado de cada parte do corpo, sem levar em consideração que o organismo humano é formado pela junção do corpo com a mente. Conforme afirmam França e Rodrigues (2005), a saúde e a doença são estados que resultam do equilíbrio harmônico ou da desregulamentação dos campos mente, corpo e meio ambiente.

A pesquisa na área de saúde mental do trabalhador decorrente de acidente do trabalho evoluiu de uma percepção de melhoria das condições e ambientes de trabalho, visando à maior satisfação e à produtividade total, para uma visão biopsicossocial do ser humano. Na verdade, existe uma grande preocupação entre trabalho e bem-estar do trabalhador, uma vez que exercer o serviço em ambiente carente de proteção, segurança e conforto, contribui para a ocorrência de frequentes situações de estresse e de fadiga mental, podendo desencadear um acidente de trabalho.

O estresse está associado a sensações de desconforto, sendo concebido como algo negativo, gerando prejuízo no desempenho do trabalhador.

Pode ser visto como a avaliação que o indivíduo faz das situações de trabalho às quais está exposto e que podem ser mais ou menos desgastantes.

A relação de trabalho e saúde, no Brasil, é muito crítica por envolver diversas situações de trabalho caracterizadas por diferentes formas de organização que pouco investem em promoção e proteção da saúde do trabalhador. A desorganização no trabalho coloca em risco a ordem e a capacidade de rendimento do trabalhador por não haver clareza nas regras, normas e nas tarefas que cada trabalhador deve desempenhar.

Ocorre que, no Brasil, os empregadores atuam com muito empirismo e o trabalhador sofre as consequências disso por atuar com pressão no cumprimento das atividades, carga excessiva de trabalho, ansiedade, angústia.

Ademais, os estudos sobre segurança e saúde mental no trabalho ainda é incipiente, o que é motivo de preocupação, tendo em vista os elevados níveis de tensão a que estão submetidos os trabalhadores.

A temática sobre o trabalho e a saúde mental é uma questão contemporânea. A preocupação brasileira com o assunto foi sistematizada a partir da década de 1980 com alguns estudos e pesquisas, e tem sido abordado sob diversos enfoques. Destacando o estabelecimento de nexos causais entre os sintomas psíquicos e as condições e a organização do trabalho. As ações relativas à subjetividade e à saúde mental estão presentes em trabalhadores de vários setores produtivos.

O trabalho é parte intrínseca do ser humano e pode ser um fator importante de promoção da saúde. O homem se realiza e se desenvolve em suas várias dimensões: psicológica, social e econômica, por meio do labor. Contudo, não é sempre que o trabalho cumpre essa função, devendo examinar o momento em que ele deixa de promover a saúde e passa a ter influência negativa sobre o indivíduo.

Marques e Moraes (2004, p. 5) afirmam que “as pressões geradas pelas contínuas transformações atuais tem tomado os indivíduos mais vulneráveis às doenças psicossomáticas e orgânicas”.

Para Dejours (1992, p. 122) “o defeito crônico de uma vida mental sem saída mantido pela organização do trabalho, tem provavelmente um efeito que favorece as descompensações psiconeuróticas”.

Atualmente, observa-se uma pressão constante contra a grande massa de trabalhadores existente

em quase todo o mundo. Registra-se que, no atual momento histórico da reestruturação produtiva, a precarização das relações de trabalho, a intensificação do ritmo de trabalho e a exigência de polivalência têm agravado os problemas de saúde ocupacional (Heloani & Silva, 2006).

A psicodinâmica do trabalho é, porém, uma abordagem teórico-metodológica em saúde mental e trabalho que é problematizada e interpretada por distintos autores brasileiros de diferentes formas.

Conforme o Ministério da Saúde do Brasil (2001, p. 161):

A contribuição do trabalho para as alterações da saúde mental das pessoas dá-se a partir de ampla gama de aspectos: desde fatores pontuais, como a exposição a um determinado agente tóxico, até a complexa articulação de fatores relativos à organização do trabalho, como a divisão e parcelamento das tarefas, as políticas de gerenciamento das pessoas a estrutura hierárquica organizacional. Os transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho resultam, assim, não de fatores isolados, mas de contextos de trabalho em interação com o corpo e aparato psíquico dos trabalhadores.

Os relatórios da OMS expõem que os trabalhadores com transtornos mentais continuam sendo excluídos, tendo seus direitos violados pelas instituições. Poucos trabalhadores que sofrem transtorno mental ou do comportamento encontram-se em tratamento.

Segundo os dados da Previdência Social, houve um crescimento dos casos de transtornos mentais relacionados com o trabalho. Dentre tais transtornos visualiza-se quadros de transtornos do humor, episódios depressivos e transtornos ansiosos, apresentando nexos causais com o trabalho. Em maior incidência encontra-se o estresse profissional, mas também casos de síndrome do pânico, transtornos cognitivos, síndrome de *burnout*.

Portanto, a violência psicológica no trabalho decorre de comportamentos sistemáticos e repetitivos que ameaçam, desqualificam e constroem o obreiro. De modo que tais condutas degradam as relações interpessoais.

5 A tutela jurisdicional do meio ambiente do trabalho

A tutela jurisdicional do meio ambiente do trabalho corresponde à proteção judicial do direito ao meio ambiente do trabalho seguro e adequado. Trata-se de uma tutela efetiva com o fim de prevenir o dano, bem como de cessá-lo, se já iniciado, ou evitar que se repita, caso já tenha ocorrido.

Em relação ao direito ambiental do trabalho existe uma intervenção estatal nas relações privadas através de legislação e instrumentos que têm como propósito a exigibilidade e eficácia de um direito social.

A CLT estabelece várias normas de segurança e medicina do trabalho, no Capítulo V do Título II, dos arts. 154 ao 201, as quais devem ser observadas e cumpridas pelos empregadores, levando-lhes a tomarem medidas preventivas para impedir os acidentes de trabalho ou as doenças ocupacionais.

O Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho, SEMST, é um dos órgãos de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Outro órgão importante na prevenção de riscos de acidentes de trabalho é a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, CIPA, de constituição obrigatória em empresas com mais de 20 empregados.

A Portaria 3.214/1978 do MTE estabelece as normas regulamentares (NRs) relativas à segurança e medicina do trabalho urbano e rural, respectivamente, e tais preceitos visam à efetividade do direito, exigindo e fiscalizando o cumprimento da lei através da firme atuação do Poder Público.

Na elaboração das NRs há a participação tripartite de forma ativa, ou seja, os empregados, os empregadores e o próprio Governo emitem opiniões, atualmente, a portaria do MTE conta com 36 NRs.

As normas regulamentadoras de medicina e segurança no trabalho buscam estabelecer um equilíbrio entre o trabalhador e a organização, reconhecendo o obreiro como ser humano. Essas organizações de trabalho devem atuar no sentido de evitar a materialização dos riscos potenciais de acidentes, além de ter responsabilidade de fazer cumprir os regulamentos, analisar, registrar e prevenir os acidentes. Deste modo, as instituições tendem a gratificar as necessidades pessoais e profissionais dos trabalhadores.

No acontecimento de acidente do trabalho ou doença ocupacional devem-se avaliar as causas motivadoras e verificar se havia o cumprimento de tais normas, restando estabelecido o nexo causal entre o comportamento e o acidente ou doença, o empregador arcará com as indenizações pertinentes.

O Decreto 3.048/1999, do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS, 1999), apresenta na Lista B do Regulamento da Previdência a nova Lista de Doenças Profissionais e Relacionadas ao Trabalho.

De acordo com Sebastião Geraldo Oliveira (2000, p. 120 *apud* ABREU, 2005, p. 55):

A nova lista de doenças ocupacionais do INSS, relacionada no Anexo II do Decreto 3048/99, já indica o grupo dos "Transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho (Grupo V do CID-10)" apontando dentre outros fatores destas doenças: problemas relacionados com o emprego e com o desemprego, condições difíceis de trabalho, ritmo de trabalho penoso, reação após acidente grave, reação após assalto no trabalho, desacordo com o patrão e colega de trabalho, circunstâncias relativas às condições de trabalho, má adaptação à organização do horário de trabalho, etc.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde sua criação, procura através de suas convenções lançar proposições relativas à proteção do trabalhador para eliminar as atividades laborais que degradam a saúde do trabalhador. As Convenções 155 (1981), 161 (1985) e 187 (2009) são as principais acerca da preservação da Saúde e dos Serviços de Saúde do Trabalhador.

A Convenção 155 trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores e foi ratificada em 1992. A Convenção 161 trata dos Serviços de Saúde do Trabalho e foi ratificada em 1990. Já a Convenção 187 trata do Marco Promocional para a Segurança e Saúde no Trabalho e ainda não foi ratificada pelo Brasil.

A Convenção 155 se sobressai por dizer a respeito da segurança e saúde do trabalhador, senão vejamos:

Art. 4º. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho. Essa política visa como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de

trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

A ordem jurídica interna e a internacional exigem a adoção e a observância de normas de segurança e saúde no trabalho que pautam por condutas empresariais de prevenção e precaução. Estas normas são de ordem pública, não podendo as partes envolvidas ajustarem condições diferentes, sob pena de nulidade do ajuste.

Os instrumentos jurídicos capazes de efetivar e concretizar o direito a um ambiente do trabalho saudável e equilibrado são a ação individual trabalhista, a ação civil pública ambiental e a ação popular. No caso das duas últimas ações, ambas são preventivas e reparadoras de dano. Além desses, também são utilizados a ação popular, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção e o instituto da greve ambiental do trabalho. É certo que a competência para julgar as referidas ações é da Justiça do Trabalho.

Percebe-se que o trabalhador possui diversos meios processuais para obter a responsabilização por danos moral e material do empregador ao descumprir as medidas que tornam o meio ambiente do trabalho saudável, adequado e equilibrado.

6 Considerações finais

Com a evolução científica e tecnológica, diversas e profundas mudanças no mundo do trabalho surgiram e, por conseguinte, diferentes preocupações com a qualidade de vida dos obreiros, abrangendo o meio ambiente laboral.

Vislumbra-se que um meio ambiente do trabalho seguro e saudável é direito fundamental de todo e qualquer trabalhador, pois representa o espaço das relações humanas laborativas, no qual se deve aferir o desempenho e condições das atividades.

As várias agressões e pressões envolvidas no ambiente de trabalho atingem diretamente a dignidade do trabalhador. Verifica-se, então, que a saúde mental do trabalhador está cada vez mais fragilizada, pois tais abusos são cometidos com frequência para justificar a produtividade e a obtenção de lucro. Por isso ocorre a crescente busca pela maior proteção e equilíbrio deste direito fundamental.

As relações cruéis de trabalho incentivam os trabalhadores a cumprir metas impossíveis, a realizar longas jornadas e a confundir vida profissional com pessoal, tomando mais vulnerável a saúde do trabalhador.

A tutela jurídica do direito ambiental do trabalho, em especial a saúde mental, desenvolve-se por meio de normas cogentes de caráter social, visando à proteção da saúde e da segurança do trabalhador contra a degradação da qualidade de vida.

Deste modo, são imprescindíveis a elaboração e adoção de medidas preventivas no que tange a saúde mental do trabalhador de forma a eliminar os riscos e patologias decorrentes das atividades laborais, não podendo existir descaso a um direito fundamental.

Referências

ABREU, Fernanda Moreira de. *Depressão como doença do trabalho e suas repercussões jurídicas*. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Legislação. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Ministério da Saúde. *Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimento para os serviços de saúde*. Brasília, 2001, pp. 161-194.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 3.214/78 de 08 de junho de 1978. Aprova as Normas

Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileglindegras/839945.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 155*. Segurança e Saúde dos trabalhadores. Genebra, 1981. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 161*. Serviços de Saúde do Trabalho. Genebra, 1985. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/507>>. Acesso em: 20 maio 2016.

CALVO, Adriana. *O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho: o combate ao assédio moral institucional: visão dos tribunais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 160.

CAMELO, 5. H. H.; ANGERAMI, E. L. 5. Sintomas de estresse em trabalhadores de cinco núcleos de Saúde da Família. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, [online]. Jan./Feb. 2004, vol.12, no.1, pp.14-21. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692004000100003&scriptsci_afflex>. ISSN 0104-1169. Acesso em: 20 abr. 2016.

DEJOURS, C. *A loucura do trabalho*. São Paulo: Cortez, 1992.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

DELUIZ, N. *Qualificação, competências e certificação: visão do mundo do trabalho*. Formação, Brasília, DF, n.2, maio 2001. Disponível em: <http://www.bra.opsoms.org/rh/areasdet.cfm?iddoc=119&id_area2>. Acesso em: 15 abr. 2016.

FRANÇA, A. C. L.; RODRIGUES, L. R. *Stress e trabalho: uma abordagem psicossomática*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

HELOANI, 3. R. & SILVA., E. P. (2006). O desgaste da realidade sócio-institucional, identidade e stress no trabalho de guardas municipais. In G. Gutierrez (Org.), *Qualidade de vida e fadiga institucional* (pp. 271-289). Campinas: Unicamp/IPES. KANAANE, Roberto.

Comportamento Humano nas Organizações. São Paulo: Atlas, 1999.

MARQUES, A. L; MORAES, L. F. R. *Desenvolvimento Gerencial através de Cursos de Longa Duração: um estudo sobre a percepção de eficácia dos cursos de MBA e suas relações com a qualidade de vida e estresse no trabalho*. Mais ENANP, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. *Revista de Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, pp. 107-130, jan./jun. 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2011.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental do Trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

A proteção da imagem na Alemanha

The protection of the image in Germany

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Resumo

O presente artigo analisa o surgimento e o desenvolvimento do direito à imagem na Alemanha. Estuda a situação antes e depois da Lei de 1907, a qual trouxe grandes alterações em relação à proteção da imagem. Trata do consentimento como princípio geral da Lei de 1907 e estuda as limitações à regra do consentimento. Analisa as mudanças ocorridas na defesa da imagem em virtude do reconhecimento do direito geral da personalidade e da possibilidade de aproveitamento econômico da imagem. Cuida do reconhecimento do direito à compensação por danos imateriais e sua função preventiva no que toca à proteção da imagem. Por fim, estuda as recentes modificações provocadas na proteção da imagem na Alemanha pelas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH.

Palavras-chave: Direito à imagem. Direitos da personalidade. Responsabilidade civil. Direito alemão. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

1 Introdução

O estudo do direito à imagem na Alemanha vai ter início na segunda metade do século XIX e foi impulsionado pelos desenvolvimentos técnicos

associados à fotografia. Antes da existência da fotografia a tutela da imagem não tinha relevância jurídica, pois sua reprodução era bastante difícil e normalmente estava associada a obras de arte cujos artistas eram contratados pelas próprias pessoas que pretendiam ser retratadas.

Na medida em que a fotografia foi se aperfeiçoando, viu-se a necessidade da proteção da imagem, que na Alemanha pode ser dividida em três fases distintas. A primeira delas vai abarcar o surgimento da problemática na literatura e na jurisprudência, estendendo-se até a promulgação, em 9 de janeiro de 1907, da “Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia” (*Kunsturhebergesetz – KUG*). Em uma segunda etapa, temos os desenvolvimentos ocorridos após a promulgação da KUG, mas antes do reconhecimento do direito geral da personalidade¹. Por fim, em uma terceira etapa, a proteção da imagem terá seu âmbito de atuação ampliado pelo reconhecimento do direito geral da personalidade², bem como por influência das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Desse modo, vê-se inicialmente o protagonismo da doutrina, que perdurou até o surgimento da KUG, quando houve a continuação dos avanços através da jurisprudência, que veio a completar paulatinamente as disposições legais. Nessa linha, os tribunais reconheceram o direito geral da personalidade e foram responsáveis por vários outros desenvolvimentos importantes, como é o caso do reconhecimento da ocorrência de danos imateriais. Mais recentemente podemos ainda apontar a influência na Alemanha das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

* Livre-docente em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz federal. Professor universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Pesquisador do grupo Direito e Desenvolvimento Público da Universidade de Araraquara (Uniar). Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da Capes. Foi delegado de Polícia Federal. Foi procurador do Banco Central do Brasil. Foi defensor público federal. Foi diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Foi diretor acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

¹ NEUMANN-KLANG, Sybille. *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999, p. 9.

² BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 13.

2 A legislação alemã do século XIX

Muita controvérsia existia na doutrina alemã do século XIX acerca do direito à imagem, o que foi refletido logicamente na legislação aprovada nesse período³.

A primeira tentativa de se coibir a publicação não autorizada da imagem sucedeu no ano de 1857, quando um projeto de lei de proteção autoral contemplou disposição que objetivava coibir a reprodução não autorizada por parte do proprietário de um retrato⁴.

Entretanto, o primeiro diploma legal que realmente outorgou alguma forma de proteção à imagem surgiu na Baviera, com a aprovação, em 28 de julho de 1865, da Lei para Proteção dos Direitos de Autor em Produções Literárias e de Arte (*Gesetz zum Schutz der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen und der Kunst*). Essa lei serviu de base para a legislação alemã que se seguiu e previa, em seu § 35, que o direito de reprodução de retratos cabia àquele que solicitava o serviço, partindo então do pressuposto de que haveria identidade entre a pessoa que solicitava o trabalho e aquela que seria retratada⁵.

Na mesma linha da lei da Baviera, seguiram-se duas leis imperiais alemãs: a primeira, de 9 de janeiro de 1876, relativa ao direito de autor em trabalhos de artes plásticas (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste*); e a segunda, do dia seguinte, de 10 de janeiro de 1876, referente à proteção de fotografias contra cópias não autorizadas (*Gesetz betreffend den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildungen*)⁶. Tais leis ligavam a proteção da imagem ao direito de autor e exigiam a identidade entre o solicitante do trabalho e a pessoa retratada⁷.

Não demorou muito para que fossem notadas as insuficiências das leis de 1876. É que a tutela da imagem dependia da proteção do direito de autor, ou seja, somente se fossem preenchidos os requisitos para a proteção autoral é que se poderia falar na tutela da imagem. Assim sendo, não existia nessas leis propriamente uma proteção da personalidade da pessoa retratada em caso de lesão à sua imagem, mas sim uma limitação dos direitos do autor do retrato. Tanto é que a pessoa retratada não tinha nenhum direito subjetivo se não fosse ao mesmo tempo a solicitante do trabalho, já que referidas leis foram criadas, em última instância, para a tutela do direito de autor⁸.

Em face das deficiências da legislação, a doutrina alemã, no final do século XIX, já se conscientizava da necessidade de um direito que protegesse exclusivamente a pessoa fotografada, independente do direito de autor⁹. Porém, em virtude da ausência de tal disposição legal, os tribunais acabaram enfrentando grandes problemas ao se depararem com demandas em que não existia a identidade entre a pessoa contratante do trabalho e aquela retratada, isto é, nas hipóteses de divulgação de fotografias tiradas sem o consentimento da pessoa captada¹⁰. Fez-se então necessário o apelo às disposições penais existentes, o que será evidenciado na sequência, com o exame de alguns julgados.

3 A jurisprudência alemã anterior à Lei de 1907

O Tribunal do Império (*Reichsgericht*), no fim do século XIX, publicou duas decisões que foram fundamentais para a constatação da necessidade de concessão de uma especial proteção legal para a imagem.

³ Os primeiros países que outorgaram alguma forma de tutela à imagem foram a Alemanha, a Bélgica e a Áustria, no entanto, isso foi feito no âmbito do direito de autor.

⁴ BÄCHLI, Marc, *Das Recht am eigenen Bild*, p. 11.

⁵ HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 4.

⁶ LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, pp. 44-45.

⁷ A previsão de proteção apenas àquele que solicitava a foto pode parecer, sob a ótica atual, bastante estranha, sendo evidentes, na atualidade, as deficiências das mencionadas leis. A situação fica mais compreensível, entretanto, se nos atentarmos para o fato de

que nos primórdios da fotografia o desenvolvimento técnico não permitia a captação da imagem sem o consentimento da pessoa fotografada, já que não havia ainda sido desenvolvida a fotografia instantânea (LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*, p. 47).

⁸ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, pp. 100-101.

⁹ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 13.

¹⁰ GERTZEN, Anke Marie, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*. Göttingen: Cuvillier, 2009, p. 4.

3.1 O caso *Dame im Badekostüm*

Em 29 de novembro de 1898 o *Reichsgericht* decidiu um processo bastante importante para o futuro reconhecimento legislativo do direito à imagem. Tratou-se de uma demanda envolvendo uma fotografia clandestina de uma jovem em trajes de banho, que foi tirada na piscina feminina na estância de Cranz. A imagem foi posteriormente vendida e utilizada na confecção de “peso para papel” e outros objetos, o que gerou o litígio¹¹.

O *Reichsgericht*, para solucionar a questão, ante as insuficiências da legislação civil, não pôde recorrer à tutela pelo direito à imagem, tendo que apelar para o Direito Penal. Assim, os responsáveis pela foto foram condenados a uma pena de seis meses de prisão pela prática de crime de ofensa (*Beleidigung*), com fundamento no § 185 do Código Penal (StGB)¹².

Para fundamentar a decisão, o tribunal partiu da ideia de que para terceiros parecia que a mulher tinha consentido na realização das fotos em trajes de banho, o que geraria, conforme os costumes da época, suspeita quanto à sua moralidade. Nessa linha, a ação premeditada dos agentes teria ferido a honra da mulher, lesionando seriamente sua estima diante de outras pessoas, o que configuraria a prática do crime de ofensa¹³.

Ademais, é de se notar que a solução dada ao caso *Dame im Badekostüm* não permaneceu isolada, pois acabou sendo difundida em outros tribunais, que em situações semelhantes também acabaram fazendo uso do Direito Penal e condenaram a captação indevida da imagem de uma pessoa como crime de ofensa à honra¹⁴⁻¹⁵.

¹¹ LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 49.

¹² KOHLER, Josef. *Das Eigenbild im Recht*. Berlin: J. Guttentag, 1903, pp. 32-33.

¹³ EISELE, Jörg. *Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen*. *Juristische Rundschau*, Berlin, pp. 6-11, jan. 2005, p. 6.

¹⁴ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, p. 102.

¹⁵ Semelhante dificuldade pôde ser observada em uma decisão do Tribunal (*Oberlandesgericht – OLG*) de Hamburgo, proferida em 20 de novembro de 1900, que analisou uma demanda em que um detetive particular, de forma oculta, tirou fotos de uma jovem mulher, pois acreditava que ela mantinha relações sexuais

3.2 O caso *Otto von Bismarck*

Em meio às tentativas frustradas de proteção ao direito à imagem, inclusive no âmbito penal, teve enorme impacto na Alemanha o caso Bismarck, que deixou evidente a insuficiência do direito então vigente¹⁶.

No dia 30 de julho de 1898 morreu o herói nacional e ex-chanceler Otto von Bismarck. Em meio à multidão que se aglomerava diante de sua residência, à espera de notícias, dois jornalistas de Hamburgo invadiram referido imóvel e tiraram fotos do falecido e de seu leito. As fotos acabaram sendo vendidas por quantia bastante significativa (30 mil marcos)¹⁷ e foram divulgadas na Alemanha sem qualquer autorização da família¹⁸.

Indignados com o ocorrido, não se conformando em ver a figura do ex-chanceler vilipendiada, os seus filhos ajuizaram ação exigindo a proibição da divulgação das fotos e a restituição dos negativos. O *Reichsgericht* (Suprema Corte do Império) julgou o processo em 28 de dezembro de 1899, condenando os réus à não

com o marido de sua cliente. O tribunal entendeu que a situação representava uma ofensa (§ 185 StGB), visto que a pessoa foi colocada numa situação de desonra, como amante de um homem casado. Todavia, ficou mais uma vez claro que a simples fotografia de uma pessoa, sem seu consentimento, não era tida como contrária ao direito, tanto é que o tribunal teve que fazer um grande esforço interpretativo para poder considerar a reprodução não autorizada da imagem como uma lesão à honra (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 16).

¹⁶ Conforme observa Otavio Junior, existe enorme significado simbólico na análise do caso Bismarck, “que é considerado o primeiro precedente no direito alemão de limitação às liberdades comunicativas pelo Poder Judiciário em favor de uma celebridade post-mortem, sem que haja um elemento de natureza política ou altas razões de Estado” (JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115).

¹⁷ Vale notar que as fotos foram vendidas por quantia que hoje corresponderia a aproximadamente duzentos mil euros, o que denota a relevância econômica, já no fim do século XIX, de determinados retratos (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 15). Já conforme Thomas Thiede, o montante pago pelas fotos seria ainda maior, equivaleria a quatrocentos mil euros (THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*. Viena: Sramek, 2010, p. 19).

¹⁸ LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 49.

divulgação das fotos e à destruição dos negativos¹⁹. A decisão, no entanto, enfrentou um grande problema jurídico, pois no Ducado de Lauenburg, onde foi praticada a conduta, não era possível a proteção da imagem. É que à época, as disposições legais vigentes no local, isto é, os Estatutos de Hamburgo e o Espelho da Saxônia (*Sachsenspiegel*), não continham nenhuma norma adequada que pudesse ser aplicada ao litígio²⁰.

Com isso, ante a falta de preceito legal relativo ao direito à imagem, o tribunal recorreu ao Direito Romano, à *condictio ob iniustam causam*, entendendo que os fotógrafos teriam adentrado no quarto onde estava o corpo de Bismarck de forma oculta e sem o consentimento dos filhos do falecido, em violação de domicílio (§ 123 do Código Penal). Assim, caberia aos herdeiros o direito de restituição de tudo o que foi obtido por meio da violação de domicílio, incluindo as fotografias²¹.

O resultado do julgamento foi bem recebido, mas os argumentos utilizados em sua fundamentação não convenceram os estudiosos da época e também são considerados inadequados se levarmos em conta o ponto de vista atual. Entre os críticos podemos destacar Kohler, para quem as fotografias não apresentavam nenhuma invasão de domicílio, de modo que o julgado deveria ter se pautado na lesão a direitos da personalidade²².

Outrossim, a doutrina da época também criticou a decisão pelo fato de que o mesmo resultado poderia ter sido obtido pelos fotógrafos, porém restariam impunes, caso, ao invés de terem invadido a casa, tivessem tirado as fotos de Bismarck através de uma janela. Havia então uma lacuna na lei que demandava uma urgente resposta do legislador²³.

¹⁹ GERTZEN, Anke Marie. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*. Göttingen: Cuvillier, 2009, pp. 5-6.

²⁰ EISELE, Jörg. *Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen*. *Juristische Rundschau*, Berlin, pp. 6-11, jan. 2005, p. 6.

²¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 694.

²² GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*. Tübingen: Mohr, 1995, p. 19.

²³ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 28.

Pois bem, o fato do *Reichsgericht* ter recorrido ao Direito Romano para solucionar o caso Bismarck tornou evidente que o direito à imagem estava insuficientemente regulado²⁴. Desse modo, não há dúvida que referido caso provocou uma grande discussão sobre o direito à imagem e impulsionou a criação de um regime para a matéria, regulado na “Lei relativa ao direito de autor em trabalhos de artes plásticas e de fotografia” (KUG), que foi aprovada em 1907 e ainda hoje está parcialmente em vigor²⁵⁻²⁶.

Por derradeiro, vale ressaltar que, paralelamente às deficiências da legislação, os julgados da época, de forma quase que unânime, não lançaram mão dos desenvolvimentos doutrinários que já estavam à disposição. Em vista dos instrumentos disponíveis, perdeu-se naquele momento a oportunidade de reconhecer a existência de um direito geral da personalidade, passível de proteção como bem jurídico, que permitiria a tutela do direito à imagem²⁷.

4 O debate doutrinário acerca do direito à própria imagem

A doutrina já vinha debatendo o direito à imagem antes mesmo da decisão do caso Bismarck. Em um primeiro momento o tema foi tratado pelos estudiosos sob o ponto de vista puramente do direito de autor²⁸.

Na literatura alemã, Jhering já se postava contra a introdução da proteção da imagem na Lei de Direito de Autor de 1876, asseverando que o fotógrafo poderia ser acionado, caso utilizasse o negativo de maneira

²⁴ FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 36.

²⁵ PASCHKE, Marian. *Medienrecht*. 3. ed. Heidelberg: Springer, 2009, pp. 320-321.

²⁶ A Lei de Direito de Autor de 1965 (UrhG), em vigor desde 1º de janeiro de 1966, revogou parcialmente a KUG. No entanto, conforme estabeleceu o § 141, Abs. 5 da UrhG, a proteção da imagem pelas disposições da KUG continuou em vigor. Isso se explica pelo fato de que se esperava, à época, a aprovação de uma legislação que regulasse amplamente os direitos da personalidade, o que acabou não ocorrendo (DREIER, Thomas; SCHULZE, Gernot. *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 1.958).

²⁷ LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 51.

²⁸ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 27.

diversa daquela prevista pela pessoa fotografada. Assim sendo, um direito de defesa ficaria à disposição da pessoa fotografada, que poderia utilizá-lo pela via da *actio iniuriarum*. No entanto, a teoria da proteção da imagem de Jhering não foi exitosa, o que não lhe tira o mérito de ter contribuído para os debates atinentes ao desenvolvimento de uma futura concepção autônoma do direito à própria imagem na Alemanha²⁹.

Com o desenvolvimento do tema, vozes favoráveis passaram a colocar a imagem no centro da discussão, como foi o caso de Hugo Keyßner, a quem foi atribuída tanto a autoria da primeira obra (*Das Recht am eigenen Bild*) que realmente tratou do problema de forma aprofundada, publicada em 1896, como também a própria denominação ainda hoje utilizada na Alemanha, ou seja, o “direito à própria imagem” (*Recht am eigenen Bild*)³⁰.

Keyßner entendia que caberia a todo homem o direito à livre disposição sobre sua própria imagem, podendo proibir que sucedesse qualquer reprodução dessa imagem sem seu consentimento: “Cada um é senhor da sua imagem; sem autorização não é permitida sua representação por imagem ou ser feito famoso por ilustração”³¹. O estudioso reconhecia ainda que o direito à própria imagem fazia parte dos direitos da personalidade, mas surpreendentemente não via a necessidade de sua regulamentação pela atuação do legislador, contentando-se com a prudente atuação dos magistrados³².

As ideias de Keyßner foram acolhidas por boa parte da doutrina, que se posicionou favoravelmente ao reconhecimento do direito à imagem³³. Outra parte dos estudiosos, entretanto, resistiu às propostas, que

qualificaram como um “atentado jurídico contra a arte e a ciência”³⁴. Para eles, a salvaguarda da imagem encontrava acolhida no direito à honra, o qual já era suficientemente protegido pelas disposições da legislação penal e por mecanismos de responsabilidade civil³⁵.

A discussão era tamanha que mesmo o renomado Josef Kohler, grande defensor do reconhecimento dos direitos da personalidade, rejeitou, em um primeiro momento, a ideia de um direito à própria imagem. O estudioso asseverou que só poderia haver proibição da reprodução de uma imagem se ela atentasse contra a personalidade, notadamente se fosse ultrajante, pouco semelhante ou se atingisse a vida privada³⁶. Posteriormente, já no início do século XX, Kohler admitiu em sua obra “*Das Eigenbild im Recht*” a necessidade de proteção da imagem³⁷.

De qualquer modo, em uma observação mais acurada, pode-se notar que não havia uma diferenciação tão grande entre os posicionamentos de Kohler e de Keyßner. Realmente, Keyßner via no direito de proibir a divulgação de sua própria imagem uma regra, que admitia apenas algumas exceções, como as fotografias de paisagens, as tiradas durante manifestações públicas ou as produzidas no interesse da persecução penal³⁸. Kohler, por seu turno, considerava que a liberdade de captação e divulgação dos retratos era o princípio que regia a matéria, o qual abarcava, entretanto, algumas exceções³⁹, que encontravam fundamento na proibição de veiculação

Individualrecht als Namensrecht” (FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 33).

²⁹ BÄCHLI, Marc, *Das Recht am eigenen Bild*, p. 12.

³⁰ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 10.

³¹ KEYßNER, Hugo. *Das Recht am eigenen Bild*. Berlin: J. Guttentag, 1896, pp. 31-32. Tradução livre do original: “*Jedweder ist seines Bildes Herr; ohne seine Genehmigung darf er nicht durch Abbilder veranschaulicht oder durch Illustration berühmt gemacht werden*”.

³² HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 8.

³³ Todavia, deve-se notar que, apesar da extraordinária importância da contribuição de Keyßner, isso não faz dele o criador do direito à imagem. Ele será, quando muito, pioneiro da proteção da imagem até hoje vigente na Alemanha. Na verdade, antes das referências de Keyßner ao tema na sua monografia “*Das Recht am eigenen Bilde*”, o direito à imagem já era mencionado por outros autores germânicos, particularmente por Kohler, na obra “*Das*

³⁴ O perigo das propostas de proteção da imagem era visto no âmbito artístico, especialmente no que toca à caricatura, que sempre sobreviveu através do exagero de determinadas características das pessoas caricaturadas (KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 29).

³⁵ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. 1, p. 102.

³⁶ LÉVY, Vanessa, *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*, p. 132.

³⁷ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 27.

³⁸ LÉVY, Vanessa, *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*, p. 132.

³⁹ HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 9.

de imagens que ofendessem legítimos interesses da pessoa retratada⁴⁰.

O tema foi objeto de amplo debate durante o “26º Congresso de Juristas Alemães”, que resultou no reconhecimento da proteção do direito à imagem. Na ocasião, Gareis aderiu à concepção de Keyßner e ainda admitiu uma quarta exceção à tutela da imagem: o direito de reproduzir o original para memória (recordação) e desde que não houvesse atentado à honra⁴¹.

No final das contas, malgrado vozes discordantes, a maioria dos autores se pronunciou favoravelmente ao reconhecimento de um direito à própria imagem, o que acabou sendo encampado pela Lei de 9 de janeiro de 1907.

5 O Código Civil alemão e os direitos da personalidade

Apesar do reconhecimento do direito à imagem por grande parte da doutrina e das severas críticas da literatura aos julgados do *Reichsgericht*, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900, não produziu nenhuma alteração no quadro até então apresentado⁴².

Todavia, não foi somente em relação ao direito à imagem que o BGB deixou a desejar. Na verdade, o diploma civil alemão praticamente se omitiu quanto à tutela dos direitos da personalidade, uma vez que cuidou do tema apenas no seu § 12, que prevê o direito ao nome, e na disposição particular do § 823, 1, atinente à responsabilidade civil em caso de lesão à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à propriedade ou a “um outro direito” (“*ein sonstiges Recht*”)⁴³⁻⁴⁴.

Nem mesmo o posicionamento favorável de autores ilustres, como Kohler e Gierke, foi suficiente para convencer os redatores do BGB a incluir na codificação um direito geral da personalidade. Entendia-se, à época, que uma prerrogativa com contornos demasiadamente imprecisos e cujo espectro de abrangência ainda não estava claramente determinado não poderia ser aceita⁴⁵. Assim sendo, a proteção da personalidade ficou a cargo tão somente dos §§ 12 e 823, 1 do BGB, bem como da legislação penal⁴⁶.

Para agravar a situação, o Judiciário, com a entrada em vigor do BGB, também não reconheceu a existência de um direito geral da personalidade nem de outros aspectos da personalidade não previstos expressamente pela codificação⁴⁷. É que a quase totalidade dos magistrados interpretou o § 823, 1 do BGB de forma restritiva, seguindo entendimento no sentido de que tal norma protegia somente os direitos da personalidade que o ordenamento jurídico reconhecia como direitos subjetivos⁴⁸⁻⁴⁹.

Contudo, destoando da jurisprudência, pode-se mencionar um caso julgado pelo tribunal de primeira instância de Berlim, que, diante de um retrato utilizado para fins comerciais e sem consentimento da parte, considerou, já em 1902, ter ocorrido ofensa ao direito à própria imagem⁵⁰.

Nesse contexto, viu-se na norma do § 823 do BGB apenas uma disposição particular acerca da respon-

⁴⁰ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 14.

⁴¹ LÉVY, Vanessa, *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*, p. 132.

⁴² KRAENZ, Nadja. *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 89.

⁴³ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 694.

⁴⁴ Não obstante a ausência de previsão específica, alguns autores consideravam que o direito à imagem poderia ser protegido pelo BGB com fundamento no § 823, 1, como “um outro direito” (TRACHSLER, Walter, *Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme*, p. 29).

⁴⁵ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 13.

⁴⁶ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, p. 105.

⁴⁷ Alguns tribunais chegaram a atribuir uma proteção da personalidade com base no § 826 do BGB (“*sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*”), mas esse entendimento não passou de uma exceção. De fato, os juízes, de modo geral, hesitaram em reconhecer a prática de um ato contrário aos bons costumes nos casos de ofensa aos direitos da personalidade (LEGLER, Thomas, *La vie privée, image volée*, p. 91).

⁴⁸ HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 6.

⁴⁹ Bartnik assevera ainda que o fato da expressão “outros direitos” (*sonstige Rechte*), constante do § 823 do BGB, vir imediatamente após o direito de propriedade, levou também à interpretação no sentido de que tal termo estaria ligado somente ao direito de propriedade (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 17).

⁵⁰ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 16.

sabilidade aquiliana e não uma cláusula geral de proteção da personalidade.

Por conseguinte, após a entrada em vigor do BGB, perdeu-se a oportunidade de se reconhecer judicialmente um direito geral da personalidade a partir da expressão legal “um outro direito” (*ein sonstiges Recht*), que também poderia encampar a proteção da imagem⁵¹. Seja como for, o fracasso no que toca à efetiva proteção dos direitos da personalidade no BGB pode ser considerado como um fator que influenciou o legislador a elaborar posteriormente uma lei voltada para a proteção da imagem⁵².

6 A inovadora proteção da imagem pela legislação alemã

6.1 Considerações iniciais

Como o BGB em nada inovou na matéria em questão, os debates acerca da necessidade de proteção legal ao direito à imagem continuaram. Foram apresentados vários anteprojetos de lei, sendo que um deles resultou na Lei sobre os Direitos de Autor em Obras de Artes Plásticas e Fotografia (*Kunsturhebergesetz – KUG*)⁵³, que entrou em vigor em 9 de janeiro de 1907. Assim, iniciou-se na Alemanha, com a entrada em vigor da KUG, a segunda fase de desenvolvimento do direito à própria imagem⁵⁴.

A KUG foi construída fundamentalmente de acordo com o pensamento de Keyßner, que considerava não ser admitida a publicação de imagens de uma pessoa sem seu consentimento, o que está nítido na redação do seu § 22⁵⁵. Por outro lado, a doutrina de Kohler não foi esquecida, especialmente no que toca aos limites da proteção (§§ 23, 1 e 24)⁵⁶.

Outrossim, vale notar que, ante a falta de consenso quanto ao reconhecimento de um direito geral da personalidade, o legislador acabou colocando indevidamente a proteção da imagem no âmbito do direito de autor, uma vez que também viu nela uma limitação aos poderes do autor do retrato. Melhor teria sido, porém, sua localização no próprio Código Civil, como fez com o direito ao nome⁵⁷.

De qualquer forma, é certo que a KUG afastou boa parte das insuficiências da legislação anterior, considerando a proteção do direito à imagem como um direito particular da personalidade. Ademais, apesar do tratamento equivocado da matéria no âmbito autoral, é certo que tal qualificação foi rejeitada pelos autores da época, que consideraram o direito à imagem como um direito da personalidade com existência e duração independentes do direito de autor⁵⁸⁻⁵⁹.

Por fim, não há dúvida que a regulação legislativa foi benéfica e de fundamental importância para a consolidação e desenvolvimento do direito à imagem na Alemanha, tanto que permanecem ainda hoje em vigor as disposições da KUG atinentes à proteção do retrato (§§ 22-24, 33, 37, 38, 42-44, 48 e 50), não obstante a sua derrogação quase integral pela Lei de Direito de Autor (*Urhebergesetz - UrhG*), de 9 de setembro de 1965.

6.2 O consentimento como princípio geral da KUG (§ 22 da KUG)

A KUG trata do *ius imaginis* a partir do seu § 22, mas sua proteção está limitada apenas à reprodução reconhecível da imagem de pessoas. Os objetos não são tutelados, uma vez que a legislação faz distinção entre *Bildnis* e *Bild*, sendo a primeira expressão passível de proteção e relacionada à imagem de pessoas, enquanto que o segundo termo, não encampado pela lei, está associado à representação de objetos⁶⁰.

⁵¹ HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 6.

⁵² BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, pp. 17-18.

⁵³ THIEDE, Thomas, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 19.

⁵⁴ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 14.

⁵⁵ HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 298.

⁵⁶ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 18.

⁵⁷ KRAENZ, Nadja, *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*, p. 90.

⁵⁸ LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*, p. 58.

⁵⁹ Não obstante a distinção feita pelos estudiosos, deve-se observar que, considerando o fato do direito à imagem ter sido regulamentado por uma lei sobre direitos de autor (KUG), normalmente a doutrina alemã cuida da matéria em livros de direito de autor, sendo uma constante a existência nessas obras de tópicos tratando da KUG.

⁶⁰ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 14.

Feita essa observação inicial acerca do âmbito de proteção, é de se notar que a KUG consagra, já no seu § 22, o princípio da proibição do retrato sem consentimento. De fato, a lei exige, para que uma foto possa ser difundida ou exibida publicamente⁶¹, que a pessoa fotografada tenha previamente consentido, presumindo o consentimento, em caso de dúvida, quando há o pagamento de remuneração⁶².

O § 22 estabeleceu ainda um direito póstumo à própria imagem, em evidente reação ao ocorrido no caso Bismarck, o que, em larga medida, corresponde ao “reconhecimento da tutela de um direito da personalidade em relação a alguém falecido”, previsão bastante inovadora para a época⁶³. Com isso, na hipótese de falecimento do fotografado, é necessário o consentimento de seus familiares nos dez primeiros anos após a morte⁶⁴.

É curioso notar, entretanto, que a simples captação da imagem e a produção de um retrato,

sem que houvesse a sua difusão ou exibição pública, não necessitaria do consentimento do retratado⁶⁵. Nessa linha, poderia um fotógrafo, sem que houvesse desrespeito ao § 22 da KUG, simplesmente fotografar um transeunte em uma praça ou um pintor reproduzir tal imagem em uma tela⁶⁶.

Assim, a lei não levou em conta, nesse ponto, a exigência de Keyßner no sentido de que também fosse proibida a mera captação e produção da imagem, o que decorreu, para alguns autores, do fato de que a fotografia ainda não havia se desenvolvido suficientemente, de modo que as fotos instantâneas não eram possíveis e não se fazia necessária a proteção da produção de um retrato⁶⁷.

Outros autores, por seu turno, apontam que a não previsão da proteção da captação e da produção da imagem decorreria de exigências de ordem artística. De fato, argumentam que, se fosse proibida a simples produção e cópia de retratos, um pintor estaria proibido de fazer uma cópia da tela pintada para sua coleção particular, bem como teria igualmente a obrigação de destruir os esboços utilizados em seu trabalho, o que, em última instância, significaria a proibição da liberdade do artista de exercer sua arte⁶⁸.

Aliás, a temática não passou despercebida pelo parlamento alemão durante o processo legislativo, mas se chegou à conclusão de que a simples captação de imagens e a produção de fotos não apresentavam perigo significativo, ao contrário do que se passava com a utilização das imagens, que merecia proteção legal⁶⁹.

De qualquer modo, a questão relativa à simples captação e à produção de imagem alheia foi resolvida mais tarde, conforme veremos, com o aprimoramento da doutrina e da jurisprudência, de fundamental importância para o reconhecimento do direito geral da personalidade.

⁶¹ Difundir (“*verbreiten*”), conforme o § 17, 1 da Lei de Direito de Autor (UrhG), significa a entrega de um objeto corpóreo (suporte físico) que contenha a imagem, como é o caso de fotografias, jornais, revistas e livros. O verbo exibir (“*zurschaustellen*”), por seu turno, tem o sentido de fazer visível a terceiros, como ocorre em transmissões de televisão, em publicações na internet ou até mesmo na colocação em uma vitrine de uma loja, não sendo necessário que haja disposição sobre o suporte físico da imagem (THIEDE, Thomas, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 21).

⁶² § 22 da KUG – “*Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten*”. Tradução livre: “As imagens podem ser divulgadas ou exibidas publicamente somente com o consentimento da pessoa retratada. Na dúvida, o consentimento é tido como concedido se a pessoa retratada recebe para tanto uma remuneração. Após a morte da pessoa retratada há necessidade, até o decurso de 10 anos, do consentimento dos parentes da pessoa retratada. Parentes, no sentido desta lei, são o cônjuge ou parceiro sobrevivente e os filhos da pessoa retratada, e se nem cônjuge ou parceiro, nem os filhos estão presentes, os pais do retratado”.

⁶³ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

⁶⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 694.

⁶⁵ HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 297.

⁶⁶ REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 327.

⁶⁷ GERTZEN, Anke Marie. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*. Göttingen: Cuvillier, 2009, p. 7.

⁶⁸ KRAENZ, Nadja, *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*, p. 91.

⁶⁹ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201 a StGB)*, p. 30.

6.3 Limitações à regra do consentimento (§§ 23 e 24 da KUG)

Os limites da proteção à imagem estão relacionados com a própria natureza do bem tutelado e com uma meticulosa ponderação, que leva particularmente em consideração os interesses atinentes à arte, à cultura, à ciência, à liberdade de opinião e de informação, bem como à segurança pública⁷⁰.

Assim sendo, em atendimento às diretrizes supramencionadas e complementando os comandos do § 22, previu a KUG, nos §§ 23 e 24, uma relação de casos excepcionais em que pode ser admitida a divulgação e a exibição da imagem sem o consentimento da pessoa retratada⁷¹.

Nessa linha, como primeiro item das hipóteses enumeradas, a lei considera desnecessário o consentimento para divulgação e exibição da imagem de pessoas que fazem parte da história contemporânea (§ 22, 1, 1 da KUG), compreendendo-se como tal todas as pessoas cuja atividade seja considerada, ainda que transitoriamente, de interesse público⁷².

Entre as personalidades da história contemporânea (*Person der Zeitgeschichte*) normalmente são incluídos os políticos, governantes, monarcas e religiosos de grande importância, bem como os esportistas, atores, artistas, cientistas e inventores de excepcional destaque. O conceito está, contudo, longe de ser suficientemente esclarecido, valendo aqui mencionar, entre outros problemas, o fato de que em muitos acontecimentos da atualidade há pessoas desconhecidas que acabam sendo lançadas aos holofotes do público⁷³.

Diante disso, a doutrina e os tribunais alemães⁷⁴ passaram a fazer distinção entre aquelas pessoas que são apenas temporariamente alcançadas pelo interesse

público, especificamente em razão de determinados acontecimentos (*relative Personen der Zeitgeschichte*)⁷⁵, e aquelas que são, independentemente de um determinado acontecimento, em razão de seu *status* ou significado, diuturnamente alvo da mídia e objeto de atenção do público em geral (*absolute Personen der Zeitgeschichte*)⁷⁶.

Partindo dessa distinção, chegou-se à conclusão de que, quanto às primeiras, haveria uma limitação temporária e objetiva, relacionada justamente aos acontecimentos concretos dos quais teriam feito parte, sendo admissível, para atender ao interesse público, a utilização da imagem. Já em relação ao segundo grupo de pessoas, haveria uma maior liberdade na utilização da imagem, admitindo-se a sua publicação sem uma relação visível com um acontecimento da história contemporânea, o que não significa, entretanto, autorização para a prática de abusos⁷⁷⁻⁷⁸.

Outra exceção está relacionada às fotos em que a pessoa integra uma paisagem (§ 22, 1, 2 da KUG) ou participa de acontecimentos históricos, de reuniões e de assembleias, bem como nos casos em que a pessoa se coloca em público (§ 22, 1, 3 da KUG)⁷⁹. Ademais, há ainda permissão legal quando estão em jogo interesses relevantes atinentes à arte (§ 22, 1, 4 da KUG), à administração da justiça ou à segurança pública⁸⁰.

Em todos os casos, as exceções ainda levam em conta a existência de eventual interesse legítimo do fotografado (§ 23, 2 da KUG), o que consistiria em uma exceção da exceção. É dizer: a exceção quanto à necessidade de consentimento do fotografado não

⁷⁰ REHBINDER, Manfred, *Urheberrecht*, p. 327.

⁷¹ LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*, p. 60.

⁷² REHBINDER, Manfred, op. cit., p. 328.

⁷³ HEISIG, Carsten, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*. Hamburg: Dr. Kovac, 1999, p. 26.

⁷⁴ Vale aqui notar que, por influência dos autores alemães, a doutrina majoritária suíça também distingue entre as personalidades “absolutas” e “relativas” da história contemporânea (LEGLER, Thomas, *La vie privée, image volée*, p. 112).

⁷⁵ LUTZ, Peter. *Grundriss des Urheberrechts*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013, p. 282.

⁷⁶ OHRMANN, Christoph. *Der Schutz der Persönlichkeit in Online-Medien*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009, p. 59.

⁷⁷ HEISIG, Carsten, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, p. 26.

⁷⁸ Todavia, como será visto mais adiante, a ampla liberdade no que toca à publicação de imagens de personalidades da história contemporânea em sentido absoluto, mesmo quando se colocam em público, vai sofrer limitação em decorrência de decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 31).

⁷⁹ HEISIG, Carsten, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, p. 26.

⁸⁰ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 27..

tem validade se um interesse legítimo for lesionado⁸¹, como é o caso em que a imagem lesiona a honra, sentimentos religiosos ou tenha objetivos comerciais.

Desse modo, não obstante a existência das mencionadas exceções à regra do consentimento, nos casos em que um interesse legítimo do retratado for lesionado ou quando não existe o interesse público à informação, não há que se falar na utilização da imagem sem o consentimento. E não poderia ser diferente, pois, diante da ponderação de bens, seria um absurdo que uma pessoa tivesse que tolerar a utilização de sua imagem, em detrimento da própria intimidade, para satisfazer, por exemplo, o sensacionalismo criado por uma imprensa interessada em auferir lucros e saciar a curiosidade do público⁸².

6.4 As primeiras decisões após a entrada em vigor da KUG: casos Zeppelin, Tull Harder e Piscator

A primeira decisão do *Reichsgericht* após a entrada em vigor da KUG ocorreu em 1910 e envolveu a utilização do nome e da imagem do Conde Zeppelin por um fabricante de tabaco, que adotou referidos direitos da personalidade como marca comercial, sem ter previamente requerido⁸³.

O *Reichsgericht* julgou favoravelmente o pleito, condenando o fabricante de tabaco a extinguir a marca e a não utilizar novamente, para fins comerciais, o nome e a imagem do conde. Segundo o tribunal, não obstante o § 23 da KUG excepcionar a necessidade de consentimento para utilização da imagem de personalidades da história contemporânea, no caso teria ocorrido lesão a um legítimo interesse do retratado. Por isso, considerando que a conduta violou o disposto no § 22 da KUG, foi concedida proteção contra a utilização não consentida da imagem⁸⁴.

Vale ainda notar que a decisão partiu de uma fundamentação não patrimonial, voltada para o fato de que o conde teria se sentido moralmente ofendido

com a conduta do réu⁸⁵. Nada foi mencionado no julgado quanto ao fato do conde ter autorizado outro fabricante de cigarros a utilizar seu nome e sua efígie como marca de seus produtos, circunstância que teria ensejado a demanda e que denotaria, em realidade, a necessidade de proteção de interesses comerciais⁸⁶.

A um resultando completamente diverso chegou o mesmo tribunal em uma decisão de 1929, que ilustra muito bem a utilização cada vez maior de conhecidas personalidades em campanhas comerciais, particularmente em função do desenvolvimento da tecnologia e das mídias de massa. Também fica evidente o envolvimento de valores econômicos cada vez mais expressivos nessas atividades⁸⁷.

No caso, um famoso jogador de futebol chamado Tull Harder processou uma fabricante de cigarros que utilizou sua imagem, com finalidade comercial. De fato, a empresa lançou uma coleção de figurinhas de jogadores de futebol, tendo estampado o retrato do jogador, sem seu consentimento, em caixas de cigarros.

O tribunal, entretanto, refutou o pedido, argumentando que o autor era uma personalidade da história contemporânea e por isso deveria tolerar, sem necessidade de consentimento, a utilização de sua imagem. A corte ainda deixou claro que a utilização da imagem do jogador em propaganda comercial não causou nenhuma afronta a seus legítimos interesses⁸⁸.

Pois bem, comparando-se os dois casos citados, parece que para situações idênticas o *Reichsgericht* chegou a resultados completamente diversos. Todavia, sob uma ótica bastante minuciosa, nota-se que o tribunal viu no caso Zeppelin a utilização da imagem do conde imediatamente ligada à mercadoria e à empresa, enquanto que na demanda de Tull Harder

⁸¹ MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*. Hamburg: Dr. Kovac, 2007, p. 193.

⁸² HEISIG, Carsten, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, p. 26.

⁸³ GÖTTING, Horst-Peter. Perspektiven der Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; LAUBER-RÖNSBERG, Anne (Hrsg.). *Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 13.

⁸⁴ MARTIN, Klaus, op. cit., pp. 192-193.

⁸⁵ A mesma fundamentação ligada à moral pôde ser vista nessa época em decisões semelhantes de outros países. Na França, por exemplo, um tribunal atendeu ao pedido de uma atriz que teve sua imagem, sem consentimento, utilizada em uma propaganda de biscoitos, o que representaria uma ofensa a sua reputação, pois isso indicaria que ela teria vendido sua beleza para fins comerciais (GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 46).

⁸⁶ MARTIN, Klaus, op. cit., pp. 192-193.

⁸⁷ GÖTTING, Horst-Peter. Geschichte des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Hrsg.). *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. München: C.H. Beck, 2008, p. 38.

⁸⁸ GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 47.

faltaria essa ligação estreita, visto que a imagem seria apenas um anexo da mercadoria⁸⁹.

Não obstante a lógica apontada, o fato é que a decisão do caso Tull Harder considerava que pessoas famosas, caracterizadas como integrantes da história contemporânea, deveriam tolerar a utilização de sua imagem para fins de propaganda, como se isso não ferisse seus legítimos interesses⁹⁰.

Por fim, vale mencionar o caso Piscator, decidido no ano de 1927 pelo Tribunal de Apelação de Berlim (*Kammergericht*). Na demanda, foi levada à corte a problemática da lesão ao direito à imagem por parte de um ator, que teria imitado em uma peça teatral o ex-imperador Guilherme II. O tribunal, seguindo a jurisprudência recorrente, negou a existência de lesão a um direito geral da personalidade, mas admitiu a violação do direito à própria imagem. É de se observar, ainda, que a qualificação de Guilherme II como personalidade da história contemporânea não foi esquecida, no entanto, viu-se na situação uma lesão a legítimos interesses do ex-imperador, que teria sido representado no palco de maneira inequivocamente tendenciosa⁹¹⁻⁹².

7 A Lei Fundamental e a eficácia imediata dos direitos fundamentais

A entrada em vigor da KUG foi muito importante para a proteção do direito à imagem, no entanto, como foi visto, as decisões dos tribunais e do Reichsgericht se limitaram à letra da lei. A jurisprudência não chegou

a reconhecer um direito geral da personalidade⁹³, que poderia complementar a proteção da imagem outorgada pela KUG. Ao contrário, os acórdãos da primeira metade do século XX recusavam, de forma enérgica, o reconhecimento desse direito⁹⁴.

Entendia-se que a proteção da personalidade estava suficientemente resguardada pelos direitos da personalidade já consagrados expressamente pela lei, bem como pelo § 826 do BGB, que reprimia os atentados intencionais e contrários aos bons costumes. No entanto, para contornar a problemática do não reconhecimento do direito geral da personalidade, os tribunais se viam obrigados a alargar o domínio de proteção do direito ao nome e à imagem⁹⁵.

O período da ditadura nazista, por seu turno, em nada contribuiu para o desenvolvimento da personalidade individual, especialmente por ter venerado o fortalecimento da consciência em torno da coletividade. Isso foi agravado pelas novas formas de publicidade e propaganda daquele regime, que produziram sérios ataques à esfera da personalidade, particularmente por meio de um sistema de notícias e informações bastante desenvolvido, nunca imaginado anteriormente pelos legisladores⁹⁶.

A situação somente sofreu alteração com o fim da Segunda Guerra Mundial e a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn, em 23 de maio de 1949. De fato, como reação aos abusos cometidos contra os direitos individuais durante o período do nazismo⁹⁷, a nova Constituição deu especial destaque à dignidade da pessoa humana (art. 1, 1) e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2, 2), que passaram a constituir valores centrais da nova ordem jurídica, o que resta claro pelo fato do legislador

⁸⁹ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 194.

⁹⁰ É interessante observar que quase quarenta anos após o julgamento do caso Tull Harder, o BGH enfrentou problema muito semelhante relacionado com uma coleção de figurinhas de jogadores de futebol. Diferentemente do decidido pelo *Reichsgericht*, a decisão do BGH, de 20 de fevereiro de 1968, não mais analisou se a utilização da imagem afetou moralmente o seu titular, mas tão somente se houve lesão aos seus interesses econômicos (GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 48).

⁹¹ MARTIN, Klaus, op. cit., p. 195.

⁹² Rigaux observa que um dos argumentos invocados pela defesa foi o de que o ex-imperador nunca se opôs a inúmeras publicações que lhe tinham sido bastante desfavoráveis. Todavia, a tal objeção foi respondido que o efeito produzido pela representação no palco do teatro era muito mais considerável do que aquele de uma crítica publicada na imprensa ou em um livro (RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 275).

⁹³ Destoando da jurisprudência da época, é bastante citada uma decisão do Tribunal (OLG) de Kiel, do ano de 1929, que reconheceu o direito geral da personalidade (MARTIN, Klaus, op. cit., p. 207).

⁹⁴ HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 41.

⁹⁵ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. 1, p. 136.

⁹⁶ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 32.

⁹⁷ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 696.

constituinte ter colocado tais disposições logo nos primeiros artigos da Lei Fundamental⁹⁸.

Em face dessas disposições, a doutrina que se opunha ao reconhecimento de um direito geral da personalidade, ao argumento de que não existiria base legal para tanto, restou enfraquecida. Iniciou-se então, no período de 1950 a 1960, um intenso debate acerca dos efeitos dos direitos fundamentais em relação a terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*)⁹⁹.

Parte da doutrina passou a defender, sobretudo Nipperdey, a aplicação imediata ao Direito Civil dos comandos constitucionais atinentes à proteção da dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade (*Theorie der unmittelbaren Drittwirkung*)¹⁰⁰.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias, entretanto, consideravam que os direitos fundamentais eram voltados para a proteção do cidadão contra o Estado, de modo que teriam apenas um efeito indireto em face de outros particulares. Não haveria, então, uma aplicação imediata desses direitos nas relações entre particulares, uma vez que a Constituição não poderia reconhecer a existência de um direito geral da personalidade no Direito Privado, mas somente poderia determinar que essa proteção fosse assegurada pelo Direito Privado¹⁰¹.

Diante desses questionamentos e partindo do reconhecimento constitucional da primazia do valor da personalidade, propôs-se uma nova interpretação extensiva da expressão “outros direitos” (*sonstiges Recht*), prevista no § 823 do BGB, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do direito geral da

personalidade, classificado como um direito subjetivo absoluto¹⁰².

8 O reconhecimento do direito geral da personalidade

Não demorou muito até que o BGH (*Bundesgerichtshof*)¹⁰³ proferisse a primeira decisão seguindo as ideias propostas pela doutrina, vindo a reconhecer o direito geral da personalidade. Isso ocorreu no célebre caso *Leserbrief*, que envolveu a publicação de um artigo em um jornal sobre Hjalmar Schacht, no qual o ex-ministro da economia do Terceiro Reich teve seu passado lembrado, assim como suas atividades no pós-guerra foram objeto de críticas¹⁰⁴.

O advogado de Schacht, no exercício de sua função, enviou então uma carta ao jornal exigindo a publicação de correções no artigo. A correspondência foi, no entanto, publicada em uma versão resumida na sessão das “cartas do leitor” (*Leserbriefe*). Diante disso, o advogado exigiu do jornal uma publicação informando que não se tratava de “carta do leitor”, mas sim de uma carta do advogado de Schacht, escrita em função da atuação como defensor¹⁰⁵.

O litígio judicial envolvendo a publicação indevida da carta chegou ao BGH, que, partindo da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, reconheceu a existência de um direito geral da personalidade garantido tanto pela Constituição, entre os direitos fundamentais, como pelo Direito Civil¹⁰⁶.

Nessa linha, considerou o tribunal que o texto objeto da disputa deveria ser entendido como manifestação do pensamento de seu autor e irradiação de sua personalidade, cabendo apenas a ele o direito

⁹⁸ BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 72.

⁹⁹ Na década mencionada, no ano de 1953, foi publicada a obra do professor Heinrich Hubmann, intitulada “*Das Persönlichkeitsrecht*”, que foi rapidamente difundida e é ainda hoje considerada como referência no que toca à defesa do direito geral da personalidade. Posteriormente, em 1967, foi publicada uma segunda edição dessa obra, que foi bastante ampliada (HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*).

¹⁰⁰ THIEDE, Thomas, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, pp. 5-6.

¹⁰¹ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*, t. I, pp. 137-139.

¹⁰² MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 227.

¹⁰³ O *Bundesgerichtshof* (BGH) corresponde ao nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ).

¹⁰⁴ SCHWEERS, Stefan Christian. *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*. Tese de doutorado. Universidade de Köln, Köln, 2006, p. 16.

¹⁰⁵ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*. 13. ed. München: Beck, 1994, v. II/2, p. 492.

¹⁰⁶ GÖTTING, Horst-Peter. *Geschichte des Persönlichkeitsrechts*. In: GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Hrsg.). *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. München: C. H. Beck, 2008, p. 210.

de decidir quando e em que forma o texto poderia ser publicado. E acrescentou ainda que a publicação de uma versão alterada do texto provocou lesão aos direitos da personalidade do autor, bem como ofensa ao direito geral da personalidade (§ 823, 1 do BGB) ¹⁰⁷.

Por conseguinte, o BGH, em 25 de maio de 1954, atendeu ao pedido com fundamento nos §§ 823, 1 e 1004 do BGB, este último por analogia, bem como em observância aos artigos 1 e 2 da Lei Fundamental¹⁰⁸, reconhecendo a existência de um direito geral da personalidade, o que certamente garantiu novos avanços no âmbito da proteção da imagem, proporcionando uma ampliação da extensão da tutela desse direito¹⁰⁹.

9 A consolidação do entendimento firmado no caso *Leserbrief*

Nos anos que se seguiram foram proferidas outras decisões que confirmaram o posicionamento do BGH quanto à existência de um direito geral da personalidade, reafirmando também a importância da corte para o desenvolvimento da matéria, como sucedeu nos casos *Cosima-Wagner* (1954), *Herrenreiter* (1958) e *Soraya* (1965)¹¹⁰.

A compatibilidade do direito geral da personalidade com a Lei Fundamental alemã foi posteriormente confirmada pela Corte Constitucional, que assimilou a construção do BGH no julgamento dos

casos *Soraya*¹¹¹ e *Lebach*¹¹², garantindo a validade desse direito não somente no âmbito civil, mas também como um direito fundamental independente. E nesse ponto deve ficar claro que apesar do reconhecimento pela Corte Constitucional, isso não significa que o direito geral da personalidade seja idêntico para o Direito Civil e para o Direito Constitucional¹¹³.

De qualquer modo, a despeito da diferenciação teórica, é certo que, em face da eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹¹⁴ e da interpretação conforme a constituição, existe atualmente uma aproximação muito grande entre eles, restando pouco espaço na prática para eventuais distinções.

¹⁰⁷SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, pp. 16-17.

¹⁰⁸ SCHWEERS, Stefan Christian, loc. cit.

¹⁰⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, pp. 696-697.

¹¹⁰ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 228.

¹¹¹ Em 1958 o xá da Pérsia se separou da princesa Soraya, pois esta não estava conseguindo lhe dar um herdeiro. Posteriormente, em abril de 1961, houve a publicação em um jornal de uma entrevista exclusiva que tratava da vida privada da princesa Soraya. Ocorre que a entrevista tinha sido inventada, o que levou ao ajuizamento de ação, na qual o BGH determinou o pagamento de quantia em dinheiro (15 mil marcos) para compensar os danos. A Corte Constitucional manteve a decisão do BGH, visto que não aceitou a reclamação constitucional (LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, v. II/2, p. 496).

¹¹² O caso *Lebach* também merece um breve comentário, especialmente por envolver a representação de cenas da vida de uma pessoa. A discussão remonta à invasão de um depósito de munição do Exército alemão, no qual três jovens mataram quatro soldados do corpo de guarda que estavam dormindo. Dois deles foram condenados à prisão perpétua, enquanto o outro foi condenado a seis anos de pena privativa de liberdade. Quando este último já havia cumprido 2/3 da pena, o canal de televisão ZDF anunciou que iria apresentar um documentário sobre o caso, intitulando-o "*Der Soldatenmord von Lebach*". Foi apresentada então uma reclamação à Corte Constitucional, que acolheu o pedido ao fundamento de que a exibição do documentário causaria lesão aos direitos da personalidade, particularmente aos direitos ao nome e à imagem. No que toca especificamente ao direito à imagem, o aresto destacou que ele estaria compreendido no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana, de modo que toda pessoa teria o direito de determinar se e em que medida terceiros poderiam representar em público cenas da sua vida (WÜLLRICH, Philipp. *Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet*. Gottmadingen: JWV, 2006, p. 81). A Corte Constitucional ainda deixou claro que não se tratava de um documentário atual acerca de um fato criminoso, ponderando que no caso concreto o direito à ressocialização do criminoso mereceria precedência (FECHNER, Frank, *Medienrecht*, p. 92).

¹¹³ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 21.

¹¹⁴ A noção de eficácia horizontal envolve questionamentos acerca da possibilidade e da extensão dos efeitos legais dos direitos humanos sobre as relações privadas travadas entre os cidadãos (BRÜGGEMEIER, Gert. *Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective*. In: BARKHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (coord.). *Constitutionalisation of Private Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 59).

Por fim, após as decisões proferidas pelo BGH, a existência do direito geral da personalidade também foi objeto de debate legislativo, mas não houve sucesso na tentativa de aprovação de uma legislação voltada particularmente para a regulação da matéria, que é até hoje tratada apenas de forma parcial pelo BGB¹¹⁵.

10 A defesa da imagem e o direito geral da personalidade

Em relação especificamente à defesa da imagem, é de se observar que a Lei Fundamental alemã não reconheceu expressamente esse direito, o que tem feito com que os tribunais e a doutrina procurem seu fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana e no direito geral da personalidade.

Nesse contexto, vale destacar que o BGH, já em 10 de maio de 1957, reconheceu a possibilidade de proteção da imagem pelo direito geral da personalidade, o que se deu no caso conhecido como *Spätheimkehrer*¹¹⁶. Admitiu-se, então, que a existência de lesão pode ocorrer não somente nas hipóteses de divulgação, mas também pela simples captação e produção da imagem¹¹⁷.

Desse modo, atualmente a proteção ao direito à imagem é feita não somente pela KUG, considerada uma *leges specialis*, mas também pelo direito geral da personalidade, valendo este último para os casos não abrangidos pela tutela legal da KUG¹¹⁸. Assim, é justamente por permitir a proteção de determinadas áreas específicas da personalidade, não reguladas expressamente pela legislação, que o direito geral da personalidade é considerado um “direito-mãe”

(*Mutterrecht*) ou um “direito-fonte” (*Quellrecht*), isto é: dele derivam muitos outros direitos individuais. Ademais, graças à sua extensão e indeterminação, fala-se ainda em um “direito-moldura” (*Rahmenrecht*)¹¹⁹.

Por conseguinte, é certo que a jurisprudência alemã tende a interpretar a KUG literalmente, no entanto, reconhece, ao mesmo tempo, que a complementação da proteção da imagem pelo direito geral da personalidade se faz extremamente necessária para a adequação da tutela à dinâmica da atual sociedade da informação¹²⁰, que cada vez mais aumenta as possibilidades técnicas de ataques à esfera da personalidade, tornando claramente insuficiente a proteção existente nas normas de Direito Civil.

11 Aproveitamento econômico do direito à imagem

Não demorou muito para que fosse notada a importância econômica dos direitos da personalidade. A questão entrou em discussão já no ano de 1956, quando um fabricante de motonetas realizou publicidade de seus produtos com a imagem do ator Paul Dahlke, bastante conhecido do público¹²¹. Como não houve consentimento para a utilização da imagem, foi ajuizada ação objetivando a reparação dos danos.

Ao julgar o caso, entendeu o BGH que, não obstante ter sido utilizada a imagem de uma pessoa que pode ser considerada uma personalidade da história contemporânea, não seria aplicável o § 23, 1, 1 da KUG, pois as imagens foram utilizadas para fins exclusivamente comerciais. Assim sendo, fixou o tribunal o entendimento no sentido de que a referida norma da KUG somente se aplicaria quando, ao lado de interesses comerciais, a situação também atendesse a necessidades de informação do público¹²².

¹¹⁵ Em 1959 o governo alemão levou ao parlamento um projeto de lei com o objetivo de dar nova regulamentação aos direitos da personalidade (“*Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes*”). Pretendia-se, com a nova legislação, a substituição do § 12 do BGB por uma norma geral de proteção da personalidade, a alteração da redação do § 847, bem como a inclusão do direito à própria imagem no § 17. Entretanto, o projeto não foi aprovado, o que se deu principalmente em função da pesada crítica da imprensa, que via nele uma ameaça ao exercício de suas atividades (KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, pp. 36-37).

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹¹⁷ NEUMANN-KLANG, Sybille, *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 19.

¹¹⁸ KRAENZ, Nadja, *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*, p. 90.

¹¹⁹ SIMON, Gesa. *Persönlichkeitsschutz gegen herabsetzende Karikaturen in Deutschland und Frankreich*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, pp. 28-30.

¹²⁰ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 26.

¹²¹ ALEXY, Lennert. *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Medien*. Hamburg: Dr. Kovac, 2009, p. 138.

¹²² SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, p. 17.

O tribunal realizou, desse modo, uma correção no curso da sua jurisprudência, declarando-se favorável à valoração econômica dos direitos da personalidade. Reconheceu a possibilidade de aproveitamento comercial do direito à imagem, considerando-o um “direito de exclusividade com valor patrimonial” (*vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht*)¹²³.

Outrossim, na hipótese de utilização não autorizada do direito à imagem para fins comerciais, a corte previu a possibilidade de aplicação da figura da licença fictícia para o cálculo dos prejuízos sofridos. Tal instituto, desenvolvido no âmbito dos direitos sobre bens imateriais, garante ao ofendido o recebimento de uma quantia correspondente àquela que receberia se tivesse firmado normalmente um contrato de licença¹²⁴.

A aplicação da figura da licença parte da ideia de que aquele que comete um ataque a direitos da personalidade não pode ficar em melhor situação do que aquele que obteve autorização para a utilização de referidos direitos¹²⁵.

Por conseguinte, a importância da referida decisão é evidente, tendo fixado muitos aspectos da futura valoração econômica dos direitos da personalidade.

12 A pretensão à compensação por danos imateriais

Historicamente o legislador não previu no BGB nenhuma pretensão geral à compensação por lesão a interesses imateriais. Limitou-se a prever no § 253, de forma excepcional, somente em alguns casos, a possibilidade de pretensão decorrente de dano não patrimonial¹²⁶. Isso se explica pelo fato de que os danos

imateriais (ou danos morais, como denominamos no Brasil) não podem ser verificados de forma objetiva e nem podem ser facilmente valorados, como se dá nas hipóteses de danos materiais¹²⁷.

O mesmo caminho foi seguido pelo *Reichsgericht*, que não viu em seus julgados a necessidade de reconhecer o direito à indenização por perdas imateriais¹²⁸.

No caso Paul Dahlke, anteriormente analisado, o BGH também não se desviou do entendimento firmado pelo *Reichsgericht*, fixando que, na hipótese de lesão a direitos da personalidade, somente seria possível o pagamento de indenização quando ocorresse um dano patrimonial¹²⁹.

Contudo, em 14 de fevereiro de 1958 o BGH modificou seu posicionamento, alinhando-se aos ensinamentos de parte da doutrina. Na ocasião foi analisado o caso que ficou conhecido como *Herrenreiter*, no qual o proprietário de uma fábrica de cervejas ingressou com ação exigindo o pagamento de indenização pela utilização não autorizada de sua foto em uma propaganda de produto farmacêutico¹³⁰.

Diferentemente do caso Paul Dahlke, o processo em questão não cuidou da utilização de fotos de uma celebridade, sem seu consentimento, com objetivo de propaganda. Assim sendo, a demanda trouxe novos ingredientes, pois o ofendido não se tratava de pessoa conhecida do público. Além disso, conforme entendimento do autor, a sua imagem tinha sido utilizada de forma ofensiva à sua honra, já que associada à propaganda de um produto revigorante sexual¹³¹.

No tribunal de apelação o litígio foi resolvido com a concessão de indenização em virtude da conduta não autorizada e o cálculo do valor da indenização

¹²³ GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 49.

¹²⁴ GÖTTING, Horst-Peter. *Perspektiven der Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts*. In: GÖTTING, Horst-Peter; LAUBER-RÖNSBERG, Anne (Hrsg.). *Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 17-18.

¹²⁵ SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, p. 17.

¹²⁶ A redação original do § 253 do BGB era a seguinte: “*Immaterieller Schaden. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden*”. Tradução livre: “Danos imateriais. Em função de um dano que não seja patrimonial, somente pode ser

exigida indenização em dinheiro nos casos determinados pela lei”.

¹²⁷ WITZLEB, Normann. *Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 44.

¹²⁸ THIEDE, Thomas, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 35.

¹²⁹ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 35.

¹³⁰ MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, pp. 241-242.

¹³¹ SCHWEERS, Stefan Christian, op. cit., pp. 16-17.

levou em conta a analogia ao contrato de licença (*Lizenzanalogie*). A solução dada em segunda instância foi, entretanto, criticada pelo BGH, que, ao analisar o recurso especial (*Revision*), asseverou que não seria possível a analogia à licença, uma vez que o autor jamais teria consentido na utilização da imagem em questão¹³².

Acrescentou ainda o tribunal que o atentado à honra não autorizava, como foi feito, a aplicação da permissão fictícia, que presumia a existência de um contrato e sua respectiva remuneração pelo uso da imagem, ficando, por conseguinte, totalmente sem sentido a interpretação no sentido de ter ocorrido uma lesão patrimonial¹³³. É que não se poderia presumir determinada conduta de uma pessoa, como seria o caso da contratação autorizando a utilização de sua imagem, se exatamente em função disso ela veio a juízo se defender¹³⁴.

A partir dessas ponderações, concluiu o BGH que a pretensão em causa envolvia danos imateriais (*immaterieller Schaden*), sendo necessário, para a efetiva proteção da garantia constitucional do direito geral da personalidade, que fosse reconhecido ao requerente o direito a uma justa compensação pelos prejuízos sofridos¹³⁵.

Para tanto, entendeu o tribunal que o § 847 poderia ser estendido às violações ao direito geral de personalidade, pelo que partiu de uma analogia que considerava a violação da liberdade interior (*inneren Freiheit*)¹³⁶, isto é: como no BGB seria possível

a indenização por danos imateriais por privação de liberdade corporal, essa mesma privação poderia analogicamente ser considerada quanto aos bens incorpóreos¹³⁷.

Outrossim, no julgado foram estabelecidas condições bem rigorosas para o reconhecimento da pretensão por danos imateriais, devendo o ofendido provar que se tratava de uma grave lesão, o que se orientaria pela extensão dos danos causados a direitos da personalidade, bem como que o prejuízo sofrido não poderia ser de outro modo compensado¹³⁸.

Em relação à apuração da compensação, foi estabelecido que se levaria em conta a função satisfativa, bem como circunstâncias especiais do caso¹³⁹. Ademais, apesar de não ter tratado expressamente da prevenção do dano, já se poderia ver na decisão uma certa inclinação em favor da função preventiva¹⁴⁰.

O posicionamento do BGH foi confirmado na decisão de 18 de março de 1959, no caso Caterina Valente, que ainda esclareceu que o dano imaterial poderia vir acompanhado de danos patrimoniais¹⁴¹. O mesmo posicionamento pôde ser constatado no julgado de 19 de setembro de 1961, conhecido como Ginsengwurzel, que foi além, pois não mais recorreu ao expediente da analogia ao § 847 do BGB e também considerou que a escolha valorativa constitucional (art. 1, 2 da Lei Fundamental) era um imperativo, em si mesmo, para a concessão de indenização em dinheiro pela lesão a direitos da personalidade¹⁴².

¹³² SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, pp. 19-20.

¹³³ BOHN, Frank, *Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht*. Berlin: BWV, 2005, p. 104.

¹³⁴ SCHWEERS, Stefan Christian, loc. cit.

¹³⁵ LEGLER, Thomas, *La vie privée, image volée*, pp. 91-92.

¹³⁶ § 847, inciso 1 do BGB: "(1) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen". Tradução livre: "No caso de lesão ao corpo ou à saúde, assim como no caso de privação da liberdade, pode o lesionado também exigir, por causa do dano não patrimonial, uma justa indenização em dinheiro". É de se observar ainda que o artigo em questão não está mais em vigor desde 19 de julho de 2002, pois foi revogado pela "Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften", que também deu nova redação ao § 253, 2, o qual passou a regular os danos imateriais (KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 40).

¹³⁷ BOHN, Frank, loc. cit.

¹³⁸ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, v. II/2, p. 495.

¹³⁹ SIMON, Gesa, *Persönlichkeitsschutz gegen herabsetzende Karikaturen in Deutschland und Frankreich*, pp. 129-130.

¹⁴⁰ BOHN, Frank, op. cit., p. 105.

¹⁴¹ O caso Caterina Valente ainda tornou evidente que a simples utilização do nome de uma pessoa, com finalidade comercial, mesmo que não venha acompanhada da apresentação de sua imagem, já é suficiente para provocar danos imateriais. Na hipótese, em uma propaganda comercial de prótese dentária, é descrita a aflição de uma cantora no momento em que sua dentadura se solta durante a apresentação, sendo que no texto do comercial consta: "Mesmo se eu não sou tão célebre como Caterina Valente..." (RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 282).

¹⁴² KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 38.

E não demorou muito para que a tutela dos danos imateriais, já reconhecida nos casos de ofensa ao direito geral da personalidade, fosse expressamente transplantada para os direitos especiais da personalidade, o que ocorreu, pela primeira vez, em uma decisão proferida em 5 de janeiro de 1962, atinente à publicação da imagem¹⁴³.

Desse modo, fica evidente que a decisão do caso *Herrenreiter* iniciou uma nova fase da tutela da imagem na Alemanha, visto que além de reafirmar a proteção do direito geral da personalidade, também reconheceu, pela primeira vez, o direito ao pagamento de compensação pecuniária por danos imateriais¹⁴⁴.

13 Os danos imateriais na Corte Constitucional

O passo seguinte na evolução em exame é dado pela Corte Constitucional alemã, que seguiu, no ano de 1973, a decisão do BGH sobre a indenização por danos imateriais.

Na ocasião, foi deixado claro que existe um direito geral da personalidade tanto no âmbito do Direito Civil como no do Direito Constitucional, mas que não há identidade entre eles, uma vez que aquele somente representa uma forma da garantia constitucional. Ademais, acrescentou que outra diferença consiste no fato de que o direito geral da personalidade constitucional cede espaço diante de um direito fundamental especial, enquanto que na seara civil há uma associação entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais¹⁴⁵.

O tribunal ainda destacou, seguindo entendimento do BGH, que a comprovação da lesão aos direitos da personalidade é sempre uma questão do caso concreto, dependendo da realização de uma ponderação entre os bens jurídicos que se opõem¹⁴⁶.

Assim sendo, há o reconhecimento pela Corte Constitucional do direito à indenização por danos imateriais em conformidade com as condições exigidas pelo BGH, ou seja, a existência de uma grave lesão a direitos da personalidade e a ocorrência de culpa grave.

Em relação à quantificação da reparação do dano, fixou o tribunal a observância de limites justos¹⁴⁷.

Posteriormente, no ano de 1983, com o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional do direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), a proteção constitucional da personalidade foi ampliada, estabelecendo-se condições para o armazenamento, utilização e repasse de dados pessoais¹⁴⁸.

14 A função preventiva na reparação dos danos imateriais

Inicialmente, o BGH defendeu o entendimento no sentido de que a ideia de satisfação não permitiria o pagamento de quantia exagerada em dinheiro. Via-se na reparação do dano imaterial apenas e tão somente uma pretensão à compensação, cujo valor não poderia ir além dessa função compensatória¹⁴⁹.

Todavia, tal posicionamento foi mudado pelo tribunal na decisão de 15 de novembro de 1994, no caso “Caroline de Mônaco I”, quando se viu, pela primeira vez, uma função preventiva na indenização, a qual também teria igual relevância. Passou-se assim, nos casos de danos imateriais, a reconhecer, ao lado da função compensatória, também a existência da função preventiva de futuras lesões aos direitos da personalidade¹⁵⁰.

Outrossim, o julgado destacou que a quantificação do dano sofrido deve levar em conta um verdadeiro efeito inibitório (*Hemmungseffekt*), que ganha ainda maior relevância se a lesão aos direitos da personalidade foi motivada pelo puro desejo de obter lucro¹⁵¹. E partindo dessa conclusão, entendeu o BGH que o tribunal de segunda instância (OLG de Hamburgo) não levou em conta, na quantificação do dano, o fator relacionado com a intenção lucrativa da revista que realizou as publicações lesivas à princesa de Mônaco. Por conseguinte, a indenização que tinha sido fixada em trinta mil marcos foi elevada para cento

¹⁴³ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 38.

¹⁴⁴ THIEDE, Thomas, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 37.

¹⁴⁵ KÄCHELE, Andreas, op. cit., p. 41.

¹⁴⁶ KÄCHELE, Andreas, op. cit., p. 41.

¹⁴⁷ KÄCHELE, Andreas, op. cit., pp. 41-42.

¹⁴⁸ KÄCHELE, Andreas, op. cit., p. 42.

¹⁴⁹ BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 262.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, p. 263.

¹⁵¹ KÄCHELE, Andreas, op. cit., p. 44.

e oitenta mil marcos, para que nova lesão, também relacionada com direitos da personalidade, não voltasse a ocorrer¹⁵².

Seguiu-se a decisão de 5 de dezembro de 1995 (Caroline de Mônaco II), que colocou em destaque o fato de que o objetivo de prevenção não é alcançado tão somente com a redução do lucro daquele que provoca danos em outrem, fazendo-se também necessário que o montante da indenização constitua realmente uma contrapartida para aqueles que lesionam direitos da personalidade com o objetivo de lucrar¹⁵³.

Isso não significou, entretanto, a acolhida pelo tribunal do entendimento que defendia uma completa supressão dos ganhos e o pagamento de indenização em montante exasperado para que fosse atendido um verdadeiro efeito inibitório. O posicionamento não restou, contudo, isento a críticas, visto que os valores da condenação da editora que publicou as fotos dos casos Caroline de Mônaco não foram em montante suficiente para a criação de um efeito inibitório em relação a novas ofensas, ainda mais se for considerada a possibilidade de cálculo prévio dos prejuízos eventualmente decorrentes da condenação judicial¹⁵⁴.

De qualquer forma, nos anos que se seguiram foi visto o pagamento de indenizações claramente mais altas que nos anos anteriores, posicionamento cujo sentido e objetivo foram também expressamente aprovados pelo Tribunal Constitucional alemão¹⁵⁵. Com isso, a tutela civil se transformou em uma arma de bastante importância contra a lesão à imagem.

15 O fortalecimento da proteção da imagem pelo TEDH

Em 15 de dezembro de 1999 a Corte Constitucional alemã pronunciou, em um dos casos envolvendo a princesa Caroline de Mônaco, a decisão que orientou, em um primeiro momento, a relação

entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. Segundo a corte, seria permitida, em relação a uma personalidade da história contemporânea em sentido absoluto, a publicação pela imprensa de imagens de sua vida cotidiana, ainda que se tratasse de um momento em que estivesse fora da função pública¹⁵⁶.

Todavia, pouco mais de quatro anos depois do pronunciamento da Corte Constitucional alemã, em 24 de junho de 2004, em função da decisão do caso mencionado e das que seguiram seu raciocínio, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) condenou a Alemanha por violação do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁵⁷. Para tanto, considerou que o país, em função de suas obrigações positivas, teria permitido violações praticadas pelos jornalistas contra a vida privada e familiar da referida princesa.

O julgamento do TEDH provocou intensa alteração no quadro de proteção da imagem até o momento organizado na Alemanha. Por unanimidade, o tribunal considerou que toda pessoa, seja ela uma celebridade ou não, tem legítima expectativa de tutela e respeito de sua vida privada. Nessa linha, a decisão afastou não somente a classificação alemã atinente às personalidades da história contemporânea em sentido absoluto, como também excluiu o critério do isolamento espacial¹⁵⁸.

Ficou então evidente a diferença de entendimento no que toca à proteção entre o Direito alemão e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). De fato, o primeiro colocava em evidência a questão espacial para a proteção da esfera privada, enquanto que para a CEDH a vida privada em si mesma é o objeto de proteção, ficando em segundo plano o aspecto espacial¹⁵⁹.

Por conseguinte, concluindo a evolução do Direito alemão e promovendo uma grande modificação nos posicionamentos até então vigentes, o tribunal

¹⁵² SCHWEERS, Stefan Christian, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*, p. 25.

¹⁵³ KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*, p. 44.

¹⁵⁴ GERTZEN, Anke Marie, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*, p. 33.

¹⁵⁵ KÄCHELE, Andreas, loc. cit.

¹⁵⁶ LUTZ, Peter, *Grundriss des Urheberrechts*, p. 283.

¹⁵⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, ano 62, n. 1-2, pp. 20-26, jan. 2009, p. 20.

¹⁵⁸ KRAENZ, Nadja, *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*, p. 103.

¹⁵⁹ KLÜBER, Rüdiger. *Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 61.

européu ampliou a proteção da vida privada das pessoas célebres também para ambientes públicos, nos quais igualmente podem ser revelados, segundo o julgado, aspectos relevantes da vida privada. Assim, o critério adotado pelos tribunais alemães passou então a ser o da legítima expectativa de tutela da imagem e da privacidade, o qual deve orientar também a jurisprudência dos países que fazem parte da jurisdição do TEDH, bem como influenciar os julgados de países como o Brasil.

Referências

- ALEXY, Lennert. *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Medien*. Hamburg: Dr. Kovac, 2009.
- BÄCHLI, Marc. *Das Recht am eigenen Bild*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2002.
- BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- BOHN, Frank. *Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht*. Berlin: BWV, 2005.
- BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- BRÜGGEMEIER, Gert. Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective. In: BARKHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (coord.). *Constitutionalisation of Private Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, pp. 59-82.
- DREIER, Thomas; SCHULZE, Gernot. *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2013.
- EISELE, Jörg. *Strafrecht – Besonderer Teil I*. 2. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2012.
- FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- GERTZEN, Anke Marie. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*. Göttingen: Cuvillier, 2009.
- GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.
- _____. Perspektiven der Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; LAUBER-RÖNSBERG, Anne (Hrsg.). *Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 11-26.
- _____. Geschichte des Persönlichkeitsrechts. In: GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Hrsg.). *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. München: C. H. Beck, 2008, pp. 24-45.
- HEISIG, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*. Hamburg: Dr. Kovac, 1999.
- HENGST, Florian. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, ano 62, n. 1-2, pp. 20-26, jan. 2009.
- HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.
- JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 111-125.
- KÄCHELE, Andreas. *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- KEYßNER, Hugo. *Das Recht am eigenen Bild*. Berlin: J. Guttentag, 1896, pp. 31-32.
- KLÜBER, Rüdiger. *Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- KOHLER, Josef. *Das Eigenbild im Recht*. Berlin: J. Guttentag, 1903.

KRAENZ, Nadja. *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*. 13. ed. München: Beck, 1994, v. II/2.

LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

LEGLER, Thomas. *La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*. Berna: Staempfli, 1997.

LÉVY, Vanessa. *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*. Zürich: Schulthess, 2002.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, t. I e II.

LUTZ, Peter. *Grundriss des Urheberrechts*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013.

MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*. Hamburg: Dr. Kovac, 2007.

NEUMANN-KLANG, Sybille. *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

OHRMANN, Christoph. *Der Schutz der Persönlichkeit in Online-Medien*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009.

PASCHKE, Marian. *Medienrecht*. 3. ed. Heidelberg: Springer, 2009.

REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010.

RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 1990.

SCHWEERS, Stefan Christian. *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers*. Tese de doutorado. Universidade de Köln, Köln, 2006.

SIMON, Gesa. *Persönlichkeitsschutz gegen herabsetzende Karikaturen in Deutschland und Frankreich*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*. Viena: Sramek, 2010.

TRACHSLER, Walter. *Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme*. Zürich: Schulthess, 1975.

WITZLEB, Normann. *Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

WÜLLRICH, Philipp. *Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet*. Gottmadingen: JWV, 2006.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

O ordenamento jurídico se constitui de uma pirâmide de normas hierarquizadas, ou seja, uma norma pertence a um ordenamento jurídico na medida em que se conforma a uma norma superior que rege sua criação.¹ No ápice da pirâmide está a Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico; depois vêm as *leis* e outros *atos normativos gerais* (decreto, regulamento, regimentos, instruções normativas, portarias) e, por fim, o *atos individuais*, decisões administrativas ou jurisdicionais concretas.² A expressão “lei e ato normativo federal ou estadual” mostra que a ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade invocar a jurisdição constitucional do STF para a apreciação da validade de um ato legislativo ou administrativo de *conteúdo normativo* em face da Constituição. São dois, pois, os pressupostos do controle concentrado entre nós: a) o conteúdo normativo do ato impugnado; b) a aferição de sua validade em face da Constituição, o que exclui a relação de validade em face da lei ou de outro ato. Não entram, nesse contexto, nem as leis municipais nem atos privados ainda que sejam normativos.

A lei

O adjetivo “normativo” se refere apenas a *ato*, não à lei. Isso não apenas pela concordância singular masculina, mas, especialmente, porque o ser normativa é da essência da lei. Portanto, não havia por que se lhe adjetivar para lhe atribuir aquilo que já lhe pertence como essencial. Excepcional é que a lei não seja normativa, seja individual e de efeito concreto. Se a norma constitucional não distinguiu, toda lei deveria ser suscetível de controle de constitucionalidade concentrado, sem indagar de sua normatividade ou não. Mas o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 842/DF (*infra*), generalizou no sentido de que atos de efeito concreto, incluindo a lei, não se expõem ao controle de constitucionalidade na via

direta. Essa equiparação da lei de efeito concreto com os atos administrativos só tem um ponto de contato, qual seja o de que materialmente ela tem natureza administrativa. Mas a lei de efeito concreto tem uma eminência e uma eficácia que a distancia do simples ato administrativo. O efeito deste é também puramente administrativo, já o efeito da lei, ainda que concreto, não é administrativo, tanto que não pode ser desfeito por ato dessa natureza, e porque, especialmente, a lei de efeito concreto inova a ordem jurídica, o ato administra não. Há leis de efeito concreto que tem seu fundamento diretamente na Constituição, como as leis orçamentárias (art. 165, III, e § 5º) e as leis que instituem autarquias ou que autorizam a criação de empresas estatais e suas subsidiárias ou fundações (art. 37, XIX e XX), as de concessão de anistia, de criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, de criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública (art. 48, VIII-XI), assim como as *leis autorizativas* em geral. São todas de efeito concreto, são individuais porque autorizam ou aprovam a prática de determinados atos, e se esgotam nessa autorização ou aprovação, mas diferentemente do que ocorre com o ato administrativo individual, as leis de efeito concreto vinculam uma situação para o futuro, e, se contrariarem a Constituição, não há outro modo de corrigir o vício senão por via de sua declaração de inconstitucionalidade por ação direta. Dir-se-á que existe a via indireta. Acontece que essas leis, especialmente as que outorgam benefícios pessoais (como as que autorizam doações, as que concedem pensões a determinadas pessoas não vinculadas à previdência), por regra não geram um conflito que suscitem legitimidade para sua impugnação na via incidental. Não me parece procedente o argumento de que, sendo *abstrato o controle*, só há de recair sobre normas. Mas não é esse o sentido do “*abstrato*” da expressão, ou seja, não significa que o objeto do controle há de ser abstrato, mas que o controle se efetiva por meio de *processo abstrato*, ou seja, num processo em que não se discute uma relação concreta de direito material, pois nele se ataca a *lei em tese*, ou seja, ataca a lei sem levar em conta seu conteúdo. O “*abstrato*” se refere ao processo de controle, não ao objeto a ser controlado. A lei de efeito concreto não foi excluída da apreciação na via direta, porque

* Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP.

¹ Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, DALLOZ, trad. de Charles Eisenmann. 1962, p. 355.

² Kelsen os chama de *normas individuais*, ob. cit., p. 312, sem razão.

a Constituição não distinguiu. O ato administrativo individual de efeito concreto foi excluído, porque a Constituição só mencionou, para tal efeito, o ato administrativo normativo.

[*Jurisprudência*. STF. EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. [...] Ato de efeitos concretos. Inidoneidade objetiva dessa espécie jurídica para fins de controle normativo abstrato. Juízo de constitucionalidade dependente da prévia análise de atos estatais infraconstitucionais. Inviabilidade da ação direta. Não-conhecimento. – Atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata pelo Supremo Tribunal Federal. A ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para o controle normativo abstrato. – [...] – Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. – A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame in abstracto do ato estatal impugnado seja realizado exclusivamente à luz do texto constitucional. – Desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado. A proteção desse juízo de desvalor não pode e nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado” (ADIn 842/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Maioria. RTJ 147/ 545). – EMENTA: “Decreto legislativo que susta a realização de licitação pública convocada pelo Estado não se impregna de essência normativa. Ainda que incorporado a texto de espécie jurídica formalmente legislativa, esse ato – precisamente porque seu conteúdo veicula determinação materialmente administrativa – não se expõe à jurisdição constitucional de controle ‘in abstracto’ do Supremo Tribunal Federal (ADIn 834/MT. Medida cautelar. Rel. Celso de Mello. RTJ 147/82)].

Normatividade da lei ou de qualquer ato significa comando geral, abstrato e impessoal, ou seja, um comando destinado a incidir para o futuro em reiteradas aplicações, sempre que ocorra a hipótese prevista de modo a alcançar um número indeter-

minado e indeterminável de destinatários.³ A lei se diferencia de outros atos normativos porque, além de conter um comando geral, abstrato e impessoal, também importa *inovação* do ordenamento jurídico. A distinção da lei em formal e material pode ser útil. *Lei em sentido formal* é o ato emanado do Poder Legislativo segundo um procedimento qualificado que tenha por objeto a formação do ato legislativo, denominado *lei*, qualquer que seja o seu conteúdo, assim é porque há atos legislativos que não são leis, ainda que possam ser normativos: decreto legislativo, resoluções. Por regra, a lei formal é também lei material, porque é função da lei disciplinar interesses (conteúdo) relativos a determinada matéria, mas, como visto, há leis puramente formais, ou seja, leis que só se qualificam tais porque emanaram do Poder Legislativo de acordo com aquele procedimento, mas, por não serem normativas e serem de efeito concreto, não passam de atos materialmente administrativos. Por outro lado, há atos normativos inovadores da ordem jurídica que não emanam do Poder Legislativo. Não são leis formais, portanto; mas são leis no sentido apenas material, tais os decretos-lei, as medidas provisórias, as leis delegadas. O signo *lei* está no dispositivo, em comentário, no seu sentido abrangente. Inclui as leis ordinárias e as leis complementares, as medidas provisórias, as leis delegadas e as emendas constitucionais (leis constitucionais). Não inclui os decretos-lei, não porque estes não sejam equiparados às leis, mas porque a Constituição de 1988 não os previu, vale dizer, só existem decretos-lei anteriores à Constituição. Logo, se se contrastarem com ela, não se tem uma relação de validade, mas simples relação de vigência, de modo que a questão se afere com base no princípio *lex posterior derogat lex prior*, e não segundo o princípio *lex superior derogat lex inferior*, quer dizer, a questão se resolve pela consideração de sua revogação e não pelo julgamento de sua inconstitucionalidade.

Atos normativos

São atos administrativos, provenham de qualquer dos Poderes do Estado. São aqueles que Hely Lopes Meirelles chama de *atos administrativos gerais*, expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que

³ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 374.

se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos. São atos estatais revestidos de abstração, generalidade e impessoalidade.⁴ Contrapõem-se aos *atos administrativos individuais*, que são aqueles que se dirigem a destinatários certos, criando-lhes situações jurídicas particulares, mesmo quando abrangem vários sujeitos, desde que individualizados (decretos de desapropriação, de nomeação, de exoneração, de outorga de licença, permissão e autorização, e outros que conferem um direito ou impõem um encargo a determinado administrado ou servidor).⁵ A jurisprudência do STF vem depurando o conceito de atos normativos, às vezes um pouco restritivamente. O julgado em seguida citado é conceitual.

[*Jurisprudência*. STF: A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade pressupõe, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade, elementos que lhe conferem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos, estatais ou individuais, futuros (ADInQO 587/MG. Rel. Min. Celso de Mello, 7.11.1991. DJU 8.5.1992)]

Regulamentos normativos autônomos

Os chamados *regulamentos normativos autônomos* são suscetíveis de controle de constitucionalidade direta, segundo ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁶

[*Jurisprudência*. Voto preliminar, vencedor do Min. Celso de Mello: Tenho para mim, sr. Presidente, que a espécie jurídica ora impugnada constitui ato estatal autônomo, instrumentalmente formalizado mediante decreto, cujo conteúdo, desvestido de qualquer conotação regulamentar, apresenta-se, a meu ver, fortemente impregnado de normatividade, atestada por seu caráter de generalidade, abstração e impessoalidade, revelando-se, por isso mesmo, juridicamente idôneo para efeito de seu controle concentrado ou em abstrato de constitucionalidade",

Voto na ADIn 482/óneo para efeito de seu controle concentrado ou em abstrato de constitucionalidade, (ADIn 482/J. Medida Cautelar. Rel. Min. Néri da Silveira. RTJ 150/387)].⁷

Regulamentos para fiel execução de lei

Regulamentos para fiel execução de lei (CF., art. 84, IV). São típicos atos normativos do Poder Executivo. São atos administrativos. Não são leis em sentido material, como, às vezes, se dizem, porque são atos infralegais, subordinados, não inovadores da ordem jurídica. Mas expressam a mesma normatividade da lei que regulamentam, não têm recebido o mesmo tratamento, porque o Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem decidido que o eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei, e se inconstitucionalidade houver será meramente reflexa (ADIn 1.347/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 1º/12/1995).⁸ Desconfio que a fonte desse entendimento vem da postura da Corte Constitucional italiana que tem excluído os regulamentos de sua apreciação de constitucionalidade, porque, por efeito de sua subordinação à lei, tais atos não se põem em contato direto com a Constituição.⁹ Mas essa postura da Corte italiana está em contexto muito diverso. A interpretação constitucional não pode ser feita senão em conformidade com o contexto em que a Constituição se insere. Com razão o que disse o Min. Carlos Velloso:

Temos que interpretar as normas constitucionais no seu contexto e quando interpretamos a Constituição é bom lembrar a afirmativa de Marshall, no "M'Culloch v. Maryland", de 1819: quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada [...] (Voto na Reclamação 383/SP, RTJ 147/465).

Aqui o contexto constitucional define expressamente os atos normativos, sem distinção,

⁴ Cf. Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*, 27. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 159.

⁵ *Ibidem*, p. 160.

⁶ Cf. Jurisprudência cita por Clemerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 211, nota 160.

⁷ *Ibidem*, p. 189, nota 105.

⁸ *Ibidem*, p. 211, nota 159.

⁹ Cf. Giorgio Betti, *Interpretazione costituzionale*, 2. ed., Padova, CEDAM, 1990, p. 606.

como objeto do controle de constitucionalidade concentrado. Ora, o regulamento que ultrapassa os limites da lei regulada fere a Constituição porque invade o campo legislativo. Quando o Poder Executivo, por si ou por qualquer de seus órgãos, pratica ação normativa que a Constituição assinalou ao Congresso Nacional (art. 25 do ADCT), estará produzindo ato inconstitucional, pouco importa que esse ato seja isolado ou integre um regulamento de lei. Naquilo em que o regulamento extravase os limites da lei, ele é diretamente inconstitucional, porque, nesse aspecto, ele não está mais no terreno regulamentar. Ao contrário do que concebe a jurisprudência do STF, a Constituição entende que o regulamento que exorbite do poder regulamentar fere diretamente a Constituição, quando, no art. 49, V, dá competência ao Congresso Nacional para sustá-lo em tal condição.

Parecer normativo

Quando um *parecer normativo* se caracteriza como ato normativo sujeito ao controle direto de inconstitucionalidade? Os pareceres jurídicos emitidos pelos órgãos consultivos federais e estaduais não são atos normativos, mas atos interpretativos e, portanto, de caráter puramente opinativo. Como tal, não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Mas os atos governamentais que incorporem o conteúdo desses pareceres, dando-lhes generalidades regulatórias de condutas futuras, constituem atos normativos. São mesmo publicados como *atos normativos*, porque se destinam a normatizar situações administrativas controvertidas, dando-lhes, portanto, uma direção unificada. Nesse particular, parece-me correta a seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello no voto preliminar emitido na ADIn. 4/DF (RTJ 147/807:

O ato presidencial em questão, ao conferir normatividade ao próprio conteúdo do Parecer emanado da Consultoria-Geral da República, deu-lhe projeção global, na medida em que vinculou às suas conclusões genéricas e formulações abstratas, de modo direto e indireto não apenas os órgãos e entidades do Poder Executivo — como o Banco Central do Brasil, que é autarquia federal investida da condição de autoridade monetária —, mas, também, as próprias instituições integrantes do sistema financeiro nacional [...].

Nesse mesmo sentido, aliás, também votou no caso o Min. Carlos Velloso (id. ib.). Tese, aliás, acolhida pelo STF no julgamento daquela ADIn (Ementa, n. 5).

Enfim nessa matéria é preciso ter em mente que uma Constituição tem como objetivo básico garantir a vigência e a eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana. A organização constitucional do Estado e dos Poderes não tem valor em si, mas só o tem na medida em que são preordenados para fazer valer aquele objetivo constitucional. Logo, a missão mais importante da jurisdição constitucional consiste na defesa dos valores que a Constituição incorpora, sobretudo os valores da dignidade da pessoa humana que atrai todos os direitos fundamentais do homem. Significa isso que a defesa desses valores se superpõe a todas as demais considerações. Isso quer dizer também que os pressupostos para o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público, expressivo meio de defesa jurídica da Constituição, não de ter interpretação expansiva, não restritiva como o Supremo Tribunal Federal tem feito, quer quanto aos objetos do controle — leis e atos normativos — quer quanto à legitimação para agir em ação direta de inconstitucionalidade. A justiça constitucional, para alcançar esse *desideratum*, tem-se baseado nos princípios da jurisprudência dos valores.

Análise histórica da formação do Poder Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro

Mariana Garcia da Silveira*

Resumo

A divisão em órgãos ou Poderes serve para designar um universo de instituições estatais e processos capazes de tutelar a supremacia constitucional e garantir a hierarquização normativa dos sistemas jurídico-políticos. O sistema constitucional brasileiro se desenvolveu a partir de fórmulas genéricas de quadripartição funcional, com o Poder Moderador, centrado na figura do Monarca, até a incorporação do sistema tripartido de órgãos ou poderes no sistema republicano implantado em 1889. Diante da evolução da divisão dos Poderes nas constituições nacionais, a pesquisa centra-se no estudo e análise dos papéis, competências e prerrogativas do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Constituições nacionais. Divisão dos Poderes. Poder Judiciário.

1 Introdução

A presente pesquisa visa realizar uma análise comparativa do ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere ao Poder Judiciário como organização pública em evolução, no contexto constitucional, histórico e político.

O estudo justifica-se pela compreensão das características do Judiciário, como poder tradicional e formal, de modo a evitar perda da memória histórica da evolução de direitos no Brasil. (Zaffaroni, 1995, p. 29.)

A interpretação comparativa e de análise histórica das constituições brasileiras foi o principal referencial teórico-metodológico, dispondo do recurso à pesquisa bibliográfica, suplementada por análise documental.

O estudo direto das fontes constitucionais e legislativas de cada época, assim como a coleta de documentos referentes a cada período histórico, contribuiu para a compreensão da importância da função jurisdicional e as mudanças mais relevantes ocorridas em relação ao Poder Judiciário.

Os resultados práticos da pesquisa revelam que o Poder Judiciário, na Constituição Imperial de 1824, era denominado “Poder Judicial”, que, na prática, não gozava de independência e autonomia funcional, em razão da centralização do poder político no Poder Moderador, exercido pelo monarca.

Com o advento da Constituição de 1891 e a instituição do princípio federativo, o Poder Judiciário foi ganhando forma, e aos seus magistrados foram conferidas garantias funcionais que permaneceram em todas as constituições posteriores.

Durante todo o período da experiência constitucional brasileira, observar-se-á as mudanças relativas aos papéis, competências e prerrogativas do Poder Judiciário, a especialização das Justiças Militar, Eleitoral e do Trabalho, além da criação de órgãos e leis especiais regulamentadoras da atividade jurisdicional.

Diante do exposto, este estudo justifica-se pela contribuição à história constitucional brasileira e à teoria da Constituição, o que permite compreender as configurações institucionais e políticas do Período Imperial e que influenciaram a caracterização do Período Republicano até os dias atuais, no tocante à organização do Poder Judiciário no Brasil.

2 O Poder Judiciário

2.1 Constituição Imperial de 1824

A discussão sobre a divisão dos Poderes na Assembleia Nacional Constituinte convocada por D. Pedro I em 3 de junho de 1823, firmou as bases das disposições normativas sobre o “Poder Judicial” na Constituição Imperial, outorgada em 25 de março de 1824.

O título 6º da Carta Constitucional dispõe a respeito dos juízes e dos Tribunais de Justiça, garantindo a independência funcional do Poder Judiciário, composto por juízes e jurados (art. 151), que atuavam aplicando a lei e analisando os fatos, respectivamente (art. 152).

O art. 153 da referida Constituição confere o caráter perpétuo ao magistrado, ou seja, refere-se a vitaliciedade do cargo, no entanto, estes poderiam ser transferidos, conforme determinação legal.

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Prof. “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Estagiária da Justiça Federal, lotada na 4ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG.

Os juízes também poderiam ser suspensos pelo Imperador, na hipótese do art. 154, devendo ser convocados para audiência, serem colhidas as informações necessárias e ouvido o Conselho de Estado. Contudo, somente por sentença os magistrados perderiam o cargo (art. 155).

Na ata do Terceiro Conselho de Estado, de 6 de setembro de 1852, ob serve-se um caso em que os conselheiros se reuniram para discutir sobre a suspensão de dois desembargadores que, no exercício de suas atribuições, teriam praticado ato atentatório à independência do Poder Judiciário, ao julgar o caso contra as provas do processo judicial.

O Conselheiro Holanda Cavalcanti apresentou o seu voto por escrito, e o leu com permissão de Sua Majestade Imperial. Não pode concordar na conclusão do parecer da Seção, que acaba de ser relatado a Vossa Majestade Imperial acerca da suspensão dos Desembargadores João José de Oliveira Junqueira, e Cândido Ladislau Japiáçu de Figueiredo e Melo; pois da exposição do mesmo parecer não pode concluir que se dá o caso do art. 154º da Constituição; e antes nota que não é observado o art. 179, nº 12 da mesma Constituição. A Constituição elevando à Categoria de Poder Político o Poder Judicial prescreveu em seu Título 6, as bases da independência desse Poder. Nesse Título da Constituição observam-se os casos de suspensão, de responsabilidade, e de perda do lugar; e também se prescrevem as instâncias nos julgamentos, que em reconhecimento de falência na consciência dos juizes em tais julgamentos. Parece assim que um dos meios pelos quais a Constituição estabeleceu a independência do Poder Judicial foi admitindo instâncias nos julgamentos (art. 158-164); prescrevendo igualmente que nenhuma autoridade possa avocar causas pendentes, sustá-las, ou fazer reviver os processos findos (art. 179, parágrafo 12).

[...]

O Conselheiro Maia não se conformou com o parecer da Seção, entendendo aliás que os Desembargadores, que proferiram o Acórdão, de que se trata não estão no caso de serem sujeitos ao processo de responsabilidade, como compreendidos em algum delito dela, por não ter por demonstrado que eles julgassem contra literal disposição de lei, ou contra lei expressa nos termos dos artigos 129, §2º e 160 do Código Criminal.

[...]

O Conselheiro Araújo Viana sustenta o parecer apesar do que contra ele se tem dito com o fundamento de não haver lei expressa, que fosse infringida; pois que os Desembargadores incontestavelmente procederam contra expressa

disposição de lei, porque julgaram contra as provas dos autos, e por isso contra um terminante princípio de lei; sendo manifesto, que bastantes provas há, se não contra todos, ao menos contra os escravos, e que notável contradição se dá em se haverem por compreendidos estes, e não o senhor deles, quando se desculpam por coagidos e por modo tal, que lhes excluí o delito. (BRASIL, 1852, p. 59-60)

Os juízes, também, responderiam por atos de abuso de poder e prevaricações que cometessem no exercício de suas funções (art. 156), além de serem réus em ação popular intentada contra prática de “suborno, peita, peculato, e concussão” (art. 157).

Destaca-se que a Constituição Imperial já consagrava as técnicas da arbitragem e da conciliação como meios de resolução de conflitos (arts. 160 a 162); e a instituição do Supremo Tribunal de Justiça (art. 163), competente para conceder ou denegar recurso de revista, nas causas em que a lei determinar; conhecer dos delitos e erros de ofício, que cometessem seus ministros e os ministros das Relações, além dos empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias; além de conhecer e decidir sobre conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais (art. 164). Posteriormente, o Supremo Tribunal de Justiça é criado e regulamentado pela Lei de 18 de setembro de 1828.

Importante lembrar que o Tribunal do Júri foi criado antes da Constituição de 1824, instituído pelo decreto de 18 de julho de 1822, restrito ao julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa.

Embora a Constituição Imperial defendesse a independência do Poder Judicial, na prática, este ainda encontrava-se submetido à centralização e controle do Poder Moderador, considerado a chave da organização política e o poder capaz de manter a harmonia do sistema jurídico-político.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente

vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

2.2 Constituição Republicana de 1891

Na Constituição de 1891, as disposições sobre o Poder Judiciário encontram-se no título I, seção III.

A novidade trazida pela referida Carta refere-se à criação do Supremo Tribunal Federal (art. 55), composto por quinze juízes nomeados entre os cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 56).

Ao Supremo cabia o julgamento dos crimes comuns do presidente e de quaisquer dos ministros, dos crimes cometidos pelos ministros diplomáticos, das causas entre União e estados, ou de um deles contra outro, das nações estrangeiras e a União ou estado, dos conflitos entre juízes federais ou entre estes e os estaduais.

Assim como no período constitucional anterior, os juízes gozam da garantia da vitaliciedade, podendo perder o cargo “unicamente” por sentença judicial, conforme descrito no art. 57.

No entanto, os crimes de responsabilidade praticados pelos magistrados, que antes eram submetidos à apreciação do Imperador, agora, seriam julgados pelo Senado Federal (art. 57, § 2º).

A Constituição Republicana também apresentou a Justiça Federal, em seus arts. 58 a 60, descrevendo as competências do STF, dos juízes e dos Tribunais Federais.

A estrutura da Justiça Federal foi proposta por Manuel Ferraz de Campos Salles, Ministro da Justiça, descrita na exposição de motivos do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890:

É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues á austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo.

De resto, perante a justiça federal dirimem-se não só as contendas que resultam do direito civil, como aquellas que mais possam avultar na elevada esphera do direito publico.

Isto basta para assignalar o papel importantissimo que a Constituição reservou ao poder judiciario no governo da Republica. Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua

boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen, precisamente porque a Republica, segundo a maxima americana, deve ser o governo da lei.

O organismo judiciario no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na triplice esphera do poder publico, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o dominio legitimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado.

Destaca-se que a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 alterou dispositivos importantes relativos ao Poder Judiciário na Constituição de 1891, como o art. 6º, II, *d e i*, e o § 1º do art. 60:

Art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo:

II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionais:

d) a independência e harmonia dos Poderes;

i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irreductibilidade dos seus vencimentos.

Art. 60, §1º - Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;

c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica;

d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

Também, o direito ao *habeas corpus* teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 (art. 72, § 22).

Por fim, deve-se ressaltar que o art. 62 deixa claro a não interferência da Justiça Estadual na Federal e vice-versa, de forma a garantir a independência das decisões e das ordens judiciais, que somente poderiam

ser anuladas, alteradas ou suspensas excepcionalmente nos casos previstos em lei.

2.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 cuidava do Poder Judiciário no Capítulo IV do Título I, que tratava da organização federal, definindo como órgãos do Poder Judiciário, a Corte Suprema, a Justiça Federal, Militar e Eleitoral (art. 63).

Os juízes gozavam das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos; sendo garantias relativas, pois o magistrado poderia perder o cargo em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido ou aposentadoria compulsória, ou, ainda, em caso de invalidez, conforme alínea *a* do art. 64.

A mobilidade, por sua vez, era admitida nos casos de remoção a pedido do juiz, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público.

A irredutibilidade dos vencimentos ficava sujeita aos impostos gerais.

A perda das vantagens e garantias dos juízes também ficava condicionada ao não exercício de outra função pública, com exceção do magistério e dos casos previstos em lei; bem como era vedada a prática de atividade político-partidária (art. 66).

Os arts. 68 e 69 prescrevem proibições aos magistrados, como vedação de conhecer de questões exclusivamente políticas e de percepção de percentagens, em razão de cobrança de dívida.

As Justiças Federais e Estaduais não poderiam intervir reciprocamente nas questões dos seus respectivos juízes e tribunais (art. 70), no entanto, a Justiça Federal poderia deprecar às Justiças Estaduais as diligências que devessem ser cumpridas em sua jurisdição (§ 1º do art. 70).

Assim, as decisões da Justiça Federal eram executadas por autoridade por ela designada (§ 2º do art. 70), de modo que a força pública tinha o dever de prestar auxílio quando requisitada na forma de lei.

O art. 71 determina que a incompetência para o processamento do feito não anula os atos processuais, quando a parte não a tenha arguido; reconhecida a incompetência, o processo seria remetido ao juízo competente para prosseguir com o feito.

A instituição do Tribunal do Júri foi mantida no art. 72.

A seção II trata da Corte Suprema, composta de onze ministros sediados na capital da República (art. 73), número que poderia ser aumentado para dezesseis ministros, nomeados pelo presidente e aprovados pelo Senado Federal, cujos requisitos foram descritos no art. 74.

Art. 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.

O art. 76 descreve a competência da Corte Suprema, e o art. 77 deu competência ao presidente da Corte para conceder *exequatur* às cartas rogatórias das justiças estrangeiras.

A Justiça Federal foi regulamentada nos arts. 78 a 81. Foi criado o mandado de segurança, que seria processado e julgado pelos juízes federais, conforme alínea *k* do art. 81, e previsto o *habeas corpus* na alínea *j* do referido artigo, quando o crime for de competência da Justiça Federal ou quando a coação for proveniente de autoridade federal.

A Justiça Eleitoral, por sua vez, foi instituída pelo Decreto 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, e constitucionalizada pela Carta de 1934, nos arts. 82 e 83.

A Justiça Militar também foi prevista em seção própria da organização do Poder Judiciário, nos arts. 84 a 87, a principal inovação está no art. 84, que garantiu aos militares e às pessoas que lhes são assemelhadas, o foro especial nos delitos militares. O foro especial poderia ser estendido aos civis, nos casos previstos em lei.

O art. 87 dispõe que a inamovibilidade garantida aos juízes não exclui a obrigação de acompanhar as forças junto às quais tenha de servir.

Quanto às Justiças Especializadas, o art. 122 da referida Carta instituiu a Justiça do Trabalho para dirimir conflitos entre empregados e empregadores, criando os Tribunais do Trabalho e as Comissões de Conciliação.

Art. 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

2.4 Constituição de 1937

A Constituição de 10 de novembro de 1937 foi outorgada em um período de tensão mundial diante do potencial estado de conflito militar gerado pela Segunda Guerra Mundial.

O preâmbulo da Constituição reflete a preocupação em garantir a ordem e a estabilidade do país:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, *profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem*, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao *estado de apreensão* criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de *preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo*;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente *apreensivas* diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País. (destaques meus).

Em 11 de setembro de 1936, período antes da edição da Constituição de 1937, a Lei 244 instituiu o Tribunal de Segurança Nacional como órgão da Justiça

Militar, que funcionaria no Distrito Federal sempre que fosse decretado o estado de guerra, composto por cinco juízes nomeados pelo presidente da República, sendo que dois magistrados deveriam ser oficiais do Exército ou das Forças Armadas.

Quanto ao Poder Judiciário, a Carta Constitucional reduziu os órgãos da Justiça em STF, Justiça Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios e a Justiça Militar (art. 90).

Nota-se que a Justiça Federal não foi prevista como órgão do Poder Judiciário, tendo sido extinta neste período do governo de Getúlio Vargas.

Os juízes continuavam gozando das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. No entanto, diferente da Constituição anterior, o magistrado poderia exercer função pública, excepcionalmente, nos serviços eleitorais e cargos em comissão e de confiança do presidente da República ou dos interventores federais nos estados.

Constituição de 1934:

Art. 65 - Os Juizes, ainda que em disponibilidade, não podem exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo judiciário e de todas as vantagens correspondentes.

Constituição de 1937:

Art. 92 - Os Juizes, ainda que em disponibilidade, não podem exercer quaisquer outras funções públicas, salvo nos serviços eleitorais e cargos em comissão e de confiança direta do Presidente da República ou dos Interventores Federais nos Estados. A violação deste preceito importa a perda do cargo judiciário e de todas as vantagens correspondentes.

O art. 93 trata das competências genéricas dos Tribunais; e o art. 94 continuou declarando a vedação ao Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas.

O art. 96 dispõe que somente poderia ser declarado inconstitucional lei ou ato do presidente da República pela maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes dos Tribunais.

Inicialmente, o art. 96 continha um parágrafo único acrescentando que se o presidente entendesse que foi declarada inconstitucional uma lei necessária para o bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional, ele poderia submetê-la novamente ao exame do Parlamento que, caso confirmasse a

constitucionalidade da lei, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. A previsão do parágrafo único foi revogada pela Lei Constitucional 18, de 11 de dezembro de 1945.

A Constituição de 1937 previu a existência de duas casas legislativas, a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

Ao Conselho Federal competiria a aprovação dos ministros do STF, nomeados pelo presidente da República (art. 98); também, era no Conselho Federal que os ministros eram processados e julgados por crime de responsabilidade (art. 100).

O art. 101 descreveu a competência do STF, e a Justiça Estadual encontrou regulamentação dos arts. 103 ao 110.

Destaca-se a previsão do quinto constitucional, no art. 105, devendo ser reservado um quinto dos lugares na composição dos Tribunais Superiores, para os advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos na lista tríplice organizada pelo Tribunal de Apelação.

O art. 106 inovou ao dispor sobre a possibilidade dos estados criarem juízes com investidura limitada no tempo, ou seja, sem a garantia da vitaliciedade, para conhecer e julgar causas de pequeno valor.

A competência da Justiça Estadual é residual, prevista no art. 107.

Art. 107 - Excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais serão da competência da Justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios.

É importante destacar, também, que nas causas em que a União atuasse no processo como autora, ré, assistente ou oponente, contra a sentença proferida em primeira instância, caberia recurso diretamente ao STF (art. 109).

A Justiça Militar foi disciplinada pelos arts. 111 ao 113, sem inovações quanto à Constituição de 1934. Por sua vez, o Tribunal de Segurança Nacional, foi instituído pela Lei 244 de 1936, e encontra disposição constitucional no art. 122, 17.

Art. 122, 17 - Os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir.

As sentenças proferidas pelo Tribunal de Segurança Nacional eram irrecorríveis e insuscetíveis

de embargos, por força do art. 10 do Decreto-Lei 88, de 20 de dezembro de 1937, que modificou dispositivos da lei.

Por sua vez, o art. 173 conciliou a competência de julgamento de determinados crimes pela Justiça Militar ou pelo Tribunal de Segurança Nacional.

Art. 173 - O estado de guerra motivado por conflito com País estrangeiro se declarará no decreto de mobilização. Na sua vigência, o Presidente da República tem os poderes do art. 166 e a lei determinará os casos em que os crimes cometidos contra a estrutura das instituições, a segurança do Estado e dos cidadãos serão julgados pela Justiça Militar ou pelo Tribunal de Segurança Nacional.

2.5 Constituição de 1946

O art. 94 da Carta Constitucional de 1946 dispõe que são órgãos do Judiciário o STF, a Justiça Federal, Militar, Eleitoral e Trabalhista.

A grande inovação diz respeito à instituição da Justiça do Trabalho como parte do Poder Judiciário brasileiro, regulamentada pela Constituição Federal.

As garantias dos juízes continuarão as mesmas, dispostas no art. 95; vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, sendo vedado, além do exercício de outra função pública, senão o magistério secundário, receber percentagens nas causas sujeitas a sua apreciação, e exercer atividade político partidária (art. 96).

O art. 97 estabelecer a competência geral dos tribunais, e o art. 101 enumerou as competências do STF, mais amplas do que a previsão do período constitucional anterior.

A primeira sessão do STF após a promulgação da Constituição de 1946 considerou a referida Carta Constitucional um marco de evolução jurídica no ordenamento brasileiro.

Na ocasião (20/09/1946), o Ministro José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferiu o seguinte discurso:

Antes de mais nada sejam as minhas primeiras palavras de congratulações com os ilustres colegas pela promulgação da nova Constituição, fato que vem de assinalar um marco destacado na vida jurídica do País.

Depois de termos atravessado uma longa estrada sombria, de indecisões e incertezas de um período ditatorial, é com grande alegria que o país

readquire o seu poder de Nação livre regido por normas puramente democráticas.

O século passado foi a época da liberdade, e o atual é o da igualdade econômica e social, princípios estes disciplinadores de um regime sadio que enobrece todos os cidadãos conscientes de seus direitos e deveres para com a Pátria.

Só a ordem jurídica constrói e fortalece as instituições sem o que a vida e os direitos de cada um ficam à mercê da vontade ou do arbítrio de quem por acaso detém o poder.

A hora presente é de regozijo nacional, principalmente para a Justiça com o restabelecimento de sua autoridade e independência tão necessárias ao exercício da sua nobre missão.

A Carta Magna foi promulgada sob a proteção de Deus e com ela confio que possamos, no cumprimento do dever sagrado, interpretá-la e dar execução aos seus preceitos sob a inspiração dos sentimentos da mais pura justiça. (MELLO, 2007, pp. 27-28)

Neste período constitucional, o Tribunal Federal de Recursos recebeu regulamentação, era composto por treze juízes nomeados pelo presidente da República, após a aprovação pelo Senado Federal, dentre eles, oito seriam magistrados e cinco advogados ou membros do Ministério Público, brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (arts. 99 e 103).

O Tribunal Federal de Recursos tinha sede na Capital Federal, no entanto, a lei poderia criar outros tribunais em diferentes regiões do País, mediante proposta do presidente, depois de ouvido o próprio tribunal e o STF, conforme estabelecido no art. 103, § 2º; sua competência está elencada no art. 104.

Os arts. 106 a 108 trataram da Justiça Militar, admitindo como órgãos desta Justiça especializada, o STM e os Juízes e Tribunais Militares, competentes para julgarem os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas, nos crimes militares definidos em lei.

O foro especial de julgamento na Justiça Militar poderia ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.

As disposições acerca da Justiça Eleitoral são vastas. Foram admitidos como órgãos, o TSE, o TRE, as juntas e os juízes eleitorais (art. 109). A forma de composição dos tribunais, a competência, e o modo de admissão de recursos foram expressamente descritas na Constituição, nos arts. 110, 112, 119, 121.

O art. 114 dispõe que os juízes dos tribunais eleitorais deveriam servir obrigatoriamente por dois anos, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo que a função dos juízes eleitorais seria exercida por um juiz de direito, conforme art. 117.

As juntas eleitorais eram presididas por um juiz de direito, e os seus membros eram nomeados, após aprovação do presidente do TRE.

Por sua vez, foram admitidos como órgãos da Justiça do Trabalho, o TST, os TRTs, as juntas ou juízes de conciliação e julgamento.

O deputado Aloisio de Castro, nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1946, apresentou a importância da regulamentação da Justiça do Trabalho como justiça especializada:

[...] Espero encarecer a necessidade de uma justiça do trabalho togada, em todos os graus. Não se compreende que continuemos a manter uma justiça trabalhista servida, em grande parte, por leigos, nem tampouco que o Conselho Nacional do Trabalho constitua uma instância para julgamento das causas entre patões e empregados. Como já o acentuou, em incisiva oração neste recinto o ilustre Sr. Deputado Plínio Barreto, é positivamente contristador o que ocorre no seio dessa Justiça, quando se trata não só de julgamentos perante as Juntas de Conciliação assim também de julgamentos perante os Conselhos Regionais, em cujo serio figuram cidadãos absolutamente alheios à doutrina jurídica, daí resultando decisões que, sôbra conflituarem com os mais comesinhos princípios de direito, acarretam, não raro, prejudiciais resultantes à economia privada. (BRASIL, 1947, p. 238)

Deve-se destacar que as decisões do TST eram irrecorríveis, salvo se contrariassem os dispositivos constitucionais, quando, neste caso, caberia recurso para o STF.

Competia à Justiça do Trabalho processar o julgar as causas em que envolvessem conflitos entre empregados e empregadores, nas relações de trabalho.

As causas que envolvessem acidente de trabalho, no entanto, eram processadas na justiça comum (art. 123, § 1º).

Quanto à Justiça Estadual, foi dada a prerrogativa de Tribunais de Alçada, conforme disposição em lei estadual (art. 124, II).

O ingresso na magistratura dependia de concurso de provas, realizado pelo Tribunal de Justiça, com participação da OAB, sendo que a seleção era realizada

por meio da indicação dos candidatos em lista tríplice, se possível (art. 124, III).

O inciso IV do referido artigo tratou da promoção por antiguidade e por merecimento, alternadamente, sendo que nos casos de merecimento a lista tríplice se comporia de nomes escolhidos dentre os de juízes de qualquer entrância.

O quinto constitucional foi descrito no inciso V a seguir:

Art. 124, V - Na composição de qualquer tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados que estiverem em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado.

Por fim, merece destaque o inciso XI do art. 124, que autoriza a criação de cargos de juízes togados para julgar causas de pequeno valor.

2.6 Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 1 de 1969

Na Constituição de 1967, os órgãos do Poder Judiciário foram mantidos como eram na Constituição passada, conforme art. 107.

As competências do STF estavam descritas no art. 114, podendo funcionar em Plenário ou dividido em Turmas (art. 115).

Lenine Nequete destaca pontos importantes sobre o STF neste período:

[...] Ao Supremo Tribunal Federal outorgaram os novos diplomas poderes para estabelecer o processo e o julgamento dos feitos de sua competência, destinados a armar a Suprema Corte de um instrumento fecundo, de que jamais dispôs com tanta amplitude, e por meio do qual poderá dar remédio eficaz a todas as questões que se suscitarem, no que toca ao processo e julgamento de sua competência originária ou de recurso. Outra relevante atribuição que se lhe cometeu foi aquela de processar e julgar a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual: anteriormente, essa competência se limitava às leis estaduais e, ainda assim, para o só efeito de autorizar o processo de intervenção federal nos Estados. (NEQUETE, 1973, p. 99)

Quanto às inovações a respeito dos Tribunais Federais de Recursos, foi previsto no art. 116, § 2º, que o julgamento de mandado de segurança contra ato de ministro de Estado é privativo deste Tribunal. Cumpre destacar que as competências dos Tribunais Federais de Recursos foram ampliadas neste período constitucional (art. 117).

O art. 118, § 1º estabelece que cada estado ou território e o Distrito Federal constituirá uma seção judiciária.

A Justiça Federal foi regulada pela Lei 5.010, de 1966, e as suas competências estão descritas no art. 119 da Constituição, entre elas, merece consideração a hipótese de julgamento pelos juízes federais, em primeira instância, das causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto, as causas de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho.

Por este dispositivo, a Constituição reconhece a autonomia e a independência das justiças especializadas.

Quanto à Justiça Militar, o modo de composição do STM foi disciplinado pelo art. 121:

Art. 121 - O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo três entre oficiais-generais da ativa da Marinha de Guerra, quatro entre oficiais-generais da ativa do Exército, três entre oficiais-generais da ativa da Aeronáutica Militar e cinco entre civis.

Não houve grandes mudanças no que se refere às disposições constitucionais da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho (arts. 109 a 123). Por sua vez, a Justiça Estadual encontrou-se em título próprio.

As maiores mudanças deste período constitucional brasileiro ocorreram com a edição da Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969.

A Emenda Constitucional 1/1969 conta com 200 artigos, e modifica diversos dispositivos da Constituição; sobre o Poder Judiciário, *vide* arts. 112 a 144.

O art. 113 da emenda continua garantindo a inamovibilidade aos magistrados, no entanto, estabelece que o tribunal poderia determinar, por motivo de interesse público, em seção secreta e pelo

voto de dois terços de seus juízes efetivos, a remoção ou disponibilidade do juiz de categoria inferior.

A Emenda Constitucional 7 de 1977 também é de grande relevância quanto às mudanças sofridas pelo Poder Judiciário.

Foi acrescentado ao art. 112 da Emenda 1, o Conselho Nacional da Magistratura como órgão do Poder Judiciário, regulamentado pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar 35 de 1979, que estabeleceu normas de organização, funcionamento, disciplina, direitos e deveres dos juízes, respeitadas as garantias e vedações constitucionais.

A Lei Complementar 35 de 1979, em seu art. 4º, aumentou consideravelmente o número de ministros do Tribunal Federal de Recursos, passando para vinte e sete ministros vitalícios, escolhidos da seguinte forma:

Art. 4º - O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de vinte e sete Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, após aprovada a escolha pelo Senado Federal, salvo quanto à dos Juízes Federais, sendo quinze dentre Juízes Federais, indicados em lista tríplice pelo próprio Tribunal; quatro dentre membros do Ministério Público Federal; quatro dentre advogados maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada; e quatro dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal.

Quanto à criação do Conselho Nacional da Magistratura, o art. 50 da Lei Complementar 35/1979 definiu que caberia a tal órgão conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância, além de poder determinar a disponibilidade ou a aposentaria dos magistrados, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

O procedimento para julgamento das representações e reclamações de juízes seria sigiloso, bem como as reuniões do Conselho Nacional da Magistratura eram secretas, nos termos dos arts. 54 e 55 da referida lei.

2.7 Constituição de 1988 e Emenda Constitucional 45 de 2004

Quanto ao Poder Judiciário na Constituição de 1988, aponta Gilmar Mendes:

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia

institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados. (MENDES, 2015, p. 961)

A Carta Magna de 1988 ampliou o conjunto de órgãos do Poder Judiciário, dispostos no art. 92, a seguir:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Os incisos “I-A” e “II-A” foram incluídos pelas Emendas Constitucionais 45/2004 e 92/2016, respectivamente.

O art. 93 dispõe que a edição do Estatuto da Magistratura deve observar determinados princípios que estabelecem sobre o ingresso na carreira de juiz, a forma de promoção, que será alternadamente, por antiguidade e merecimento, devendo ser obrigatória a promoção do juiz que participe por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento.

Quanto à promoção por antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, em procedimento próprio, assegurada a ampla defesa.

O art. 93 também disciplinou o modo de aferição do merecimento para promoção do magistrado, a previsão de cursos de preparação e aperfeiçoamento, os subsídios dos ministros dos Tribunais Superiores, a aposentadoria, a remoção dos juízes, a forma das decisões e o número de juízes em cada unidade jurisdicional.

A descrição das garantias, direitos e deveres dos magistrados foram muito mais amplas neste período constitucional, de maneira a garantir a independência do Poder Judiciário e de seus juízes.

O parágrafo único, inciso V, do art. 95 apresentou uma novidade no que se refere às vedações aos magistrados de exercer a advocacia no juízo ou tribunal de que foi afastado, antes de passados três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

O art. 96 previu a competência privativa dos Tribunais, do STF, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça separadamente.

Por sua vez, o art. 98 inovou ao declarar a criação, pela União, estados, Distrito Federal e territórios, de Juizados Especiais e Justiças de Paz, na forma da lei.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira, trata o art. 99 do encaminhamento de propostas e diretrizes orçamentárias dos tribunais, pagamentos, débitos e aprovação de contas, expedição de precatórios e receitas.

Ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição, além das competências elencadas no art. 102.

A competência originária do STF foi significativamente ampliada, especialmente no que se refere ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, cabendo ao STF processar e julgar a ADI, ADC, ADPF, ADO e mandado de injunção.

Também, é o órgão competente para julgar mandado de segurança contra atos do presidente da República, das Mesas do Congresso Nacional, do

Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Contas da União.

Importante destacar o disposto no § 2º do art. 102, que conferiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo STF nas ADIs e nas ADCs, além de que a figura da repercussão geral foi introduzida no § 3º do mesmo artigo.

O art. 103-A, que trata da edição e aprovação de súmula vinculante pelo STF, foi incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004, sendo o seu objeto, a validade e a forma de publicação disciplinados pelos parágrafos do artigo.

O 103-B descreveu a composição do CNJ, competindo ao órgão, controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, zelar pela autonomia do Poder e pela observação do Estatuto da Magistratura, zela pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros do Poder Judiciário, representar o Ministério Público nos casos de crimes contra a Administração Pública ou de abuso de autoridade, entre outras.

O STJ foi criado pela Constituição de 1988, regulamentado pelos arts. 104 e 105, composto por, no mínimo, 33 ministros, nomeados pelo presidente da República, dentre brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal.

Um terço dos ministros do STJ deve ser escolhido entre juízes dos Tribunais Regionais Federais, e um terço entre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo tribunal; um terço, em partes iguais, de advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente.

As competências do STJ foram descritas no art. 105, e o seu parágrafo único, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004, estabelece que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e o Conselho da Justiça Federal, funcionarão junto ao STJ.

A Constituição Federal ampliou as competências da Justiça Federal, descritas no art. 108.

O § 5º do art. 108, também incluído pela Emenda 45, é de extrema importância, visto que alcançou as causas relativas aos direitos humanos, sendo possível transferir para a Justiça Federal, mediante incidente

de deslocamento de competência suscitado pelo Procurador-Geral da República ao STJ, as causas que envolvam grave violação aos direitos humanos, em qualquer fase do inquérito ou do processo.

Observa-se jurisprudência do STJ sobre a questão:

RE no INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA Nº 3 - GO (2013/0138069-0) (f) RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ; RECORRENTE: ESTADO DE GOIÁS; PROCURADOR: RONALD CHRISTIAN ALVES BICCA; RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; PROCURADOR: RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS; INTERES.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB - "AMICUS CURIAE"; ADVOGADO: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO. DECISÃO. Vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo ESTADO DE GOIÁS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição da República, em face de acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, ementado nos seguintes termos: "INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, §5º, DA CARTA POLÍTICA. MEDIDA CONSTITUCIONAL EXCEPCIONALÍSSIMA. REQUISITOS CUMULATIVOS. GRAVE VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DO AVENÇADO COM ESTADOS-MEMBROS QUANDO DA SUBSCRIÇÃO DE TRATADO INTERNACIONAL. DEMONSTRAÇÃO DA TOTAL INCAPACIDADE DAS AUTORIDADES LOCAIS EM PROPICIAREM A PERSECUÇÃO PENAL. EXAME DOS PRESSUPOSTOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INCAPACIDADE, INEFICÁCIA E INEFICIÊNCIA. DISTINÇÃO IMPRESCINDÍVEL. 1. A Emenda Constitucional nº. 45/2004 introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de deslocamento da competência originária, em regra da Justiça Estadual, à esfera da Justiça Federal, no que toca à investigação, processamento e julgamento dos delitos praticados com grave violação de direitos humanos (art. 109, §5º, da Constituição da República Federativa do Brasil). 2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o mérito de casos distintos - IDCs n. 1/PA; 2/DF; 5/PE -, fixou como principal característica do incidente constitucional a excepcionalidade. À sua procedência não só é exigível a existência de grave violação a direitos humanos, mas também a necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações internacionais avençadas, em decorrência de omissão ou incapacidade das autoridades responsáveis pela apuração dos ilícitos. 3. A expressão grave violação a direitos humanos coaduna-se com o cenário da prática dos crimes de tortura e homicídio, ainda mais quando levados a efeito por agentes estatais da segurança pública.

4. A República Federativa do Brasil experimenta a preocupação internacional com a efetiva proteção dos direitos e garantias individuais, tanto que com essa finalidade subscreveu acordo entre os povos conhecido como Pacto de San José da Costa Rica. O desmazelo aos compromissos ajustados traz prejudiciais consequências ao Estado-membro, pois ofende o respeito mútuo, global e genuíno entre os entes federados para com os direitos humanos. 5. Para o acolhimento do Incidente de Deslocamento de Competência é obrigatória a demonstração inequívoca da total incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas às ocorrências de grave violação aos direitos humanos. 6. Não se pode confundir incapacidade ou ineficácia das instâncias e autoridades locais com ineficiência. Enquanto a incapacidade ou ineficácia derivam de completa ignorância no exercício das atividades estatais tendentes à responsabilização dos autores dos delitos apontados, a ineficiência constitui a ausência de obtenção de resultados úteis e capazes de gerar consequências jurídicas, não obstante o conjunto de providências adotadas. 7. Ainda que seja evidente que a ineficiência dos órgãos encarregados de investigação, persecução e julgamento de crimes contra os direitos humanos, é situação grave e deve desencadear no seio dos Conselhos Nacionais e dos órgãos correccionais a tomada de providências aptas à sua resolução, não é ela, substancialmente, o propulsor da necessidade de deslocamento da competência. Ao contrário, é a ineficácia do Estado, revelada pela total ausência de capacidade de mover-se e, assim, de cumprir papel estruturante de sua própria existência organizacional, o fator desencadeante da federalização. [...] (STJ - RE no IDC: 3 GO 2013/0138069-0, relatora: Ministra Laurita Vaz, Data de Publicação: DJ 05/06/2015).

Em relação à Justiça do Trabalho, nota-se pelo art. 111, que as Juntas de Conciliação e Julgamento foram substituídas pelas Varas da Justiça do Trabalho.

O TST é composto por 27 ministros, escolhidos entre os brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo presidente, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo um quinto entre advogados com mais de 10 anos de atividade profissional e membros do MPT com o mesmo requisito, e os demais entre juizes dos TRTs, oriundos da magistratura de carreira, indicados pelo Tribunal Superior.

A Constituição Federal não disciplinou a competência do TST, cabendo à legislação própria.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, bem como o

Conselho Superior da Justiça do Trabalho funcionariam junto ao TST, conforme o § 2º do art. 111.

A competência geral da Justiça do Trabalho foi disposta no art. 114.

O § 3º do art. 114 previu a hipótese de o Ministério Público ajuizar dissídio coletivo em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, cabendo às Justiças do Trabalho resolver os conflitos.

Pela Constituição atual, foi dada aos TRTs a possibilidade de instalar justiça itinerante e de funcionar descentralizadamente, constituindo câmaras regionais, de forma a garantir o acesso à justiça em todas as fases do processo.

A seção VI, sobre os tribunais e juízes eleitorais, regulamenta a composição do tribunal, a escolha dos magistrados e a forma das decisões.

O art. 121 determina que lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais eleitorais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

A Constituição, ainda, diz que as decisões do TSE são irrecorríveis, salvo se contrariar a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Desta forma, somente admitirão recurso as decisões do TRE nas seguintes hipóteses:

Art. 123, §4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

Também ficou a cargo de lei própria as disposições acerca da organização, funcionamento e competência da Justiça Militar, órgão responsável por processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

A Emenda Constitucional 45 incluiu no art. 125, o § 5º, da Constituição, definindo a competência dos juízes de direito da Justiça Militar para processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos

contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça conhecer os demais crimes militares.

Por fim, a competência da Justiça Estadual ficou a cargo da Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 125, § 1º.

Foi atribuída aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição.

A justiça itinerante e a possibilidade de funcionar de forma descentralizada também atingiu a Justiça Estadual, conforme §§ 6º e 7º do art. 125.

Quanto aos conflitos fundiários, foi conferida ao Tribunal de Justiça a possibilidade de criação de varas especializadas de competência exclusiva para conhecer das questões agrárias.

3 Conclusão

A utilização da análise histórico-comparativa como referencial metodológico permitiu o desenvolvimento da pesquisa em atenção aos seus principais objetivos.

Verificou-se que o sistema constitucional brasileiro foi se desenvolvendo a partir de fórmulas genéricas de quadripartição funcional, como foi instituída a organização dos Poderes na Constituição Imperial de 1824, até a incorporação do sistema tripartido de órgãos ou Poderes no sistema republicano implantado em 1889.

A partir da Constituição de 1891 mantém-se a anterior assimilação, pelo sistema brasileiro, de fórmulas institucionais produzidas no sistema de tripartição funcional.

Portanto, a análise da experiência constitucional brasileira revelou que o momento histórico vivenciado por cada período constitucional influencia na organização e no fortalecimento ou enfraquecimento do Poder Judiciário frente ao Executivo e ao Legislativo, bem como, na necessidade de especialização de justiças para julgamento de causas próprias.

Em virtude dos fatos mencionados, conclui-se que a pesquisa se processa abrangendo os movimentos institucionais e políticos do sistema brasileiro de organização dos Poderes, constando que o Poder Judiciário inicia-se como fórmula política em

1824, evoluindo em cada Constituição, no que se refere à instituição de órgãos, competências, prerrogativas, garantias e direitos.

A análise da forma específica de evolução dos papéis do Judiciário, nas Constituições nacionais, contribui para as áreas de teoria do direito constitucional e história do direito.

Referências

BRASIL. Anais da Assembleia Constituinte de 1946. v. VIII. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/12596>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Atas do Conselho de Estado Pleno. Terceiro Conselho de Estado. Rio de Janeiro, 1850-1857. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS4-Terceiro_Conselho_de_Estado_1850-1857.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. Decreto de 18 de julho de 1822. Crêa Juizes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa. Rio de Janeiro, 18 jul. 1822. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-18-7-1822.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Decreto-Lei nº. 88, de 20 de dezembro de 1937. Modifica a Lei nº. 244, de 11 de setembro de 1936, que institui o Tribunal de Segurança Nacional, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 20 dez. 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Decreto nº. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Rio de Janeiro, 24 fev. 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. Rio de Janeiro, 3 set. 1926. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 17 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº. 92, de 12 de julho de 2016. Altera os arts. 92 e 111-A da Constituição Federal, para explicitar o Tribunal Superior do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, alterar os requisitos para o provimento dos cargos de Ministros daquele Tribunal e modificar-lhe a competência. Brasília, 12 jul. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc92.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

_____. Lei Complementar nº. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

_____. Lei Constitucional nº. 18, de 11 de dezembro de 1945. Revoga o parágrafo único do art. 96 da Constituição. Rio de Janeiro, 11 dez. 1945. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1940-1949/leiconstitucional-18-11-dezembro-1945-365002-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Lei de 18 de setembro de 1828. Cria o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições. Rio de Janeiro, 18 set. 1828. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html)

18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Lei nº. 244, de 11 de setembro de 1936. Institue, como órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional, que funcionará no Distrito Federal sempre que for decretado o estado de guerra e dá outras providências. Rio de Janeiro, 11 set. 1936. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-244-11-setembro-1936-503407-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Lei nº. 5.010, de 30 de março de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília, 30 mai. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MELLO, Ministro Celso de. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecastfcuriosidadestf/anexo/notasinformativaseletronica161007.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEQUETE, Lenine. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. v. II – República. Porto Alegre: Sulina, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

O município no constitucionalismo brasileiro

Ronaldo Rebello de Britto Poletti*

1 Introdução. A instituição municipal romana

O município no Brasil emana do município português, o qual, por sua vez, se origina do município romano.

O município é uma criatura de Roma. Sua presença e permanência até a contemporaneidade demonstra a sua força. É o lugar onde a democracia pode realizar-se de forma concreta. Enfraquecido o Estado nacional, restará o município como base de uma nova organização política.

O presente trabalho poderá eventualmente servir à ideia do fortalecimento do município, o *locus* próprio para a concreção democrática.

O tema histórico-jurídico e político do município, cujo conceito está próximo da ideia de *civitas*, tem implicações com a construção, garantia e aprimoramento da cidadania e da democracia. Não se confunda a *civitas* com a *urbs*, que é uma forma tardia da primeira. A *civitas* é onde efetivamente está o *cives*, ou o cidadão. A partir da *civitas* é que a política e cidadania se abraçarão.¹

As cidades foram pouco a pouco se agregando a Roma durante a república. De início abriram mão de sua autonomia, para recuperá-la, mais ou menos ampla, segundo a concessão romana. Alguns, ao perderem a sua independência, adquiriram a cidadania romana: *municipia civium romanorum*. Outros conservaram a sua administração peculiar e seus habitantes participavam parcialmente dos direitos romanos:

municipes caerites.² Em outros, seus habitantes eram, simplesmente, *municipes aerarii*. Durante o império, as cidades vieram a desfrutar de um regime local em que estão presentes os elementos básicos dos comícios, da magistratura e Senado, por isso seus habitantes são cidadãos romanos.³

O município romano constitui, também, um exemplo da *civitas augecens*. Houve nos municípios uma evolução no sentido de pouco a pouco serem transformados em cidades de cidadãos completos.

Para os fins deste trabalho, não há necessidade de atentar para as observações feitas por Mommsen a respeito do significado da palavra município, a qual seria fonte de confusões históricas, a partir de célebre texto de Aulo Gélío (ver adiante uma frase nele contida), além de não se poder colocar o município na igual linha do povo romano, como no texto criticado. Apesar das observações de Mommsen, parece haver algumas evidências. As cidades fundadas por Roma podiam chamar-se *municipia* ou *coloniae*, mas somente as primeiras vieram a adquirir autonomia. E os municípios, na época do Império recente são, na verdade, cidades de cidadãos romanos, segundo afirmação do próprio Mommsen.⁴

2 O município no Brasil

O município brasileiro remonta ao município romano, o qual assume em Portugal uma forma bastante peculiar, sendo depois transplantado para o Brasil, onde sofreu incontáveis alterações, decorrentes dos diversos regimes jurídicos e situações de fato a que foi submetido.

* Advogado. Jurista. Conferencista. Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB e diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos e da “Notícia do Direito Brasileiro”, órgão oficial daquela Faculdade. Presidente da União dos Romanistas Brasileiros – URBS. Ex-presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Ex-consultor-geral da República e ex-consultor jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

¹ Refiro-me a interessante artigo de D. Lucas Moreira Neves, intitulado “Política e cidadania se abraçarão”, publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, de 18/09/1996, onde ele estabelece as relações entre a *urbs* e a *civitas*, a política e a cidadania, bem como onde a política se aprimora como arte, ciência, prática e estratégia do bem-comum, e exercício do poder enquanto serviço.

² Os *municipes caerites* gozam de um estatuto municipal semelhante ao de os *Caerites*, dado a esta comunidade etrusca em 351 a. C. e usufruem de direitos como os cidadãos romanos, tais como *connubium*, *commercium* e de uma autonomia financeira e administrativa. Não têm, todavia, os direitos políticos (*ius suffragii*, *ius honorum*). São *cives sine suffragio*. (cf. Faustino Gutiérrez-Alvis y Armário. *Diccionario de Derecho Romano*. 3. ed. Madrid, Réus, 1982, p. 474)

³ *Ibidem*.

⁴ Cf. Theodor Mommsen, *Le Droit Public Romain*. Trad. Paul Frédéric Girard. Tomo VI, 2ª Parte. Paris, Ernest Thorin Editor, 1889. pp. 443-4.

No Brasil, há significativa bibliografia sobre o município, não obstante o tema venha sofrendo influências de natureza política, no sentido em que o município brasileiro tem sido objeto de diversos programas partidários, sempre voltados ao sucesso das eleições representativas e destinados a sensibilizar o eleitorado municipal, cuja força é inquestionável. Além disso, as doutrinas políticas podem suscitar diferentes colocações ideológicas⁵, na defesa de maior ou menor autonomia. O ponto mais forte do poder político pode variar, conforme estiver situado em cada uma das pessoas jurídicas de direito público interno, com as quais o Estado brasileiro atua internamente: a União, os Estados membros e os Municípios.

Na Constituinte de 1946, houve um grande debate em torno da autonomia municipal, praticamente inexistente na Constituição anterior (1937 – Ditadura do Estado Novo).⁶ Criou-se, então, forte movimento municipalista, com o objetivo de ampliar a autonomia

municipal, fortalecendo o poder político e financeiro da comuna.⁷

3 O município romano em Portugal

Sob o principado de Augusto, a Península compreendia três províncias: a Hispânia Tarraconense, a Bética e a Lusitânia. Não é possível, portanto, cuidar do tema municipal, sem lidar com as categorias do Direito Público romano.

Província era, primitivamente, o conjunto das atribuições conferidas em especial a um magistrado *cum imperio*. Os primeiros governadores eram pretores que recebiam as suas províncias. Com o tempo, a expressão “província” assumiu o significado de governo de território fora da Itália e, depois, de território submetido à jurisdição de um magistrado com império. As províncias eram senatoriais ou *provinciae populi*, quando administradas pelo Senado, ou províncias imperiais, quando confiadas pelo Senado ao Imperador. A Bética (atual Andaluzia) era senatorial e as outras duas imperiais. Em 212, Caracala criou uma nova província, com os territórios da Galiza e das Astúrias, mais tarde chamada Galécia. As províncias passaram também por muitas transformações nas suas estruturas jurídicas e administrativas.⁸

O governador provincial administrava justiça aos cidadãos e aos não cidadãos, e nos primeiros tempos se deslocava em certas datas às principais localidades da província, onde os cidadãos romanos da vizinhança se reuniam: *conventus civium romanorum*.

Dentro de cada província, a unidade político-administrativa era a *civitas*: a comunidade política indígena dotada de governo e leis próprias, até o século II, e, depois, também a comunidade organizada em moldes romanos. Havia comunidades urbanas e rurais. Marcelo Caetano chama cidades de tipo indígena as antigas comunidades que mantinham sua organização mais ou menos alterada pelo conquistador e denomina cidades de tipo romano aquelas comunidades reorganizadas segundo os critérios romanos ou fundadas pelos Romanos. As de tipo indígena são as estipendiárias e as cidades livres. As de tipo romano

⁵ O movimento integralista, por exemplo, colocava muita ênfase no município. O § 9º do Manifesto de Outubro de 1932, com que Plínio Salgado fundou o Integralismo brasileiro, é todo dedicado à questão municipal em uma projeção corporativista: “O município é uma reunião de famílias. O homem e a mulher, como profissionais, como agentes de produção e de progresso, devem inscrever-se nas classes respectivas, a fim de que sejam por estas amparados, nas ocasiões de enfermidades e desemprego... Os municípios devem ser autônomos em tudo o que respeita a seus interesses peculiares, porque o município é uma reunião de moradores que aspiram ao bem estar e ao progresso locais [...]” Não obstante o caráter centralizador do integralismo, as Diretrizes integralistas de 1933 estabelecem: “A origem do município na Família torna-o sagrado, intangível em tudo que disser respeito a seus interesses peculiares.” Mais tarde, no livro *Direitos e Deveres do Homem*, 1949, Plínio Salgado escreveu: “Numa Declaração de Direitos e Deveres do Homem deverá constar a declaração dos Direitos dos Municípios, isto é, do grupo local, pondo a salvo os municípios contra toda ingerência exorbitante [...]”.

⁶ Dentre os constituintes municipalistas, José Carlos de Ataliba Nogueira pregava a restauração do velho município colonial brasileiro: associação natural e legal de vizinhos para a realização de todos os serviços comuns. Ataliba Nogueira sustentava que a origem do município brasileiro não era nem romana nem portuguesa, mas que nascera em torno das capelas. (cf. Teoria do Município. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 6: 7-21, 1968). A propósito, Oliveira Viana não afasta a hipótese de que os núcleos urbanos nasceram de uma capela inicial, mas admite outras origens, como um arraial provisório de feirantes, uma velha *fazenda* ou *engenho*, uma aldeia de índios aculturados, um “pouso de tropeiros”, um “ponto de travessia”, um “patrimônio”, marcado por uma reunião esporádica de sitiantes ou posseiros que busquem atrair cura para os ofícios religiosos (cf. Francisco José Oliveira Viana. *Populações Meridionais do Brasil e Instituições políticas brasileiras*. Introd. de Antonio Paim. Brasília, Câmara dos Deputados, 1982, p. 397.)

⁷ Em 15/03/1946 foi criada, no Rio de Janeiro, a Associação Brasileira de Municípios.

⁸ Marcelo Caetano. *História do Direito Português*. Fontes-Direito Público (1140-1495). 2. ed. Lisboa, Editorial Verbo, 1985, p. 67 e ss.

são as colônias e os municípios. As estipendiárias eram as cidades conquistadas pela guerra ou as que, na resistência, negociaram a tempo a sua rendição ao povo romano (*deditio*).

As cidades livres eram as comunidades urbanas que se governavam sob a forma republicana, conservando as suas próprias leis e instituições. Não pertenciam à província romana onde se situavam.⁹

O município designa a cidade indígena acolhida na comunidade romana, variando no tempo os efeitos dessa integração.

Os cidadãos do município são cidadãos romanos, ora *optimo iure*, ora *sine suffragio*, que ficavam com o encargo (*munus*) de pagar o tributo a Roma e de lhe prestar auxílio militar.

Municipes apellantur muneris participes recepti in civitate ut munera nobiscum facerent (Digesto, 50. 1. 1 – Ulpiano).

A pátria do município era Roma: *Roma communis nostra patria est* (Digesto, 50, 1. 33 – Modestino). Roma passou a funcionar como símbolo da integração entre as cidades.

No Império, município era qualquer cidade de tipo romano, mesmo se não tivesse havido plena integração no Direito Romano, mas fosse uma colônia fundada por romanos ou por latinos.

As relações entre o município e Roma eram regidas por uma *lex municipalis*. Lei para cada caso, mas que, posteriormente, foi assumindo certa uniformidade. Marcelo Caetano ensina:

No princípio do Império, os municípios em geral gozavam de certa autonomia dentro dos limites de seu estatuto: cobravam receitas e gastavam os seus dinheiros no que bem lhes parecia, tinham leis próprias, magistrados para administrar justiça e alguns, embora poucos, cunharam moeda e levantaram tropas.¹⁰

No caso da *civitas optimo iure*, a *lex institutiva* outorgava plena cidadania. Aulo Gélio, nas *Noctes Atticae*, escreveu: *municipes ergo sunt cives Romani ex municipiis legibus suis et suo iure utentes*. Tinham magistrados, certa jurisdição e suas próprias leis.

Nos municípios, até o século II d. C., havia os *comitia curiata* e os *comitia tributa*. Participavam dos comícios os *cives*, *municipes*, isto é, os homens livres considerados originados dele (*origo*) por qualquer das razões admitidas em Direito: nascimento, adoção, manumissão, admissão pelos comícios. O conjunto dos cidadãos formava o *populus*.

A assembleia ou conselho dos decurhões (*ordo decurionum*), chamado de Senado e depois de Cúria, era o mais alto órgão da administração municipal. Tal conselho era constituído por membros vitalícios, escolhidos dentre os antigos magistrados, pronunciava-se sobre assuntos de interesse da cidade e julgava o recurso de decisões dos magistrados.

Em tudo, esses municípios eram semelhantes ao modelo de Roma. O grau de intervenção do Poder Central variava, mas ainda no começo do século IV

[...] os governadores das províncias foram sensíveis aos queixumes dos povos e nomearam para os municípios um delegado seu, com a missão de proteger os habitantes contra os vexames dos magistrados: chamava-se defensor *plebis* ou *defensor civitatis*.¹¹

Plínio, o Antigo, na sua *Naturalis historia*, escrita no ano 80 d. C., livro IV, § 35, refere-se às cidades da Lusitânia, dentre elas a de um município de cidadãos romanos: Olisipo (Lisboa).¹²

4 O município português

O município brasileiro é herança de Portugal. Quaisquer que sejam as discussões sobre o municipalismo e as eventuais críticas a essa cadeia histórica, as raízes institucionais do Brasil passam pela Península Ibérica, a qual integrou o Império Romano e esteve sujeita ao governo provincial de Roma.

Em seguida à notável influência do Direito Romano, houve a presença do Direito dos povos bárbaros, especialmente do Direito Visigótico.

Teriam as instituições municipais romanas resistido às invasões germânicas e até à ocupação muçulmana? Teriam permanecido em estado latente até ressurgirem após a reconquista, como pensava Alexandre Herculano? Marcelo Caetano sustenta que o

⁹ Marcelo Caetano. *op. cit.*, pp. 72-73.

¹⁰ Marcelo Caetano. *op. cit.*, p. 76.

¹¹ Marcelo Caetano. *op. cit.*, p. 78.

¹² Plínio esteve na Península Ibérica, como *procurator Caesaris*, entre os anos 69 e 73 da nossa era.

município romano extinguiu-se no período bárbaro e não teve qualquer condição de persistir sob o domínio muçulmano.¹³

No começo da monarquia visigótica, ainda havia a Cúria (cf. Código Visigótico, V, 4, 19), mas sem importância prática e logo absorvida por autoridades designadas pelo rei. Durante alguns anos, todavia, a Cúria elegeu magistrados municipais (defensor e os cobradores de impostos). No século VII, os defensores passaram a ser designados pelo bispo ou pelo povo, porém com atribuições restritas.

O Código visigótico faz referência, ainda, ao *conventus publicus vicinorum* (VIII, 4, 14 e 5, 6), reunião de homens livres para tratar de assuntos vicinais.

Até o século VIII, as cidades conservaram as instituições municipais da época anterior, as quais se transformaram ou desapareceram pela intervenção do conde e de seu vigário no governo da cidade. Tais funcionários intervieram no referido *conventus publicus vicinorum* das aldeias ou povoados.¹⁴

Na verdade, os povos bárbaros, em geral, admiraram-se em face das instituições romanas. No domínio ostrogodo, por exemplo, manteve o antigo Senado romano, não obstante reduzido ao papel de Conselho Municipal da cidade de Roma.¹⁵ Daí, talvez, a ideia de que passado o primeiro impacto das invasões bárbaras, o município antigo ressurgiu, quase intacto. Tal é a tese da chamada Escola Romanista (tudo se teria passado após a invasão como se ela não tivesse acontecido), em contraposição à Escola Germanista, segundo a qual os germanos haviam trazido um sangue novo que proporcionaria liberdade, progresso e vigor à latinidade decrépita.¹⁶

No período do domínio muçulmano, a administração das cidades é mal conhecida. As mais importantes tinham um governador. As palavras árabes incorporadas à língua portuguesa revelam,

no entanto, importância jurídico-administrativa: o juiz ordinário era o *cadi*, de *al-cadi*, donde alcaide (= alcaide, chefe militar). Para a polícia econômica das cidades, havia o juiz do mercado, almotacé, e para a cobrança dos impostos, o almoxarife. No entanto, depois da reconquista, parecem, mesmo a Herculano, restar “obscuros vestígios” do município moçarabe.¹⁷

A palavra concelho (na referência a concelho municipal) já era usada no começo do século XIII. Indicava a comunidade dos vizinhos, que eram os “homens-bons”.

Marcelo Caetano elucida:

O ponto de partida é o concilium, a assembleia dos vizinhos de uma povoação reunida para tratar dos seus interesses comuns. Isto pressupõe uma povoação de homens livres, que têm de resolver os seus problemas pelos próprios meios.¹⁸

A provável origem social dessas comunidades, antes do seu reconhecimento oficial, foi, segundo Marcelo Caetano, na trilha que Ataliba Nogueira defenderia quanto à origem do município brasileiro, a transformação da freguesia ou paróquia e da igreja, onde para os atos de culto se reuniam os fiéis, os quais, depois do culto, iam para o adro conversar sobre os interesses comuns. Os primeiros problemas a exigir a intervenção dos concelhos eram os econômicos — pastos e águas comuns, apascentação dos rebanhos, ajuda à lavoura e, depois, a necessidade de punir os que não cumpriam as decisões da comunidade. Quando a povoação tinha necessidade de tratar com outras povoações ou com o rei ou com o rico-homem, os mensageiros falavam em nome das assembleias, isto é, dos concelhos, os quais, assim, assumem uma personalidade jurídica: uma coletividade com personalidade distinta dos indivíduos que a compõe. A pessoa coletiva atuava por intermédio de órgãos próprios. Essa assembleia dos vizinhos podia designar alguns de seus membros para a resolução de casos ou para a execução de deliberação: são os magistrados eventuais.¹⁹

Sobre a origem desses concelhos, há significativa discussão. Alexandre Herculano sustenta a sua descendência no município romano, enquanto

¹³ Marcelo Caetano, op. cit., p. 97; Sanchez Albornaz. *Ruina y extensión del municipio romano en España e instituciones que le reenplazan*. Buenos Aires, 1943; idem, “El gobierno de los ciudades de España del siglo V al X”, in *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*. México, 1965; Paulo Merêa. *Estudos de Direito Visigótico*. Coimbra, 1948.

¹⁴ Mário Curtis Giordani. *História dos Reinos Bárbaros*. II vol., 3 ed. Petrópolis, Vozes, 1993, p. 33.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Mário Curtis Giordani. *História dos Reinos Bárbaros*. I vol. – *Acontecimentos Políticos*. 4. ed., Petrópolis, Vozes, 1993, p. 105.

¹⁷ Marcelo Caetano, op. cit., p. 116.

¹⁸ Marcelo Caetano, op. cit., p. 219.

¹⁹ Marcelo Caetano, op. cit., p. 221.

Sanchez Albarnoz, Gama Barros e Marcelo Caetano entendem que os vestígios das instituições municipais romanas conservadas no final da monarquia visigótica desapareceram durante o domínio muçulmano.²⁰

Marcelo Caetano, no entanto, assinala que

[...] as semelhanças que se podem notar entre a organização dos concelhos medievais e as dos municípios romanos devem provir de duas origens: 1ª porque as mesmas necessidades, quando em análogas circunstâncias, fazem surgir as mesmas soluções; 2ª porque o clero, na leitura dos livros que conservavam a memória das instituições romanas, encontrava soluções ou fórmulas que fazia adotar, dando-se assim uma romanização do município medieval por via erudita que é, em muitos casos, inegável.²¹

O município português continuou a sua seara histórica, sofrendo depois da consolidação do Estado português, inúmeras influências, dentre elas a recepção do Direito Justinianeu em Portugal, além da fixação do direito consuetudinário local, com a redação dos costumes municipais nos diversos concelhos.

Já sob a influência do direito imperial romano, de 1385, início do reinado de D. João I até, aproximadamente, 1454 (quando publicadas) foi elaborada a compilação que se chamou Ordenações Afonsinas (D. Afonso V).

5 O município no Brasil Colônia²²

Há uma certa crítica à política da Coroa na criação dos municípios, cuja finalidade seria a da exploração tributária, vale dizer a sua instrumentalização política e financeira, sobretudo na época do ciclo do ouro. As vilas teriam sido criadas com vinculação ao rei, mantendo os súditos sob obediência.²³

Do ponto de vista histórico, as cidades brasileiras, desde as suas fundações, desempenharam um papel notável, notadamente na defesa do território. O

historiador Hélio Vianna, ao fazer o elogio do sistema das capitanias hereditárias, cujo significado tem sido objeto de certa polêmica (seriam ou não ressurreição do regime feudal da Idade Média?), salienta que os franceses e seus aliados indígenas somente conseguiram fixar-se, durante algum tempo, onde os donatários não haviam se localizado (Rio de Janeiro, Sergipe, Paraíba, Rio Grande, Ceará e Maranhão). Ao contrário, onde foram fundadas as primeiras vilas,

[...] mesmo pequenas e fracas, foram rechaçados os entrelopos, corsários e piratas, franceses, ingleses e holandeses, que então corriam os mares: em São Vicente, no Espírito Santo, Ilhéus, Bahia e Pernambuco.²⁴

Aliás, o sistema das capitanias não chegaria a abalar a vocação da autonomia municipal, pois essa foi favorecida pela dificuldade de comunicação e da grande extensão territorial.

As primeiras vilas do Brasil foram a de São Vicente, fundada por Martim Afonso de Sousa, em 1532, e uma outra a nove léguas daquela dentro pelo sertão, à borda de um rio que se chama Piratininga. Narra Pero Lopes de Sousa, irmão daquele Capitão:

[...] e repartiu a gente nestas duas vilas e fez nelas oficiais; e pôs tudo em boa obra de justiça, de que a gente tomou muita consolação, com verem povoar vilas e ter leis e sacrifícios, e celebrar matrimônios, e viverem em comunicação das artes; e ser cada um senhor do seu; e vestir a as injúrias particulares; e ter todos os outros bens da vida segura e conversável.²⁵

Nesses municípios (São Vicente e Piratininga), não obstante regidos pelas então vigentes Ordenações Manuelinas, Francisco Adolfo de Varnhagen (Visconde de Porto Seguro) sustenta:

Na capitania de Martim Afonso, que do nome da povoação capital se chamou de São Vicente, prosperam as duas vilas fundadas. O vigário Gonçalo Monteiro rege na marinha. O Sertanejo João Ramalho capitaneia no campo, e influi em Piratininga. É natural que desde logo em uma vila se organizasse um simulacro de câmaras municipais,

²⁰ Marcelo Caetano, op. cit., p. 221.

²¹ *ibidem*.

²² Para um estudo do município no Brasil e sua origem histórica romana, v. João de Azevedo Carneiro Maia. *O Município. Estudos sobre Administração Local*. Rio de Janeiro, Typ. de G. Leuzinger e Filhos, 1883.

²³ cf. Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. 6. ed. Vol. I, Porto Alegre, Editora Globo, 1984, p. 147 e ss.

²⁴ Hélio Vianna. *História do Brasil*. 15. ed. revista por Hernâni Donato (14. ed. revista por Américo Jacobina Lacombe e por Rosa Maria Barbosa de Araújo). São Paulo, Melhoramentos, 1994, p. 77.

²⁵ *Diário de Navegação de Pero Lopes de Sousa (1530-1532)*. 2. ed. crítica do Comandante Eugênio de Castro (Rio de Janeiro, 1940), vol. I, pp. 350-352., *apud* Hélio Vianna, op. cit., p. 59.

com seus vereadores: — estes provavelmente seriam a princípio de nomeação, e não eleição; — pois não se poderia esta fazer, sem se apurarem os homens-bons que, em conformidade das ordenações, deviam ser os eleitores.²⁶

Os donatários das capitanias tinham o poder, concedido por D. João III, de criar vilas, participando das eleições, outorgando-lhes insígnias e direitos, expressos em forais. As câmaras municipais somente podiam ser instaladas nas localidades onde houvesse a categoria de vila, concedida por ato régio.²⁷

As vilas mais importantes, fundadas de acordo com o sistema das capitanias, no século XVI, foram as seguintes:

Conceição (Capitania de Itamaracá); Igarauçu e Olinda (Capitania de Pernambuco); São Jorge dos Ilhéus (Capitania dos Ilhéus); Porto Seguro (Capitania de Porto Seguro); Espírito Santo e Nossa Senhora da Vitória (Capitania do Espírito Santo); São Vicente (antes da criação da capitania); Todos os Santos ou Porto de Santos ou Santos, Santo André da Borda do Campo, cujos habitantes foram transferidos para São Paulo do Campo de Piratininga, Nossa Senhora da Conceição de Itanhaém (Capitania de São Vicente).

Os governadores gerais não tinham a mesma prerrogativa dos donatários para criarem vilas, podendo fazê-lo somente por expressa ordem real, o que ocorreu na fundação de Salvador, em 1549, por Tomé de Sousa; em São Sebastião do Rio de Janeiro, em 1565, por Estácio de Sá; Filipéia de Nossa Senhora das Neves, depois Paraíba (hoje, João Pessoa), em 1585, pelo ouvidor Martim Leitão; São Cristóvão do Rio de Sergipe, em 1590, por Cristóvão de Barros; e Natal, no Rio Grande, no fim do século, e que teve, apenas em 1611, a sua câmara. Essas cidades litorâneas acompanharam as respectivas conquistas regionais, mas o desenvolvimento de São Paulo do Campo de Piratininga, porta do Sertão, teve um progresso autônomo.²⁸

²⁶ Francisco Adolfo de Varnhagen. *História Geral do Brasil*: antes de sua separação e independência de Portugal. Revisão e notas J. Capistrano de Abreu, Rodolfo Garcia. 10. ed. integral. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia; São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1981, p. 165.

²⁷ cf. Victor Nunes Leal. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo, no Brasil. 2. ed. São Paulo, Alfa-Ômega, 1975, p. 60.

²⁸ cf. Hélio Vianna, op. cit., pp. 87-88.

O município brasileiro nasceu autônomo e seguiu o modelo do município português, não sendo, portanto, uma mera corporação administrativa. O período áureo da autonomia municipal brasileira ocorreu à época das câmaras coloniais, logo depois sobrevieram a miúda interferência régia e a tutela imperial.²⁹ As municipalidades brasileiras, distantes dos negócios do reino, foram organizadas conforme originariamente estipularam as Ordenações Afonsinas (1446), mantidas as linhas gerais nas Ordenações Manuelinas (1514) e nas Ordenações Filipinas (1603).

No Brasil, apesar de vigentes, as Ordenações Afonsinas e as Manuelinas não foram aplicadas, mas as Filipinas tiveram amplo curso até a Lei de 1º de outubro de 1828, ou “Regimento das Câmaras Municipais do Império”, portanto após a independência.

Interessante anotar que os legisladores não criavam os concelhos, nem inventavam municípios, mas os reconheciam, dando-lhes personalidade jurídica.

As câmaras municipais seriam compostas dos juizes pedâneos, seus presidentes natos, e de vereadores eleitos pelos homens bons, vale dizer pelos cidadãos que haviam ocupado cargos da municipalidade ou governança da terra, espécie de nobreza constituída em classe e ciosa dos seus privilégios.³⁰ Dessas câmaras saíam os representantes do terceiro estado nas Cortes Gerais. Algumas câmaras brasileiras se fizeram representar.

Insatisfeitas com as atribuições legais, elas se arrogaram outras. As reuniões das câmaras de certas regiões (São Paulo e Minas Gerais) tomavam a feição de Cortes e, em Minas, chegou-se a usar esse nome. Elas promoviam a guerra e faziam a paz com os gentios, decretavam a criação de arraiais, convocavam juntas para discutir e deliberar sobre negócios da capitania, exigiam a presença de governadores no paço da câmara para discutir negócios públicos, chegando a substituir governadores até que a metrópole tomasse as providências cabíveis. Houve grande conflito entre as câmaras e as demais autoridades, demorando

²⁹ cf. Victor Nunes Leal, op. cit., pp. 50 e 60.

³⁰ Quando em função deliberativa, apenas juiz e vereadores, chamava-se *Vereação ou Conselho de Vereadores*, mais tarde câmara. As reuniões da câmara com outras autoridades e os homens bons chamavam-se *juntas gerais* (v. Victor Nunes Leal, op. cit., p. 60 e Max Fleiuss. *História Administrativa do Brasil*.)

para que a metrópole conseguisse circunscrever os municípios aos assuntos de sua atribuição local.

Os oficiais da câmara (juiz, vereadores, escrivão e procurador), eleitos³¹ de três em três anos: reunido o conselho, os homens bons da terra e o povo, o juiz lhes pedia que nomeassem seis homens para eleitores. A eleição³² era feita em escrutínio secreto, para que uns não soubessem quais os nomeados pelos outros. Apurados os votos pelo juiz e vereadores, eram proclamados os seis mais votados, os quais, divididos em três turmas de dois cada, elaboravam em cada turma um rol dos oficiais da câmara, sendo eleitos e registrados em uma pauta os mais votados. Assinada e fechada a pauta, o juiz da eleição (geralmente o corregedor, o ouvidor ou o juiz de fora, formava três pelouros para juízes, três para vereadores, e assim para cada ofício.³³

Segundo as Ordenações, inúmeras eram as atribuições dos vereadores: verificar os bens do concelho; promover a arrecadação de rendas; vigiar o estado dos caminhos, portos, fontes, calçadas e muros; tomar as contas dos tesoueiros; julgar alguns processos; acompanhar o andamento de obras. O juiz ordinário, ou do lugar, exercia a administração da justiça local através das vereações. Sua competência criminal limitava-se aos pequenos furtos e injúrias verbais. Em grau de recurso, julgavam as apelações da almotaçaria, isto é, do almotacé, fiscal de preços, tabelas, pesos, medidas e da limpeza urbana.³⁴

O Senado da Câmara³⁵ era uma modalidade da Câmara municipal e floresceu na Bahia, em São Luís do Maranhão, em Olinda e Belém, sendo criado no Rio de Janeiro em 11 de março de 1757. Teve uma esfera de poder limitada, mas também se arrogou em atribuições que invadiam a esfera dos governadores e até da Corte em Lisboa. Os exemplos maiores de insubmissão ocorreram em Belém e em São Luís.³⁶

O Senado da Câmara assumiu funções políticas além das de ordem econômica e local, originariamente a ele atribuídas. João Francisco Lisboa anota com muita razão, assevera Rocha Pombo, que o imenso poder que tiveram muitas câmaras é um dos fenômenos mais extraordinários que oferece a história do regime colonial.

Qual seria a explicação desse fenômeno? J. F. Lisboa rejeita várias teorias, dentre elas a de que a tendência refletiria a metrópole, onde a instituição havia ressurgido, na metade do século XIV, das tradições romanas, decaindo e anulando-se, em seguida, em toda a Europa com a consolidação da realeza. Para o historiador maranhense, a explicação estaria no estado excepcional das colônias, cujos moradores expulsaram os franceses e os flamengos, além de dominarem os índios. Conquistaram, assim, pelas armas uma nobreza, que as usurpações dos senados das Câmaras mantinham. Rocha Pombo elogia os argumentos de J. F. Lisboa, mas insiste na importância das funções que teve o regime municipal em toda a Europa depois da dissolução do império e que

[...] só afrouxou no século XIV. Nem é só na ordem administrativa local que se viriam reproduzir aqui na colônia instituições decadentes, ou mesmo já envelhecidas ou mortas lá no reino: na esfera do

³¹ Já em Portugal, pela Carta Régia de 12 de junho de 1391, conhecida como "Ordenações dos Pelouros", regulamentavam-se as eleições. Os concelhos deveriam ter uma lista permanente de pessoas idôneas para o desempenho de cargos municipais e cada nome deveria ser escrito em um papel (alvará), o qual era encerrado em uma pequena bola de cera (pelouro), a ser guardada em uma arca (a dos pelouros) a ser aberta por ocasião da renovação dos quadros municipais (cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. Breves notas históricas sobre os concelhos municipais e seus vereadores. Comunidades de Língua Portuguesa. *Revista de Cultura. Estudos Jurídicos (do Brasil para Portugal)*. São Paulo, 1984, pp.15-17.

³² Sobre as eleições das câmaras, desde a época colonial até, praticamente, os dias de hoje, v. Victor Nunes Leal, op. cit., cap. III, "Eletividade da Administração Municipal", p. 105 e ss.

³³ Dessa maneira, pelouros de vereação eram os papéis onde estavam escritos os nomes das pessoas que deviam servir de juizes, vereadores etc. Assim eram chamados por serem encerrados em bolas de cera, que tinha a forma de pelouro (bala de ferro para arma de fogo). O pelourinho, a coluna simbólica da vila, recebeu esse nome pelo fato de ali abrir-se a arca dos pelouros.

³⁴ cf. as referências às Ordenações em Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, op. cit.; v. tb. a propósito das importantes funções das

Câmaras, mais relevantes do que as das modernas municipalidades, Victor Nunes Leal, op. cit., p. 62.

³⁵ Cândido Mendes de Almeida anota que a graduação de Senado emergia por dignidade, honra e reconhecimento outorgável pelo rei, de igual maneira como, antes, recebera a Câmara de Lisboa. Cândido Mendes de Almeida. *Código Philipino*. Rio de Janeiro, Inst. Philomathico, 1870. 14. ed., p. 153, em nota.

³⁶ A respeito do "imenso poder político que se arrogam os senados das duas cidades, v. textos de João Francisco Lisboa, transcritos em Victor Nunes Leal, op. cit., p. 66 e ss.: "As Câmaras exerceram imenso poder, que se desenvolveu à margem dos textos legais e muitas vezes contra eles". V., tb., Caio Prado Júnior. *Formação do Brasil Contemporâneo-Colônia*, 1945.

direito, dos costumes, das ideias, do culto, etc., o mesmo fenômeno poderia ser observado”.³⁷

O Senado da Câmara, qualquer seja a explicação, tinha um poder muito extenso, tanto no domínio português quanto no espanhol, e os exemplos do exercício desse poder ocorreram contra o governadores e até contra a Coroa.

No paço do Senado da Câmara, como nas repúblicas italianas da Idade Média (ou no fórum romano), centralizava-se a vida local, com a celebração dos atos públicos, a posse das autoridades da capitania ou do distrito, o registro dos títulos dos funcionários, a reunião do povo para exercer o seu direito de representação ou de queixa.³⁸

Ao instalar-se uma câmara, celebrava-se a cerimônia do levantamento do pelourinho, símbolo do poder municipal, na praça fronteira ao edifício onde ela ia funcionar. As populações ansiavam esse alto predicamento que lhes assegurava a autonomia civil. Entusiasmavam-se pelo papel que assumia na vida do País, nunca compreendido como uma colônia ou feitoria da metrópole.³⁹

Algumas referências aos municípios e às câmaras coloniais são indispensáveis e envolvem temas de forte conotação contemporânea, como a citada projeção da criação de um novo império, as representações à Coroa pelo bem da terra com a nomeação de procuradores (mandato imperativo).

Com as Câmaras concorria diretamente o povo. Em todas as questões graves intervinha este como se fosse a autoridade suprema sem cujo concurso nenhuma resolução extraordinária seria autêntica. O governo da metrópole mandava sempre que em todos os casos excepcionais fossem ouvidos os povos.⁴⁰

Outro exemplo interessante reside na admissão junto às Câmaras dos mosesteres (na Bahia, desde o início do domínio espanhol), como representantes das classes populares e encarregados de concorrer com o poder municipal

no dar os regimentos aos ofícios e taxar certos preços de mão de obra. Em Portugal, havia os tais mesteres, desde 1535, pelo menos. O cargo passou a ser denominado juiz do povo, descrito por Rocha Pombo como uma “espécie de tribuno romano, imperando pelo tumulto e pela arruaça.

Ao tomar conta do governo — continua Rocha Pombo — como sucessor de d. Pedro de Melo [São Luís do Maranhão, meados do século XVII], estranhou Rui de Siqueira que houvesse ali aquela entidade política, e inquiriu a propósito os membros da Câmara. Disseram-lhe que não havia lei alguma criando semelhante cargo, mas que ‘estava nos costumes da terra’. Proscreeu-o o novo Governador; mas proscreeu apenas o título, pois que em vez do juiz do povo ficou o Procurador do povo, com as mesmas funções”. “No Rio de Janeiro, a ingerência direta da opinião nas coisas do governo era ainda mais formal. Os Procuradores do povo constituíam uma verdadeira corporação, que se formava sempre que os negócios públicos o exigiam.⁴¹

As velhas câmaras guardariam, tudo indica, um poder maior do que hoje ostentam. Os vereadores, pelo menos até independência, não tinham por que discutir a autonomia do município, nem a descentralização administrativa, pois tinham consciência de ter um governo próprio dirigido aos peculiares interesses da comuna.⁴²

Na verdade, com o século XVII, e vigência das Ordenações Filipinas, as municipalidades brasileiras assumiram um novo ordenamento jurídico. Os municípios continuaram com as atribuições de cuidar dos assuntos de ordem local, de natureza administrativa e policial, e até alguns judiciários.

Desde 1696 apareceram, no Brasil, os juízes de fora⁴³, nomeados pelo Rei, para os municípios mais importantes, em substituição aos juízes ordinários, competindo-lhes presidir a câmara. Os demais funcionários municipais passaram, também, a ser nomeados: o juiz de vintena, os almotacés e quadrilheiros.

As câmaras baixavam posturas e editais. De seus atos havia recurso para autoridades superiores,

³⁷ cf. Rocha Pombo. *História do Brasil*. vol. II. O regime colonial. São Paulo, Jackson, Inc., 1953, p. 139.

³⁸ Ibidem, p. 140.

³⁹ Ibidem, p. 141: “A primeira Câmara de São Luís, instalada em 1619, dirigia-se a el-rei desvanecida e grata, falando-lhe no ‘trabalho e sangue’ com que a terra fôra conquistada; oferecendo-lhe a vida ao real serviço ‘para fundar aqui um novo império’.”

⁴⁰ Ibidem, p. 141.

⁴¹ Ibidem, p. 142.

⁴² cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, op. cit. Acerca da questão da autonomia municipal no Brasil Colônia, há certa polêmica, como se verá adiante.

⁴³ *Juiz-de-fora* ou de *fora-aparte* era o magistrado imposto pelo Rei a qualquer lugar, sob o pretexto de que o de fora administra melhor a justiça do que o da própria localidade.

o Conselho Ultramarino, os corregedores de comarca, ouvidores-gerais ou da própria comarca.

Há divergência entre os historiadores a respeito da autonomia das câmaras no período colonial. Enquanto João Francisco Lisboa a exalta, Capistrano de Abreu, Viveiros de Castro e outros a contestam.⁴⁴

No século XVII, com a conquista do Norte, foram criadas as povoações de Fortaleza (vila somente muito mais tarde), São Luís (câmara em 1619) e Nossa Senhora de Belém; e com a conquista do Sul, surgiram municípios, em donatarias ou capitânicas reais: Paranaguá, São Francisco do Sul, Santo Antônio dos Anjos da Laguna, Curitiba.

Para a compreensão do papel e da importância dos municípios e das suas câmaras durante o século XVII, no Brasil colonial, é importante anotar que algumas concessões foram feitas às câmaras, em comemoração à vitória contra os holandeses, em Salvador. Privilégios aos membros da câmara dessa cidade foram outorgados e, em 1644, foi confirmada a criação de um juiz do povo, cargo extinto em 1713.

Significativo, outrossim, o fato de que os municípios foram mantidos na zona transitoriamente ocupada pelos holandeses no Nordeste.⁴⁵

No século XVIII, tivemos o mais prolongado dos dissídios municipais (a Guerra dos Mascates), justamente porque o Senado da Câmara de Olinda vetara que os comerciantes pudessem integrar a câmara da vila de Recife; a consolidação das cidades mineiras, depois da Guerra dos Emboabas, para consolidar a pacificação; a criação de municípios nas fronteiras do Sul e do Norte. No Sertão, também, se buscou assegurar o povoamento luso-brasileiro, com a forçada secularização das aldeias de indígenas administradas por sacerdotes, muitas transformadas em vilas. Isso já

se deu ao tempo do Marquês de Pombal, quando foram reguladas as relações entre governadores e câmaras. Essas já estavam em decadência, como órgãos de deliberação livre, tolhidas de diversas formas pela ação fiscalizadora de órgãos metropolitanos ou coloniais, administrativos ou judiciais.⁴⁶

A discussão sobre o município no Brasil Colônia não se resume, tão somente, ao problema da sua autonomia e ao da sua expressão como poder, nem a respeito da reminiscência curiosa nele de alguns institutos do Direito Público Romano, na longa caminhada do município português, de origem romana com posteriores influência visigótica e muçulmana. Os historiadores e sociólogos discutem, também, o caráter democrático, ou não, daquelas instituições, além de seu surgimento espontâneo ou artificial.

Dentro desse quadro, Oliveira Viana contribui de maneira significativa. Ele sustenta que no Brasil, até 1822, houve o regime do Estado-Império e que todos os funcionários da alta Administração, mesmo local, não eram eleitos pelo povo da Colônia. As câmaras municipais não teriam sido organizações democráticas, sim oligárquicas e aristocráticas. Nada teriam que ver com os "concelhos de aldeia" peninsulares, da época foraleira. As nossas câmaras não teriam tido, na economia administrativa colonial, qualquer sentido fisiológico, orgânico, estrutural.

Eram órgãos expletivos ou artificiais, para aqui trazidos e aqui armados como cousas importadas, sem correspondência orgânica com a estrutura da sociedade colonial — que não os exigia. O que esta pedia — como centro de autoridade e ordem — era o capitão-mor regente, senhor todo-poderoso das "vilas" e "povoações".⁴⁷

O povo não teria tido qualquer participação. Os homens bons, tantas vezes referidos, que eram os eleitores e os elegíveis, formariam uma aristocracia. Seus nomes estavam inscritos nos Livros da Nobreza, existentes nas câmaras. Somente eles poderiam ser eleitos: grandes proprietários rurais, residentes nos domínios (engenhos e fazendas) e dos comerciantes ricos, residentes nas cidades. Os elementos da classe dirigente apareciam apenas nos dias de gala, de festividades aldeãs, ou nos dias da reunião da câmara para efeitos de deliberação ou administração. A

⁴⁴ Capistrano de Abreu escreve: "Nada confirma a onipotência das câmaras municipais descoberta por João Francisco Lisboa, e repetida à porfia por quem não se deu ao trabalho de recorrer às fontes". Mas José Honório Rodrigues, em nota a esse texto, contrapõe à conclusão de Capistrano diante das atas da câmara de São Paulo, a observação de Edmundo Zenha, diante das mesmas atas: "atualmente é mais fácil andar certo exagerando com João Francisco Lisboa, que duvidando ou negando com Capistrano de Abreu" (Edmundo Zenha. *O Município no Brasil (1532-1700)*. São Paulo, Ipê, 1948). (cf. J. Capistrano de Abreu. *Capítulos de História Colonial (1500-1800)*. 5. ed. Revista, prefaciada e anotada por José Honório Rodrigues. Brasília, UnB, 1963, p. 154). Sobre a posição de Viveiros de Castro ao lado de Capistrano, v. Victor Nunes Leal, op. cit., p. 69.

⁴⁵ Hélio Vianna, op. cit. p.251.

⁴⁶ Hélio Vianna, op. cit. p. 326.

⁴⁷ Hélio Vianna, op. cit. p. 412.

teoria de Oliveira Viana reside na verificação de que na cidade do interior habitava uma espécie de plebe desqualificada (alfaiates, mercadores de balcão). No campo, ficavam os ricos. A situação alterar-se-ia nas cidades mercantis da costa ou nas regiões mineradoras.

Nós nunca tivemos, — afirma Oliveira Viana — nem conhecemos o governo direto do povo-massa; as assembleias populares do antigo direito foraleiro já haviam desaparecido com as primeiras Ordenações. Quando fomos descobertos e colonizados, já dominava a aristocracia dos ‘homens bons’. Eram eleitos pela nobreza local — e não pelo povo-massa, pela “gente mecânica” (artesãos, serviçais, criados, jugadeiros, homens da lavoura, do arado, da enxada e da foice).⁴⁸

Em suma, os elementos da população das vilas, termos e comarcas, que chamamos, realmente, hoje povo estavam excluídos praticamente — e também legalmente — da incumbência de concorrer para a constituição dos poderes públicos municipais — como eleitores, e também do próprio exercício destes poderes — como representantes. Durante cerca de 300 anos, não colaboraram portanto, nem podiam colaborar, na administração local — nem como eleitores (*jus suffragii*), nem como titulares qualificados (*jus honorum*).⁴⁹

Oliveira Viana, no entanto, aponta uma exceção democrática na vila de Piratininga, onde o povo, efetivamente, teria exercido como plebe, as funções reservadas em outras paragens do mundo colonial à nobreza de sangue e à nobreza da terra — à nobreza dos pelouros.

Em Piratininga, o povo aparece com seus procuradores reclamando, protestando, ameaçando, reivindicando direitos ou pedindo providências de interesse local. A explicação talvez esteja nos bandeirantes, os quais sempre estavam fora da cidade. Eram eles, os bandeirantes, da nobreza guerreira, não da riqueza. Aristocratas guerreiros, não plutocratas. Fora da vila, os bandeirantes deram espaço aos homens da “classe mecânica” (alfaiates, ferreiros, carpinteiros, pintores, pedreiros), abaixo da qual ainda havia a “classe operária” (“informa e rudimentar, representada pela plebe ínfima e desclassificada dos mamelucos e carijós vagabundos”). Piratininga foi um exemplo de “aldeia agrária” em funcionamento, como ainda se veria nos *pueblos* hispânicos, nas *gemeinden*

da Suíça ou nas *townships* anglo-saxônicas do povo e do velho continente. O povo paulistano teve, como os primitivos “burgos” saxões da fase pré-nórdica, uma escola de educação democrática, de formação da sua consciência pública e do seu sentimento político.⁵⁰

As câmaras (pequenas comunidades autônomas) não eram, de acordo com o escritor fluminense, uma democracia, pois não teriam nascido do povo-massa, eram criações oficiais, ordenadas mediante cartas régias ou portarias do governador. Da “povoação”, assim fundada, surgia mais tarde, conforme o progresso da população, a “vila”, com todo o seu aparelhamento administrativo.

6 O município depois da independência

Com a independência do Brasil, grande redução sofreram os municípios em sua autonomia. As novas câmaras, previstas na Constituição de 1824, para as cidades e vilas, reguladas pela lei de 1º de outubro de 1828, perderam as antigas funções judiciais, já reduzidas no regime colonial pela nomeação de juízes de fora pela Coroa. Passaram a ser meras corporações administrativas e somente podiam propor às assembleias provinciais a legislação atinente à polícia e à economia municipais. Com isso, perderam os municípios a antiga condição judiciária, que lhes outorgara a legislação colonial.

Mesmo com tal redução, as câmaras tiveram um papel relevante no espírito da elaboração da Carta de 1824,⁵¹ pois como é conhecido, o projeto da Constituição foi expedido a todas as câmaras municipais do Império, para receber sugestões e possíveis emendas. A do Rio de Janeiro propôs que o projeto se transformasse em Constituição, no que foi acompanhada por quase todas as outras. A vila paulista de Itu, por influência do Padre Diogo Antônio Feijó, apresentou críticas e emendas.

Em função dessa consulta e de seu resultado, o imperador, atendendo ao voto dos legítimos representantes da vontade popular, desistiu de convocar uma nova constituinte e outorgou o projeto

⁵⁰ Oliveira Viana, op. cit. pp. 402 e 415.

⁵¹ No curto período da volta de D. João VI até 1828, as câmaras cresceram em autonomia. Por isso, talvez, tenham apoiado tanto a Constituição de 1824. Não imaginavam as restrições mesquinhas da Lei de 1828. V. Victor Nunes Leal, op. cit., p. 73.

⁴⁸ Oliveira Viana, op. cit., p.400.

⁴⁹ Oliveira Viana, op. cit., p. 402.

como Constituição do Império do Brasil.⁵² Tenhamos presente que o Imperador, ao mandar observar a Constituição Política do Império (Carta de Lei de 25/03/1824) se refere expressamente a

[...] que tendo-Nos requerido os Povos deste Império, juntos em Câmaras, que Nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de Constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembleia Constituinte [...]

Aliás, a Ata da Aclamação do Imperador (12/10/1822) está repleta de referência às câmaras das cidades de diversas províncias, sendo mesmo subscrita, na sua quase totalidade, por vereadores e procuradores das vilas.

A propósito das câmaras, a Constituição de 1824 dispunha que elas existiriam em todas as cidades e vilas, então existentes, e também nas que se criarem no futuro, competindo-lhes o governo econômico e municipal (art. 167). E que seriam eletivas, compostas do número de vereadores, que a lei designar, sendo presidente o que obtivesse o maior número de votos (art. 168). Uma lei regulamentaria o exercício das funções municipais, formação das posturas policiais do município, aplicação de suas rendas e disporia sobre as atribuições (art. 169).

O Ato Adicional, Lei 16, de 12 de agosto de 1834, que alterou a Constituição do Império, manteve a preeminência das províncias, mas determinou a competência das assembleias legislativas provinciais para legislar sobre a polícia e economia municipal, precedendo propostas das câmaras; sobre a fixação das despesas municipais, podendo as câmaras propor os meios de ocorrer às despesas dos seus municípios; sobre a repartição da contribuição direta pelos municípios da província e sobre a fiscalização do emprego das rendas municipais; e, ainda, sobre a criação e supressão dos empregos municipais. A Lei 105, de 12 de maio de 1840, interpretou alguns artigos daquela reforma constitucional, restringindo a autonomia municipal alargada pelo Ato Adicional.

A já referida Lei de 1º de outubro de 1828, que deu nova forma às câmaras municipais, marcou suas atribuições e processo para a sua eleição, chamada Regimento das Câmaras Municipais do Império, esteve em vigor durante todo o Império, até 1891. Substituiu,

portanto, as Ordenações do Reino, cujos dispositivos não mais valiam em face da Constituição de 1824. O art. 24 daquela lei diz tudo, em relação à perda da importância municipal, conforme já mencionado:

As Câmaras são corporações meramente administrativas, e não exercerão jurisdição alguma contenciosa.

7 O município nas constituições republicanas

O Título III da Constituição Republicana, “Do Município”, tem apenas um artigo:

Art. 68. Os Estados organizar-se-ão por forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

A Federação estava sendo implantada. A crítica à centralização do regime anterior não prestigiou aos municípios, porém aos estados-membros. Algumas ideias do projeto originário e dos decretos da proclamação da república foram suprimidas, como a de eleição dos funcionários municipais e o direito de voto e elegibilidade dos estrangeiros residentes no município. Não obstante o resultado final, os debates no Congresso revelaram a preocupação de a Federação ser funesta à organização municipal. O resultado final não prejudicou a defesa das prerrogativas municipais. João Barbalho pode escrever em comentário ao texto constitucional:

E esta entrega dos negócios municipais, sem exceção, aos próprios munícipes é não somente lógica, num regime federal representativo, como é benéfica e de salutares efeitos. Esta gestão independente e autônoma é própria dar maior incremento à vida local. Sentindo os munícipes que realmente esta depende só deles, que são assim senhores e árbitros dos negócios municipais, desprendem-se da inércia e indiferença, de que do contrário se deixariam possuir, e atiram-se com sério empenho à atividade e trabalho em prol desses interesses, cuja satisfação aproveita tão intimamente a sua localidade, e mourejam por mantê-la próspera, por melhorá-la. ora, o município é uma miniatura da pátria, uma imagem reduzida dela, é nas cousas políticas, como já o disse alguém, o primeiro amor do cidadão. Esse amor, esse aferro ao torrão natal, ao círculo das relações de vizinhança, de contigüidade, de comunidade de interesses, engendra o espírito cívico. a autonomia local o desenvolve, o engrandece, o nobilita. E esse patriotismo local, de si mesmo sereno, intenso, duradouro, é a raiz do patriotismo nacional. É erro, pois, cercear essa autonomia. Seria mais que erro

⁵² Hélio Vianna, op. cit. p. 431.

mesmo, um verdadeiro atentado, se prevalecesse na República o sentimento vesgo, desconfiado, tacanho, esterilizador, que na monarquia atrofiou o elemento municipal.

A história ensina que os países de liberdades municipais são os de maior resistência à tirania. É lição para aproveitar-se.⁵³

A Constituição de 1934 deu ênfase à autonomia municipal, apesar de inserir a instituição municipal nos Estados-membros, os quais deveriam respeitar aquela autonomia (art. 7º, d). Determinou que os municípios seriam organizados de forma que lhes ficasse assegurada a autonomia em tudo quanto respeite a seu peculiar interesse, especialmente quanto à eletividade do prefeito e dos vereadores, a decretação de seus impostos e taxas, como a sua arrecadação e rendas, bem como a organização dos serviços municipais (art. 13). Os poderes municipais, dessa forma, foram enumerados como os da União e dos estados. No regime constitucional precedente, o da República velha (1891-1930), de excesso de federalismo (chamada de política dos governadores) os municípios foram muito cerceados. Interessante registrar que no famoso anteprojeto de Constituição, elaborado por comissão geradora de inúmeras propostas revolucionárias, discutiu-se a ideia de constituir as câmaras municipais de representantes das classes profissionais:

Os Conselhos municipais poderão ser constituídos mediante representação de classe. O Poder Executivo, porém, será exercido por um prefeito, eleito por sufrágio igual, direto e secreto (art. 88 do cit. anteprojeto).⁵⁴

A Constituição de 1937, outorgada depois de um golpe de estado, oferece vários paradoxos. Acoimada de fascista, na verdade não o é, refletindo, tão somente, a tendência da época de Estados fortes, além da repercussão tardia de uma ditadura positivista, que não vingara nos primeiros momentos da República, apesar da força de seus propagandistas. Não é possível saber se era, ou não, um bom instrumento de governo, porque, a rigor, jamais teve vigência, apenas inaugurando uma ditadura, pois seu último dispositivo

acitava submetê-la a um plebiscito que jamais foi realizado. Sua contribuição para a questão municipal está na ideia de os municípios poderem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns e tais agrupamentos seriam dotados de personalidade jurídica (art. 29). O presidente da República seria eleito por um colégio eleitoral, do qual participariam eleitores designados pelas câmaras municipais (art. 82, a).

Na Constituição de 1946, como já assinalado, de concepção liberal arraigada do pós-guerra, a ideia municipalista ressurgiu com força, embora sempre atrelando o município ao estado-membro da Federação, vale dizer, impossível a existência de unidade federada sem vida municipal. Essa linha foi mantida nas Cartas de 67 e na Emenda Constitucional de 1969.

8 O município no atual regime constitucional brasileiro

Na Constituição de 1988, o município integra a Federação: a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal (art. 1º). Cada município rege-se-á por uma lei orgânica aprovada por dois terços dos membros da respectiva câmara municipal, devendo o seu conteúdo observar o disposto na Constituição do estado-membro, onde se situar, e a Constituição Federal, além de determinados preceitos que essa última lhe impõe (art. 29). Dessa maneira, o Estado brasileiro impõe aos municípios o seu próprio modelo político, fundado na representação política (câmara de vereadores) e na eleição majoritária do chefe do Poder Executivo (prefeito), evidente a analogia com o Parlamento e com o presidente da República. Semelhantes às do Congresso, igualmente, as funções legislativas e fiscalizadoras da câmara de vereadores. O número de vereadores é proporcional à população do município, observados determinados limites. Não há Justiça municipal e o prefeito tem o foro privilegiado do Tribunal de Justiça do estado-membro, a quem compete julgá-lo (no Brasil, não obstante a grande parte do ordenamento positivo seja nacional, vale dizer federal, há duas Justças, a federal e a de cada um dos estados-membros). O sistema de controle das contas municipais é, também, semelhante ao das contas da União: a fiscalização é exercida pelo Legislativo (câmara municipal), mediante controle externo, e pelo controle interno do próprio Executivo. A câmara municipal é

⁵³ João Barbalho Uchoa Cavalcanti. *Constituição Federal Brasileira. Comentários*. Ed. fac-similar. Brasília, Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 283.

⁵⁴ cf. Ronaldo Poletti. *A Constituição de 1934*. Brasília, Fundação Projeto Rondon, 1986; v. tb. José Affonso Mendonça de Azevedo. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, 1933.

auxiliada no controle externo pelo Tribunal de Contas do Estado. Enfim, o município na Constituição brasileira é uma cópia menor, uma miniatura, do Estado, e como ele abre duas exceções ao regime representativo: a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado; e a possibilidade de questionar-se a legitimidade das contas municipais, as quais ficarão durante sessenta dias, anualmente, para exame e apreciação, à disposição de qualquer contribuinte (note-se a reminiscência das origens do sistema liberal, quem fiscaliza ou quem se representa é o proprietário ou quem paga impostos). A autonomia municipal reside em legislar sobre assuntos de interesse local e em suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; em instituir e arrecadar os tributos de sua competência (propriedade predial e territorial urbana; transmissão *inter vivos* de bens imóveis; serviços de qualquer natureza). O município poderá constituir uma guarda municipal destinada à proteção de seus bens, serviços e instalações, não, todavia, para exercer funções de polícia de segurança ou de trânsito. Os estados membros poderão, em face de determinadas situações, intervir em “seus municípios”.

Compete aos municípios instituir determinados impostos (propriedade predial e territorial urbana; transmissão *inter vivos*, serviços). Na repartição tributária, pertencem aos municípios determinados percentuais dos produtos da arrecadação de impostos, sendo que a Constituição disciplina, ainda, a entrega pela União de parte do Imposto de Renda para fundos de participação de municípios.

Desde 1967, é possível instituir regiões metropolitanas, constituídas por municípios, que façam parte da mesma comunidade sócioeconômica. Então, a sua criação dependia de lei complementar da União Federal, mas com a Constituição de 1988, a competência é dos estados membros e, além dos municípios, o conceito de regiões metropolitanas abrange aglomerações urbanas e microrregiões,

[...] constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (art. 25, § 3º)

As leis municipais, embora não possam ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, restrita que é ao exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, podem ser examinadas quanto à sua compatibilidade

com a Lei Maior, em concreto, na via incidental, e, por intermédio de recurso extraordinário, suscitar uma decisão a respeito pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, mediante interposição daquele recurso, a validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal. Não cabe ação declaratória de constitucionalidade em relação às normas municipais, como se deduz de forma analógica com a ação direta de inconstitucionalidade.

No tocante, ainda, à questão da constitucionalidade, anote-se que

[...] cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual [...] (Constituição, art. 125, § 2º)

9 O município. A democracia. Os novos tempos. Sua força na fragilidade do Estado Nacional

A questão que se coloca consiste em saber sobre o papel que pode exercer o município, bem como a sua situação em uma futura organização política, a qual pode encontrar contornos surpreendentes no Brasil e na própria América Latina.

A partir da evolução histórica do município brasileiro, desde a sua origem romano-visigótica-portuguesa até a admirável experiência no Brasil colonial e sua paulatina perda de autonomia e importância a partir da independência, bem como sua problemática nas vicissitudes republicanas brasileiras, algumas observações podem ser feitas, as quais se amoldam perfeitamente à discussão sobre a reforma contemporânea do Estado (talvez sua superação democrática).

O município tem sido sempre um espelho do modelo hegemônico ou do centro irradiador dessa hegemonia.

O município romano foi uma pequena Roma e teve instituições políticas assemelhadas. Os concelhos medievais parecem amoldar-se ao sistema dos governos feudais, embora fossem também uma forte reminiscência do município romano mais o direito local e visigótico, sem prejuízo, na Península Ibérica, da influência muçulmana.

No Brasil Colônia o município adquiriu importância extraordinária, chegando a concorrer com o Poder Central, enquanto foi útil para a Coroa na defesa de seus territórios. Depois, pouco a pouco,

o Estado foi restringindo a ação municipal, até tolhê-la em definitivo.

Quando a independência foi proclamada, voltaram os municípios a garanti-la e a constituir o Império para, logo em seguida, o Governo restringir a sua autonomia, a ponto de a propaganda republicana erigi-la como uma das suas bandeiras políticas. A República brasileira veio, todavia, com o federalismo e os municípios foram atrelados aos estados-membros.

No Brasil republicano ocorre uma ciranda, em que a União (Governo Central), o estado-membro e município dançam em uma combinação de duplas que se destacam, conforme haja mais ou menos Federação. Quando a Federação se afirma (1891 e 1946), cresce o estado-membro e a dupla União e município se enfraquece; quando se acentua a centralização, destaca-se a União, enfraquece-se o estado e pode o município perder completamente o seu significado (1937 – Estado Novo) ou sobreviver durante algum tempo em sua autonomia (1934). Se a Federação míngua quase que completamente, substituída pelas ideias de segurança e desenvolvimento, transposição do lema positivista da “ordem e progresso”, os estados perdem a importância e o município pode dançar a dança hegemônica com o Governo Central (1967 e 1969).

O que se pode realçar está em que as Constituições políticas parecem, sempre, se opor à Constituição real. É uma consequência do Estado, vale dizer, a partir do aparecimento do Estado moderno. O tema, no Brasil, é recorrente e repousa em uma evidente contradição ou oposição entre o País real e o País legal.

A colocação parte, também, de Proudhon: as Constituições políticas nada mais fazem do que tentar alterar a realidade social.

No Brasil, a realidade está e sempre esteve nos municípios. Neles é que está o povo; neles está o homem situado em suas comunidades naturais. A força do Brasil está em seu interior, não nas abstrações estatais centralizadas ou “estadualizadas”.

Se verificarmos a história constitucional brasileira, concluiremos que, sempre, desprezamos a nossa realidade para adotar concepções importadas, vindas de fora. Em 1824, a ideia da monarquia constitucional e o projeto de Benjamin Constant referente ao Poder Moderador. Na República, o embate entre o liberalismo do Direito Público americano e federalista, ao qual Rui

Barbosa aderira em substituição às instituições inglesa, por ele antes propagada, e o positivismo de Augusto Comte, que, derrotado na Constituinte, refugiou-se no Rio Grande do Sul, para voltar pela Revolução de 30 e consolidar-se em 37, repercutindo, ainda, em 64-67-69 (basta substituir “Ordem e Progresso” por “Segurança e Desenvolvimento”). Na Constituição de 34, além da influência de Weimar, os primeiros sinais da excessiva preocupação com a segurança interna. Em 1937, a forte influência dos “Estados” fortes da Europa, nada que ver com o fascismo, sim com a ditadura republicana positivista, mais o drama de uma Carta que jamais entrou em vigor, condicionada que estava a uma aprovação por um plebiscito, que jamais ocorreu. Em 1946, os nossos constituintes voltaram-se para o liberalismo do países vitoriosos na guerra mundial. Em 64 e adiante, de um lado o positivismo redivivo na ditadura republicana positivista exercida pelo Exército (leia-se “Forças Armadas”) e de outro a influência americana sobre a segurança nacional, necessária para enfrentar a Guerra Fria. Em 88, muitas influências em oposição ao regime precedente mais as semelhanças com as Cartas portuguesa e espanhola, que tinham sido editadas, também, após as ditaduras salazarista e franquista.

Nas Constituições todas, o município variou em sua autonomia maior ou menor, mas sempre amoldado aos interesses do centro e, pior, quando mais submetido aos estados da Federação. A crítica pode ser mais grave se adicionarmos o problema da representação política, na forma da liberal democracia, que favorece um exercício do poder que vem de fora, não obstante a força eleitoral municipal.

Foram precisos mais de cem anos de República para que o município fosse reconhecido como membro da Federação brasileira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

Art. 18 A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição.

Parece sintomático que isso ocorra justamente quando o Estado Nacional, Territorial, Soberano, o Estado Moderno, enfim, está a esvaír-se diante da globalização econômica, da formação de grupos supranacionais e da comunicação veloz, que aproxima

os povos e as cidades, independentemente e mesmo à revelia dos aparelhos estatais.

O Brasil mesmo se compromete a buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único, da Constituição).

Não se deve esquecer que o Estado moderno nasceu absoluto (o príncipe livre das leis – *legibus solutos*) e as diversas tentativas de transferir a soberania para o povo não vingaram. O povo continuou a ser mero elemento material do Estado, ao lado do território e do governo. A soberania, embora contida pelas leis na projeção do Estado de Direito (governo das leis e não dos homens), em nenhum momento afastou-se do seu atributo da incontrastabilidade, inviabilizando as estruturas supranacionais e até a sociedade das nações.

Quando este Estado, afinal, parece esmorecer e ruírem-se as suas estruturas artificiais, dentre elas as fronteiras, é como se um gigantesco prédio desabasse pelas suas paredes externas e internas ou um fóssil congelado tivesse derretido a sua embalagem, para do degelo ou da demolição surgir algo que estava oculto e que sobrevive apesar daquele arcabouço destruído.

Se a teoria da Escola Romanista estiver certa em relação aos salvados das invasões bárbaras e do domínio muçulmano, quando as instituições imperiais romanas ressurgiram, como se nada tivesse acontecido, algo de semelhante aconteceria agora após a passagem do Estado-Nação, gerando certo degelo das estruturas estatais, para o município autônomo reaparecer em todo o seu esplendor humano e natural.

Perece o Estado nacional soberano e o que sobra são as cidades, os municípios, onde o homem e o povo estão situados de maneira natural, concreta e histórica.

Quando se propõe o regime democrático, a primeira objeção que se apresenta no Brasil e, provavelmente, em todos os Estados de significativa expressão territorial, está na impossibilidade de o povo reunir-se para autogovernar-se. O que se oporia, então, à ideia democrática nas comunidades municipais? No Brasil é, justamente, nas cidades pequenas do interior, onde o povo parece ter consciência plena de seus problemas e os direitos da cidadania são mais claramente exercidos. A imensa força brasileira, aliás, vem mesmo é do interior e não das megalópolis do

litoral, sujeitas desde sempre a uma influência vinda de fora.

A democracia é factível a partir das pequenas comunidades, onde o homem simples, com a sua família e a sua religião, se situa, como membro partícipe do Governo.

A seara histórica do município brasileiro, com suas complicadas discussões a respeito, desde Portugal, das origens romanas, ou da sua real ou imaginária autonomia dos primeiros tempos do Brasil, onde se praticaria, ou não, o governo do povo, com os seus defensores e outras reminiscências da Roma democrática, indica uma tendência utópica em relação ao passado. Se essas generosas projeções em relação às câmaras municipais e sua importância não corresponderem à verdade histórica ou suscitarem polêmicas, pouco importa, porque o que interessa é o aproveitamento dessas ideias para a construção do futuro na América Latina, sendo certo que o fundamento das utopias, não raro se encontra também no passado.

Referências

ABREU, J. Capistrano de. *Capítulos de História Colonial (1500-1800)*. 5. ed. Revista, prefaciada e anotada por José Honório Rodrigues. Brasília, UnB, 1963.

ALBORNAZ, Sanchez. *Ruina y extensión del municipio romano en España e instituciones que le reenplazan*. Buenos Aires, 1943.

_____. El gobierno de los ciudades de España del siglo V al X, in *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*. México, 1965.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. _____. Rio de Janeiro, Inst. Philomathico, 1870. 14. ed.

ARMÁRIO, Faustino Gutiérrez-Alvis y. *Diccionario de Derecho Romano*. 3. ed. Madrid, Réus, 1982.

AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, 1933.

CAETANO, Marcelo. *História do Direito Português. Fontes-Direito Público (1140-1495)*. 2. ed. Lisboa, Editorial Verbo, 1985.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira. Comentários. Ed. fac-similar*. Brasília, Senado

Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992.

CLARK, Giovani. *O Município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte, DelREy, 2001.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. 6. ed. Porto Alegre, Editora Globo, 1984.

FLEIUSS, Max. *História Administrativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo, Melhoramentos, 1922.

GIORDANI, Mário Curtis. *História dos Reinos Bárbaros*. I vol. (4. ed.), II vol. (3. ed.), Petrópolis, Vozes, 1993.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. 2. ed. São Paulo, Alfa-Ômega, 1975.

MAIA, João de Azevedo Carneiro. *O Município. Estudos sobre Administração Local*. Rio de Janeiro, Typ. de G. Leuzinger e Filhos, 1883.

MERÊA, Paulo. *Estudos de Direito Visigótico*. Coimbra, 1948.

NEVES, D. Lucas Moreira. Política e cidadania se abraçaram in *O Estado de São Paulo*, de 18/09/1996.

MOMMSEN, Theodor, *Le Droit Public Romain*. Trad. Paul Frédéric Girard. Tomo VI, 2ª Parte. Paris, Ernest Thorin Editor, 1889. pp. 443-4.

NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *Teoria do Município*. Revista de Direito Público, São Paulo, 6: 7-21, 1968.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Breves notas históricas sobre os concelhos municipais e seus vereadores. Comunidades de Língua Portuguesa*. Revista de Cultura. Estudos Jurídicos (do Brasil para Portugal). São Paulo, 1984.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *A Constituição de 1934*. Brasília, Fundação Projeto Rondon, 1986.

POMBO, Rocha. *História do Brasil*. vol. II. O regime colonial. São Paulo, Jackson, Inc., 1953.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo-Colônia*, 1945.

SALGADO, Plínio. *Direitos e Deveres do Homem*, 1949.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História Geral do Brasil: antes de sua separação e independência de Portugal*. Revisão e notas J. Capistrano de Abreu, Rodolfo Garcia. 10. ed. integral. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia; São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1981.

VIANNA, Francisco José Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil e Instituições políticas brasileiras*. Introd. de Antonio Paim. Brasília, Câmara dos Deputados, 1982.

VIANNA, Hélio. *História do Brasil*. 15. ed. revista por Hernâni Donato (14. ed. revista por Américo Jacobina Lacombe e por Rosa Martia Barbosa de Araújo). São Paulo, Melhoramentos, 1944.

ZENHA, Edmundo. *O Município no Brasil (1532-1700)*. São Paulo, Ipê, 1948.

Orçamento público, ajuste fiscal e administração consensual

Jessé Torres Pereira Junior* e Thais Boia Marçal**

Resumo

O Estado pós-moderno compromete-se a efetivar os direitos fundamentais que a Constituição assegura aos cidadãos, sem exclusão, entre eles o direito à boa Administração Pública. É instrumento de conformação desta, no direito público contemporâneo brasileiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja edição completa 15 anos e em face da qual se promovem ajustes conciliadores das leis orçamentárias com a realidade socioeconômica em permanente mutação. Ajustes que devem resultar do diálogo entre as instituições representativas da sociedade, de sorte a conduzir a escolhas que serão tanto mais eficientes quanto pautadas na consensualidade.

Palavras-chave: Orçamento público. Ajuste fiscal. Administração pública dialógica. Lei de Responsabilidade Fiscal.

1 Introdução

Exsurge, nos últimos trinta anos, o estado pós-moderno, gerencial, mediador e garantidor. Estado jungido ao respeito pela dignidade da pessoa humana¹,

tangido pela efetivação dos direitos fundamentais², entre os quais o direito à boa administração pública³.

No cenário da pós-modernidade, cumprem nodal importância a discussão, a elaboração e o cumprimento das leis orçamentárias, na qualidade de instrumento destinado a viabilizar o desempenho das funções estatais.

Sobrevindo retração econômica, reclama-se da gestão estatal a promoção de ajustes fiscais, com o fim de viabilizar o manejo do orçamento de molde a atender à conjuntura, sem extrapolação dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

O desafio desses ajustes estará em identificar escolhas que satisfaçam a lógica da boa governança, o que demanda diálogo institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo em busca de soluções pautadas pela consensualidade, cuja origem estará, porém, na sociedade e não, apenas, na interpretação que dela fazem os agentes políticos, segundo suas próprias conveniências.

* Desembargador do TJRJ. Professor coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola de Direito-Rio, da Fundação Getúlio Vargas.

** Advogada. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Bacharela em Direito pela UERJ.

¹ Dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62. Ana Paula de Barcellos ressalta, ainda, que “o efeito pretendido pela dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora este efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que

o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas, sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 368.

² A expressão “direitos fundamentais” é desenvolvida na cultura jus política alemã, que demonstra a intenção de conferir a tal categoria de direitos fundamentação transcendente. A doutrina francesa denomina tais direitos como liberdades públicas, na busca de enaltecer o caráter limitador da potestade estatal. A doutrina anglo-saxônica prefere direitos civis (*civil rights*), com o fim de reforçar a sua vinculação com a temática da cidadania e de seu reconhecimento no âmbito da esfera pública (*civitas*). Cf.: GOUVÊA, Marcos Maseli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 220.

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 293.

2 Orçamento público

2.1 Conceito

Nos estágios do estado liberal (*gendarme*) e do estado do bem-estar (*welfare*), o orçamento público relacionava receitas⁴ e despesas, ou seja, estimativa das primeiras e fixação das segundas⁵, a cada ano, constituindo o marco delimitador da atividade financeira do Estado no período de sua respectiva vigência⁶.

A concepção persiste como conceito básico, mas deve ser coadunada com a noção de que se trata de instrumento utilizado pelo governo para atingir metas traçadas em plano de gestão⁷, inferido como instrumento de controle político das atividades governamentais⁸.

Com o crescimento do *Welfare State*, no pós-guerra do século XX, a preocupação estrita com o equilíbrio contábil anual das contas públicas dá lugar a considerações mais amplas⁹ a respeito da função social do orçamento público. Nasce o chamado “orçamento-programa”, por meio do qual se expressa, se aprova, se executa e se avalia o nível de cumprimento do programa de governo para cada período orçamentário, levando-se em conta as perspectivas de médio e longo prazos, a constituir um instrumento de planejamento¹⁰.

Élida Graziane Pinto¹¹ dá um passo adiante e pondera que

[...] falar em controle das contas públicas é tratar — pela interface da previsão orçamentária e da efetiva alocação de recursos financeiros — do custeio de políticas públicas... cumpre não perder de vista que o orçamento é, além de instrumento de controle, uma peça imprescindível de planejamento e definição das prioridades do Estado. As políticas públicas integram o núcleo normativo definidor das atividades-fim do Estado. São, em última instância, a representação — organizada em diretrizes gerais e dentro de projetos e atividades — das funções constitucionalmente atribuídas à Administração Pública. Exemplo disso são os deveres de segurança pública, de saúde, de educação, de proteção ao meio ambiente, de tutela à criança e ao adolescente, de garantia da estabilidade da moeda e das relações econômicas etc. Certo é que o Estado se desincumbe de tais deveres por meio de estruturados planos de ação governamental, aos quais podemos individualmente chamar, grosso modo, de política pública. Em se considerando que o regime de orçamentação adotado no Brasil é o de orçamento-programa (de acordo com o art. 22, IV, da Lei nº 4.320/1964), tem-se que o conceito de política pública envolve o desempenho de programas de trabalho nas mais diversas funções sob incumbência do Estado (como são a função de acesso à justiça, a legislativa, a de educação, a de saúde etc.). Os programas de trabalho, por seu turno, pressupõem a interação dinâmica de meios de que o Estado dispõe (no que se incluem pessoal, bens, verbas, prerrogativas e processos) para o cumprimento de determinadas finalidades públicas. Não se trata apenas de planejar a ação estatal, mas de assegurar a sua consecução, dentro das metas físicas e financeiras inscritas na lei de orçamento [...].

O orçamento-programa, como instrumento de planejamento¹², permite identificar o rol de projetos e atividades que o governo pretende realizar e, em alguns casos, identificar os objetos, as metas e os resultados

⁴ Para Eduardo Mendonça “soa razoável que o Estado, em princípio, só arrecade coativamente aquilo que for necessário” - Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 644.

⁵ GONÇALVES, Hermes Laranja. *Uma visão crítica do orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40.

⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica de responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo. *Revista Ibero-americana de Direito Público*, n. 6, 2001, p. 16.

⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 34.

⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁹ CORREIA NETO, Celso de Barros. *Orçamento Público: uma visão analítica*. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/sof/sof_2010/monografias/tema_2_3%C2%BA_monografia_celso_de_barros.pdf>. Acesso em: 28 set. 2011, p. 12.

¹⁰ GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

¹¹ PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, pp. 83-84.

¹² O planejamento deve ser compreendido como uma aglomeração de múltiplas atividades, incluindo análises socioeconômicas, definição de metas, apresentação de premissas, estudos, seleção e escolha final de cursos de ação, orçamento, programação de trabalhos, instituição de normas e métodos, medidas dos resultados, em quantidade e qualidade e revisão contínua dos planos. Cf. NASCIMENTO, João Alcides do. O papel do orçamento público no processo de planejamento da ação política. Energia, entropia e informação, fatores a considerar. *Revista da ESG*, volume IX, n. 25, ano 1993, p. 24.

esperados¹³, gerando influência direta na economia do país na medida em que traduz a execução de planos e projetos voltados para o desenvolvimento¹⁴ da comunidade¹⁵.

Programa é o instrumento de organização da ação governamental, daí o orçamento público passar a instrumento de programação da ação governamental¹⁶ ao articular um conjunto de ações para cumprir objetivos predeterminados, mensurados por indicadores estabelecidos em plano plurianual comprometido com o atendimento a necessidades ou demandas da sociedade.

Assim, o desafio atual das nações soberanas é o da persecução mais eficaz de domar os gastos públicos, redirecionando-os à execução das políticas públicas legitimadas no texto das Constituições e de leis a elas complementares¹⁷.

2.2 Despesa pública: implementação de direitos fundamentais

A despesa pública é o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, cumpre finalidades e atinge objetivos. Do ponto de vista formal, as despesas públicas deverão estar previstas no orçamento, nos termos constitucionais e legais, devendo o seu conteúdo vincular-se, juridicamente, às prioridades eleitas pelo constituinte originário¹⁸.

A cidadania fiscal abrange, em seu sentido amplo, além da problemática da receita, os aspectos mais largos da cidadania financeira, que, vertente da despesa pública, envolve as prestações positivas de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos sociais, segundo as escolhas orçamentárias¹⁹.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais pressupõe a definição, pelos Poderes Executivo e Legislativo, dos instrumentos de deliberação sobre verbas necessárias e suficientes para a consecução das políticas públicas²⁰.

A escassez de recursos em face de necessidades complexas e de grande porte reclama eficiência na avaliação da tormentosa conciliação entre resultados a alcançar e recursos finitos, relação instigante das chamadas “escolhas trágicas” com que se defrontam os Poderes Públicos, inclusive o Judiciário, quando chamados a estabelecer prioridades, definir deveres jurídicos, configurar inadimplementos e ordenar investimentos. Em outras palavras, trata-se de representar as realizações em índices e indicadores, para possibilitar comparação com parâmetros técnicos de desempenho e com padrões já alcançados anteriormente²¹.

Com a avaliação da eficiência do ato aperfeiçoado ou da política pública implementada, procura-se analisar o grau com que os objetivos e as finalidades do governo (e de suas unidades) foram alcançados. Trata-se, então, de medir o progresso alcançado, se é que o foi, dentro da programação governamental²².

Tal eficiência deve ser entendida de forma ampla,²³ a orientar toda e qualquer atuação da Pública Administração, não se limitando à sua função administrativa.

¹³ NASCIMENTO, Carlos Valder do, op. cit., p. 12.

¹⁴ Ao incorporar o sistema de planejamento, o orçamento deve definir a política econômica, e não o contrário. Cf. SABBAG, César. *Orçamento e Desenvolvimento – Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas*. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 264.

¹⁵ GONÇALVES, op. cit., p. 41.

¹⁶ SILVA, Guilherme Amorim Campos da; TAVARES, André Ramos. Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 3, 1995, Rio de Janeiro, pp. 119-120.

¹⁷ Adota-se o conceito de políticas públicas proposto por Maria Paula Dallari Bucci, de modo a entendê-las como “programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para realização de objetivos socialmente e politicamente relevantes”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

¹⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 647.

¹⁹ *Ibidem*, p. 646.

²⁰ MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, custos e escolhas orçamentárias: em busca de parâmetros constitucionais*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/ena/pdf/ClaraCardosoMachado_DireitosFundamentaisSociais.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

²¹ GIACOMONI, James. Op. cit., p. 309.

²² *Ibidem*, p. 310.

²³ CALIENDO, Paulo. “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 179.

3 Lei de Responsabilidade Fiscal

O art. 165, § 9º, da Constituição remete à lei complementar a matéria versada nos incisos I e II:

[...] dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual [e] estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e o funcionamento de fundos [...].

Eis a raiz da Lei Complementar 101. Houve demora dos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração do projeto que cumpriria o que a Constituição de 1988 prometia, ainda que abreviado por força, como notório, de pressão internacional para que estados em dificuldades no equilíbrio entre receita e despesa de seus orçamentos nacionais se ajustassem à responsabilidade fiscal, proposta que circulava no cenário financeiro internacional desde o início da década de 1990, tanto que a Nova Zelândia inaugurou o ciclo ao aprovar a sua lei de responsabilidade fiscal em 1994²⁴. O modelo neozelandês foi instituído por incentivo da OCDE e importado pelo Brasil em suas linhas gerais²⁵.

Segundo José Maurício Conti²⁶, a Lei de Responsabilidade Fiscal foi um marco para o Direito Financeiro, pois regulamentou o art. 163 da CR/1988, que exige lei complementar para estabelecer normas gerais de finanças públicas. É “divisor de águas” entre o período que a antecedeu, marcado por forte inflação e descontrole de contas públicas, e o que a sucedeu, quando esses problemas foram submetidos a controle.

Para Ives Gandra Martins, a Lei Complementar 101/2000 representa o mais avançado instrumento

legislativo da história brasileira para controle dos orçamentos²⁷.

3.1 Concretização do direito fundamental à boa gestão pública

A gestão pública transforma-se ao longo dos últimos anos. Deve passar a pautar-se pelo efetivo atendimento às demandas da sociedade, em perfeita consonância com as premissas da Constituição da República²⁸. Daí a exigência de paradigmas mais gerenciais e transparentes.²⁹ Surge a proposta de governança pública, na qual a sociedade possa ter conhecimento e cobrar as definições das despesas governamentais, assegurando-se de que a entrega do serviço ou do bem público desejado se faz segundo parâmetros aferíveis, eficientes e eficazes³⁰.

A adoção de práticas de governança corporativa pela Administração Pública se recomenda como ferramenta capaz de aproximar o cidadão do estado, democratizando a sua participação nas questões que o afetam³¹. Ou seja, a gestão financeira do Estado deve conciliar eficiência econômica e exercício da democracia³².

Outro ângulo sob o qual se deve entender o planejamento “determinante para o setor público” (CR/1988, art. 174) é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Traduzindo este, como traduz, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta

²⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001, p. 63.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Alguns problemas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 281-283.

²⁶ CONTI, José Maurício. Irresponsabilidade fiscal ainda persiste, 15 anos após a publicação da lei. *Revista Consultor Jurídico*, 7 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/contas-vista-irresponsabilidade-fiscal-persiste-15-anos-publicacao-lei>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁷ MARTINS, Ives Gandra. Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 165.

²⁸ CAMARGO, Guilherme Bueno de. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 783.

²⁹ SLOMSKI, Valmor; PERES, Úrsula Dias. As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 930.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ CAMARGO, Guilherme Bueno de. Op. cit., 2011, p. 769.

³² *Ibidem*, p. 770.

é a titular do poder político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O Estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá Estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que assim ocorra: a sociedade brasileira há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza nossa cultura desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social — seja qual for a natureza dessa hierarquia — e por tutelado todo aquele que se sirva do tutor para obter vantagem ou proteção de qualquer sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: não há espaço para o mérito nessa relação, só para o interesse egoístico. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e

avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários, além de transferir ou elidir responsabilidades.

De modo a atender ao planejamento e à execução orçamentária, a LRF estabeleceu para o administrador público e para o cidadão um novo marco de governança republicana, exigindo transparência e ampla divulgação das informações e relatórios, inclusive em meio eletrônico de acesso público, incentivo à participação popular e a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle³³.

3.2 Ajuste fiscal como forma de planejamento e de respeito à gestão consequente

A ação do poder público vincula-se ao conjunto de instrumentos que norteia o planejamento governamental, delineada em normas jurídicas estruturadas em sintonia com o texto constitucional. São eles o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Nesta estão compreendidos o orçamento fiscal, o da seguridade social e o de investimentos. Com isso, o estado ordena suas atividades, bem como estabelece prioridades na persecução de seus objetivos primordiais [...] ³⁴.

Na sistemática da LRF, ressalta Moacir Marques da Silva³⁵, o planejamento governamental compreende o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o

³³ Ibidem, p. 773.

³⁴ NASCIMENTO. Carlos Valder do. Arts. 1º a 17, da Lei Complementar n. 101. In: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO. Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

³⁵ SILVA, Moacir Marques da. A lógica do planejamento público à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 764.

orçamento anual, como forma, respectivamente, de planejamento estratégico³⁶, tático³⁷ e operacional³⁸.

Os desequilíbrios da gestão estatal — prioridades indefinidas ou mal definidas, decisões açodadas, desconsideração dos riscos inerentes à atividade, comprometimentos de recursos para finalidades pouco ou nada estruturadas, ensejando desvios e malversações —, lesivos àquela consecução dos planos orçados, são o autorretrato da sociedade brasileira³⁹, que, ao encaminhar cidadãos a cargos e funções públicos, deles não exige preparo para bem planejar antes de decidir, nem para identificar as causas antes de contentar-se em atacar os efeitos. Produzem respostas paliativas e inconsistentes, que se esmaecem no curto ou médio prazo, tornando crônicos os problemas e insuficientes ou desbaratados os meios orçamentários disponíveis ou mobilizáveis.

Nesse panorama, surge a chamada crise fiscal, definível como o desequilíbrio administrativo-orçamentário causado pela desproporção entre os valores recolhidos pelos cofres públicos e os desembolsados⁴⁰. A crise fiscal mantém íntima

relação com a dimensão do estado em si⁴¹ e de suas atividades⁴².

O desequilíbrio fiscal experimentado pelos entes da Federação brasileira radica nas deficiências do planejamento governamental e prossegue pela via das más práticas orçamentárias, quadro que não é desconhecido da experiência europeia, na qual, em certa medida, o quadro da qualidade das finanças públicas apresenta, conforme ressaltado por João Ricardo Catarino⁴³, os seguintes pontos nodais: (i) composição e eficiência das despesas públicas; (ii) estrutura e eficiência do sistema de receitas; (iii) gestão orçamental; (iv) dimensão das administrações públicas; (v) políticas públicas financeiras que influenciam o funcionamento dos mercados; (vi) ambiente empresarial global.

Reconhece-se que, mesmo em casos de orçamentos bem elaborados, o surgimento de despesas imprevistas provoca desequilíbrios nas contas públicas, prejudicando a consistência fiscal. É nesse contexto que a LRF obriga a elaboração de anexos de riscos fiscais, nos quais devem ser avaliados e quantificados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas. Daí a relevância de providências a serem adotadas, em caso de materialização desses riscos⁴⁴.

Orçamento realista e efetivo será, antes de tudo, um instrumento de concretização e harmonização das escolhas políticas, além de constituir fórum privilegiado para a fiscalização social do Estado⁴⁵.

O planejamento deve abrir e racionalizar a rota de realização das políticas públicas, na medida em que estas visualizam objetivos, preveem comportamentos

³⁶ Nas palavras de Osvaldo Maldonado Sanches, planejamento estratégico significa “aquilo que é relativo à estratégia, ou seja, à criação de condições favoráveis para realização dos grandes objetivos da instituição.” Cf. SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Prisma, 1997, p. 190.

³⁷ Significa o “processo de detalhamento das ações e dos meios necessários para a implementação das ações que levem ao atingimento das metas atribuídas às unidades funcionais de um órgão ou instituição, dentro de um prazo determinado”. Cf. SANCHES, op. cit., p. 190.

³⁸ Traduz-se na “modalidade de planejamento voltada para assegurar a viabilização dos objetivos e metas dos planos a longo prazo e para a otimização do emprego de recursos num período determinado de tempo”. Cf. SANCHES, op. cit., p. 190.

³⁹ Tal realidade não pode ser imputada tão somente ao Brasil, constituindo tendência internacional, conforme se pode depreender da leitura do seguinte pensamento de Zygmunt Bauman: “Vivemos a crédito: nenhuma geração passada foi tão endividada quanto a nossa – individual e coletivamente (a tarefa dos orçamentos públicos era o equilíbrio entre receita e despesa; hoje em dia, os ‘bons orçamentos’ são os que mantêm o excesso de despesas em relação a receitas no nível do ano anterior.” Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 16.

⁴⁰ Não se desconhece a incidência de outros fatores, tais como crises internacionais, juros dos empréstimos internacionais, corrupção, desvios, entre outros.

⁴¹ Faz-se menção ao item deste estudo dedicado ao aumento das funções estatais.

⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 137.

⁴³ CATARINO, João Ricardo. Processo orçamental e sustentabilidade das finanças públicas: o caso europeu. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 787.

⁴⁴ FIGUERÉDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 40.

⁴⁵ MENDONÇA, op. cit., pp. 640-641.

e definem metas⁴⁶, o que se conjuga com o principal objetivo do planejamento, que é a concretização máxima dos objetivos constitucionais.

A efetividade financeira da cidadania e dos direitos sociais cumpre processo gradual e contínuo de planejamento, alocação e gestão de recursos para o financiamento de políticas públicas. Estas, desde a agenda de seus temas até a sua avaliação, circulam pelo espaço público democrático, onde a autonomia privada e os deveres públicos podem e devem ser compatibilizados mediante ações e decisões coletivas em busca da “sociedade bem ordenada”. Esta se mostra compatível com os objetivos republicanos, em especial a solidariedade, nos termos do artigo 3º, I, da CR/1988, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁴⁷.

O planejamento foi introduzido na legislação brasileira, inicialmente, com a Lei 4.320/1964, que instrumentalizou os denominados orçamentos-programa⁴⁸ da Administração⁴⁹.

Na presente quadra, diante do cenário admitido pelo Governo brasileiro, mostra-se imperiosa a necessidade de um ajuste fiscal. Contudo, há que se destacar, nas palavras de José Marcos Domingues⁵⁰, que a necessidade de adequação de prioridades consoante os valores constitucionais deve induzir, também, o planejamento de investimentos indutores do desenvolvimento socioeconômico da população, a ensejar: mais geração e recirculação de bens e serviços; otimização da estrutura e custeio da Administração Pública para servir; eficiente gestão do gasto público, que deve ser equitativo para ser profícuo; consequente redução e redistribuição da carga tributária, que

não pode beirar o confisco e se realimentar da regressividade fiscal.

O planejamento deve apresentar-se como o primeiro passo do ciclo da gestão, em sua acepção técnico-administrativa de gerir meios para a consecução de resultados do interesse da organização, seja esta uma sociedade empresarial privada (movida pelo lucro que a mantenha) ou uma entidade pública (impulsionada pelo interesse público que lhe cumpre atender). Lançando olhar prospectivo sobre o conceito, Peter Drucker⁵¹ descortinava que:

O centro de uma sociedade, economia e comunidade modernas não é a tecnologia, nem a informação, tampouco a produtividade. É a instituição gerenciada como órgão da sociedade para produzir resultados. E a gerência é a ferramenta específica, a função específica, o instrumento específico para tornar as instituições capazes de produzir resultados. Isto, porém, requer um novo paradigma gerencial final: a preocupação da gerência e sua responsabilidade é tudo o que afeta o desempenho da instituição e seus resultados, dentro ou fora, sob o controle da instituição ou totalmente além dele [...].

No caso brasileiro, é preciso aperfeiçoar o planejamento da ação governamental, a fim de que os recursos necessários ao êxito na execução dos objetivos do estado sejam despendidos em plena atenção à *accountability*. Em outras palavras, significa a necessidade de gastar da melhor forma possível⁵² e prestar contas de forma ampla e aberta, a induzir a redução de fraudes e corrupção de agentes públicos e privados⁵³.

⁴⁶ TIMM, op. cit., p. 59.

⁴⁷ MACEDO, Marco Antônio Ferreira. *A reconstrução republicana do orçamento: uma análise crítico-deliberativa das instituições democráticas no processo orçamentário*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação do professor Dr. Ricardo Lobo Torres, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público. Rio de Janeiro, 2007, pp. 56-57.

⁴⁸ Acerca do tema “orçamento-programa”, confira-se o item 1.1 deste estudo.

⁴⁹ DIAS, Francisco Mauro. Visão global da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista da EMERJ*, v. 5, ano 17, 2002, p. 112.

⁵⁰ DOMINGUES, José Marcos. Ajuste fiscal deve se adequar às prioridades previstas na Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2015.

⁵¹ DRUCKER, Peter. *Desafios Gerenciais para o Século XXI*, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 41.

⁵² A este respeito vale menção a teoria da moralidade incompleta, que destaca a eficiência estatal quando se trata de arrecadação tributária, sem a necessária parcimônia na realização das despesas públicas. Cf. FIGUERÉDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 27.

⁵³ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no estado contemporâneo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 597.

4 Administração pública dialógica

4.1 Conceito

A relação entre a Administração Pública e o cidadão ganha peculiares contornos no Estado democrático de direito, para além do modelo de reforma administrativa gerencial⁵⁴.

O estado-dirigente, comprometido com a gestão de resultados balizada por Constituições que traçam políticas públicas vinculantes, substitui a imperatividade⁵⁵ da clássica teoria da tripartição de poderes, que se desenvolveu entre os séculos XVII e XX como dogma central do exercício republicano do poder político, pela busca do consensualismo diante do pluralismo de ideias e interesses que se devem igualmente respeitar no estado democrático de direito⁵⁶.

A democracia implica, além da atribuição do poder decisório às maiorias, a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais⁵⁷, sem exclusão.

Por isto que a Administração Pública dialógica contrasta com a Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de procedimentos comunicacionais com a sociedade.

É possível identificar nos modelos dialógicos o princípio da separação de Poderes com o sistema de freios e contrapesos, que, “embora seja relativamente recente na Europa Continental, não é propriamente novo nos Estados Unidos”. Atualmente, vem se verificando a globalização do modelo concebido pelos *founding fathers*, em que nenhum dos “Poderes” assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas e de políticas públicas — *police-maker* —; antes os “Poderes” constituem fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, cuja interação e disputa pela escolha da norma que regulará determinada situação tende a produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo⁵⁸.

No universo doutrinário anglo-saxão, há grande número de estudos salientando as vantagens dos modelos teóricos que valorizam diálogos entre órgãos e instituições, como se pode depreender das pesquisas de Laurence G. Sager⁵⁹, Christine Bateup⁶⁰, Mark Tushnet⁶¹, Mark C. Miller e Jeb Barnes⁶². Tal tendência é acompanhada pela doutrina canadense (Peter W. Hogg e Allison A. Bushell⁶³).

Janet Hiebert⁶⁴ sugere uma compreensão da teoria dialógica segundo a qual deve ocorrer interação horizontal entre as instituições. Assim também

⁵⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma (re)construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma administrativa gerencial In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 282.

⁵⁵ Por imperatividade entende-se “que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

⁵⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restolatti. *Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 259. Nesse sentido, confira-se ainda: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 293-317.

⁵⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 302-303.

⁵⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

⁵⁹ SAGER, Laurence G. *Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice*. New Haven: Yale University Press, 2004.

⁶⁰ BATEUP, Christine. *The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

⁶¹ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law*. Princeton: University Press, 2008.

⁶² MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). *Making police, making law: an interbranch perspective*. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.

⁶³ HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. *The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*. *Osgood Hall law journal*, vol. 35, n. 1, 1997, p.105.

⁶⁴ HIEBERT, Janet. *New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?* *Texas: Law Review*, v. 82:7, 2004, pp. 1.963-1.987.

Carol Harlow e Richard Rawling⁶⁵, ao ressaltarem o desenvolvimento de um processo administrativo por eles definido como “um curso de ação, ou passos na implementação de uma política”, de modo a permitir a concretização da governação em rede⁶⁶, instrumento permanente da dialética em busca dos melhores resultados nas escolhas administrativas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto alerta que:

[...] essas posturas indicam a busca incessante das soluções negociadas, nas quais a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente discutidas é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas. O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores [...]⁶⁷.

Dessa releitura do papel do estado, ainda nas palavras de Moreira Neto, resultam

[...] características distintas das que habitualmente lhe são conotadas e tudo indica que terá como marcas a instrumentalidade, a abertura democrática substantiva, o diálogo, a argumentação, a consensualidade e a motivação [...]⁶⁸.

Ou, como pondera Egon Bockmann Moreira⁶⁹, a participação ou a influência que o cidadão possa verdadeiramente ter na formação da decisão administrativa tende a gerar decisão quase consensual, provida, por isto mesmo, de maiores chances de ser espontaneamente cumprida; o dever de obediência transmuda-se em espontânea aceitação devido à

uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco).

4.2 O compromisso intergeracional do ajuste fiscal

Há sinais de que o Governo Federal brasileiro propõe-se a dialogar sobre o processo de ajuste fiscal em curso⁷⁰, mas importa que as partes dialogantes reconheçam ser o diálogo inerente ao Estado democrático de direito, e, não, um disfarce para o prevalecimento de posições ou para correções unilaterais de erros pretéritos que não se podem admitir abertamente. Nem, muito menos, que desse diálogo participem apenas agentes dos poderes constituídos, resultando excluídas instâncias representativas da sociedade civil.

Os Poderes Legislativo e Executivo possuem capacidades institucionais⁷¹ que lhe são próprias. A simbiose entre seus integrantes beneficia o processo democrático pautado nas razões públicas⁷², que cumpre papel fundamental em um modelo presidencialista de coalizão⁷³.

O sistema orçamentário decorrente da Constituição de 1988 pressupõe coparticipação equilibrada de Legislativo e Executivo, bem como a existência de um sistema de planejamento econômico a orientar a criação e a execução das normas orçamentárias, a cada ano⁷⁴.

⁶⁵ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Process and procedure in Eu Administration*. London: Hart Publishing, 2014.

⁶⁶ Governação em rede é o conceito que permite concentrar a atenção sobre a pluralidade de temas, distintos, mas independentes, que participam interativamente na administração europeia.

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Forum, 2011, pp. 142-143.

⁶⁸ Ibidem, p. 141.

⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

⁷⁰ AQUINO, Yara. *Governo quer diálogo com Congresso para aprovar ajuste fiscal*. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/05/governo-quer-dialogo-com-congresso-para-aprovar-ajuste-fiscal>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

⁷¹ Acerca do tema capacidades institucionais, confira-se: SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades do intérprete*. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 217-232.

⁷² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 3-32.

⁷³ Sobre presidencialismo de coalizão merecem destaque os estudos desenvolvidos por Paulo Ricardo Schier, principalmente: SCHIER, Paulo Ricardo. *Vice-presidente da República no contexto do presidencialismo de coalizão*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. v. 2., 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 519-522.

⁷⁴ ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário*. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 741.

Tal dialeticidade pode ser extraída das correlações estabelecidas no Texto Fundamental entre plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual (art. 166, CF/1988), constitutivas de mecanismos de planejamento, aplicação e controle sobre os recursos públicos, de sorte a que executivo e legislativo interajam na efetivação das políticas públicas⁷⁵.

A flexibilidade é inerente à execução orçamentária, mas isto não significa que possa descumprir o estabelecido na legislação orçamentária, o que também vincula os ajustes fiscais que se venham a mostrar imprescindíveis para adaptar o orçamento às imprevisibilidades surgidas ou aos desvios embutidos no decorrer do exercício financeiro⁷⁶. O equilíbrio das contas públicas nada mais é, ou deve ser, do que o cumprimento de metas e resultados entre receitas e despesas, bem como a observância de certos limites e condições impostas pela Constituição Federal e pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁷⁷.

Assim visto e praticado, o planejamento se torna referencial seguro e politicamente consensual⁷⁸, sobretudo quando se está a tratar de finanças públicas, ao mesmo tempo em que se revela instrumento essencial para o desenvolvimento da atividade administrativa estatal de fomento público⁷⁹. Segue-se que o planejamento fiscal é um dos subsistemas mais importantes da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos de seu art. 4º, § 1º⁸⁰.

A LRF quer que os resultados buscados sejam claros, devendo haver a prefixação transparente de metas fiscais, tomando a feição de compromissos públicos exigíveis, por isto que juridicizáveis; basta frisar que os seus arts. 15 e 16 cominam a sanção de nulidade para os atos de ação governamental que, implicando despesas de capital não previstas no orçamento (investimentos em equipamentos e imóveis que se acrescerão ao patrimônio público), desatendam aos requisitos ali estatuídos. O estado deve definir suas finalidades fiscais, tornando-as transparentes, e envidar esforços para o seu atendimento e controle, este demandando, como preliminar prejudicial de sua efetivação, a prévia definição do escopo visado em cada ação política administrativa, sem o que não se viabiliza o controle por falta de parâmetros⁸¹.

Subjaz na edição da LRF o seu caráter intergeracional, do qual se extrai o cuidado de evitar que se transfira à geração futura peso financeiro excessivo, formado por despesas (especialmente correntes) iniciadas hoje e de dívidas contraídas no presente, que repercutirão negativamente no por vir⁸².

O orçamento é instrumento do planejamento, mas não é o planejamento em si⁸³. Daí a necessidade da instituição de mecanismos institucionais viabilizadores de uma nova forma de atuação da Administração Pública financeira. Exemplifique-se com o *performance budget* (em livre tradução, orçamento de desempenho), que significa redefinir o modelo de administração pública, substituindo o modelo burocrático (vertical) por mecanismos de tomada de decisão horizontal, com maior envolvimento de funcionários e dirigentes, além de maior responsabilização de todos os atores, indispensável à maturação de uma cultura de *accountability*⁸⁴, cultura essa que conduzirá à

⁷⁵ ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 730.

⁷⁶ CONTI, José Maurício. Aprovação do orçamento impositivo não dá credibilidade à lei orçamentária. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/paradoxo-corte-aprovacao-orcamento-impositivo-nao-credibilidade-lei-orcamentaria>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁷⁷ SILVA, Francis Waleska Esteves da. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus princípios informadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 105.

⁷⁹ SOUTO, Marco Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, *passim*.

⁸⁰ OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal – Direito, Orçamento e Finanças Públicas*. V. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55.

⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 142.

⁸² SANTOS, Ricart César Coelho dos. Debutante, Lei de Responsabilidade Fiscal tem novos desafios. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de maio de 2015.

⁸³ ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 742.

⁸⁴ CABRAL, Nazaré. Orçamentação pública e programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português.

entronização, nas práticas orçamentárias, da avaliação permanente de programas de governo com vistas à eficiência dos gastos públicos⁸⁵.

Em outras palavras, o modelo deve ser integrativo dos fundos providos pelo setor público e os respectivos resultados (*outputs* e *outcomes*) alcançados, considerando as informações sobre o desempenho dos programas de governo e a utilização dessas informações pelos tomadores de decisão, gerentes, políticos e sociedade. O principal objetivo é o de aprimorar a alocação e a eficiência dos recursos públicos⁸⁶.

A preocupação com a melhoria na qualidade do processo orçamentário retrata a experiência europeia, ao que sublinha João Ricardo Catarino⁸⁷, *verbis*:

Os Estados europeus têm ainda vindo, em paralelo, a alterar substancialmente os respectivos processos orçamentais, tendo em vista melhorar a disciplina orçamental e a eficiência e a eficácia da despesa pública. A OCDE tem salientado que os Estados europeus ainda se apegam a uma concepção do processo orçamental predominantemente centrada no respeito pelos limites legais e em modelos de controle detalhado da despesa pública e menos orientados para um controle mais flexível, mais focado na execução orçamental. Alguns Estados, sobretudo os de matriz anglo saxônica ou do norte da Europa estão, tradicionalmente, mais habituados a este segundo modelo e possuem hoje, em resultado disso, processos orçamentais mais em linha com as modernas necessidades de controle, mais inclinados para as questões da eficiência do que as de estrita e rígida observância da lei.

Ainda assim, sendo a evolução do processo orçamental uma questão transversal na Europa, têm-se verificado sucessivas reformas do processo orçamental e em especial no que respeita ao modo como se processa a prestação de contas, envolvendo ou não a criação de novos órgãos de controle ou o robustecimento dos poderes dos órgãos existentes.

A União Europeia tem defendido uma abordagem global em matéria de política orçamental

tendo em vista o aumento da qualidade das finanças públicas e a promoção do crescimento econômico a longo prazo. E reconhece que o processo requer uma ação política concertada que favoreça o crescimento e promova a competitividade com recurso a medidas que permitam aumentar a eficiência dos regimes de despesas e de receitas.

Seja no desenho de novos modelos orçamentários ou no cenário de adequação das alocações orçamentárias, imperioso se apresenta o diálogo entre os poderes na busca da solução mais eficiente diante das conjunturas econômicas e sociais, a que se deve acrescentar a perspectiva da sustentabilidade (não apenas ambiental, mas, também, social, econômica e gerencial). Ajustes serão sempre necessários em face da constante mudança das realidades socioeconômicas. A mudança é inerente a essas realidades e o poder público deve estar preparado para com ela lidar de forma eficiente e eficaz, criando e mantendo espaços de debate de ideias, qualificado pelo norte do interesse público.

5 Síntese conclusiva

1. Nos estados modernos dos séculos XIX e XX, o orçamento público se limitava a relacionar as receitas com as despesas, ou seja, um ato de estimativa das receitas e de fixação das despesas, sendo este o repositório da essência da atividade financeira do Estado a cada período de vigência orçamentária.

2. A partir de meados do século XX, a preocupação estrita com o equilíbrio contábil anual das contas públicas cede lugar a considerações mais amplas a respeito da função social do orçamento público, o que faz surgir o “orçamento-programa”, definível como um processo por meio do qual se expressa, se aprova, se executa e se avalia o nível de cumprimento do programa de governo para cada período orçamentário, levando em conta as perspectivas de médio e longo prazo, uma vez que, ao refletir os recursos financeiros a serem aplicados no exercício, haveria de constituir um instrumento de planejamento.

3. A Lei Complementar 101/2000, a chamada de Lei de Reponsabilidade Fiscal (LRF) — em curso, destarte, o seu 15º aniversário —, representa o mais avançado instrumento legislativo da história da Administração Pública brasileira para o controle dos orçamentos, na pós-modernidade do Estado democrático de direito. Mercê dela, a gestão da despesa pública no Brasil passa a pautar-se por

In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 653.

⁸⁵ NÓBREGA, Marcos. Orçamento, eficiência e performance budget. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 717.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 719.

⁸⁷ CATARINO, op. cit., p. 789.

critérios mais gerenciais e transparentes, seguindo-se uma proposta de governança pública na qual a sociedade possa acompanhar criticamente as despesas governamentais, com o fim de assegurar que a entrega do serviço ou do bem público desejado ocorrerá segundo parâmetros aferíveis, eficientes e eficazes.

4. Dentre outros fatores, o desequilíbrio fiscal experimentado pelos entes da Federação brasileira tem origem nas deficiências do planejamento governamental, associadas a más práticas orçamentárias.

5. Ajustes fiscais devem resultar de diálogo entre os Poderes constituídos e a sociedade que os constituiu, de modo a adequar as finanças públicas à realidade socioeconômica, sempre mutante, e balizadas pela qualidade de vida e o mínimo existencial que se deve garantir a toda a população, sem exclusão e sem retóricas fantasiosas.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no estado contemporâneo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 577-599.
- AQUINO, YARA. *Governo quer diálogo com Congresso para aprovar ajuste fiscal*. Agência Brasil, Brasília, 4 maio, 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/05/governo-quer-dialogo-com-congresso-para-aprovar-ajuste-fiscal>>. Acesso em: 14 jun. 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais* – o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BATEUP, Christine. The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais* – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Nazaré. Orçamentação pública e programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 619-659.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 175-186.
- CAMARGO, Guilherme Bueno de. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 769-784.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CATARINO, João Ricardo. Processo orçamental e sustentabilidade das finanças públicas: o caso europeu. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 785-802.
- CONTI, José Maurício. Irresponsabilidade fiscal ainda persiste, 15 anos após a publicação da lei. *Revista Consultor Jurídico*, 7 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/contas-vista-irresponsabilidade-fiscal-persiste-15-anos-publicacao-lei>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- _____. Aprovação do orçamento impositivo não dá credibilidade à lei orçamentária. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/paradoxo-corte-aprovacao-orcamento-impositivo-nao-credibilidade-lei-orcamentaria>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. *Orçamento Público: uma visão analítica*. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios-2014/vii-premio-sof-2014/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores-premio-sof/?searchterm=CelsodeBarrosCorreiaNeto>>. Acesso em: 28 maio 2015.

DIAS, Francisco Mauro. Visão global da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista da EMERJ*, v. 5, ano 17, 2002, pp. 111-123, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_111.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2015.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma (re) construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma administrativa gerencial In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DOMINGUES, José Marcos. Ajuste fiscal deve se adequar às prioridades previstas na Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-20/josedomingues-ajuste-fiscal-adequar-constituicao>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

DRUCKER, Peter. *Desafios Gerenciais para o Século XXI*, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

FIGUERÊDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 27-41.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Hermes Laranja. *Uma visão crítica do orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maseli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Process and procedure in Eu Administration*. London: Hart Publishing, 2014.

HIEBERT, Janet. *New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?* Texas: Law Review, v. 82:7, 2004, pp. 1963-1987.

HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps

The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgood Hall law journal*, vol. 35, n. 1, 1997, p.105.

MACEDO, Marco Antônio Ferreira. *A reconstrução republicana do orçamento: uma análise crítico-deliberativa das instituições democráticas no processo orçamentário*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Direito Público. Rio de Janeiro, 2007.

MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, custos e escolhas orçamentárias: em busca de parâmetros constitucionais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8571>. Acesso em: 25 maio 2015.

MARTINS, Ives Gandra. Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 165-175.

MENDONÇA, Eduardo. Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). *Making police, making law: an interbranch perspective*. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 129-162.

_____. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica de responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo. *Revista Ibero-americana de Direito Público*, v. 2, n. 6, pp. 11-32, 2001.

NASCIMENTO, João Alcides do. O papel do orçamento público no processo de planejamento da ação política. Energia, entropia e informação, fatores a considerar. *Revista da Escola Superior de Guerra*, volume IX, n. 25, ano 1993.

NÓBREGA, Marcos. Orçamento, eficiência e performance budget. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 693-728.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 271-278.

OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal – Direito, Orçamento e Finanças Públicas*. V. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 293-318.

_____. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001, pp. 63-78.

_____. DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 730-749.

SABBAG, César. *Orçamento e Desenvolvimento – Recurso público e dignidade humana: o desafio das*

políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium Editora, 2006.

SAGER, Laurence G. *Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice*. New Haven: Yale University Press, 2004.

SANCHES, Oswaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Prisma, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades do intérprete. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 217-232.

SANTOS, Ricart César Coelho dos. Debutante, Lei de Responsabilidade Fiscal tem novos desafios. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-24/ricart-santos-lei-responsabilidade-fiscal-novos-desafios>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. Vice-presidente da República no contexto do presidencialismo de coalizão. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 519-522.

SILVA, Francis Waleska Esteves da. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus princípios informadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

SILVA, Guilherme Amorim Campos da; TAVARES, André Ramos. Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 3, 1995.

SILVA, Moacir Marques da. A lógica do planejamento público à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 751-765.

SLOMSKI, Valmor; PERES, Úrsula Dias. As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 911-932.

SOUTO, Marco Jurueña Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: SOUZA NETO, Cláudio

Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 3-32.

TORRES, Ricardo Lobo. Alguns problemas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 281-289.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 51-62.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law*. Princeton: University Press, 2008.

Rescisória por ofensa à coisa julgada

Luiz Guilherme Marinoni*

Resumo

O presente texto analisa a ação rescisória baseada em violação da coisa julgada. Entre outros pontos, estuda a hipótese de rescisória por ofensa à coisa julgada sobre questão, bem como a rescisória em caso de “relativização” da coisa julgada.

Palavras-chave: Ação rescisória. Coisa julgada. Princípio do deduzido e do dedutível. Coisa julgada sobre questão. Relativização da coisa julgada.

1 Os limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil

A coisa julgada material constitui projeção do princípio da segurança jurídica e, nessa linha, a tutela à coisa julgada deve ser compreendida como uma decorrência do próprio princípio do Estado de Direito — *Rechtsstaatsprinzip*¹. A ofensa à coisa julgada significa, em outras palavras, violação à segurança jurídica e à cláusula do Estado de Direito, representando negação da permanência, da previsibilidade e do império do Direito.

A definição da porção da decisão que se torna imutável e indiscutível é algo que pode variar, conforme a intenção do legislador. Se é certo que a coisa julgada é garantida pela Constituição (art. 5º, XXXVI, CF), isso não significa que os limites da coisa julgada não devam ser definidos pela lei².

Embora o *collateral estoppel* — de que se aproxima a coisa julgada sobre questão — seja algo típico do *common law*, tendo surgido na Inglaterra a

partir do *estoppel by record*³ e depois se desenvolvido até atingir a forma de *non-mutual collateral estoppel*⁴, possibilitando a terceiro — beneficiado pela decisão — invocar a proibição da relitigação da questão já decidida⁵, não há como esquecer que no âmbito do *civil law* o problema da relação das questões prejudiciais com a coisa julgada também sempre constituiu uma questão teórica.

* Professor titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado na *Università degli Studi di Milano* e na *Columbia University*. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho da *International Association of Procedural Law*. Advogado.

¹ Trata-se de consagrada lição, que pode ser colhida, por exemplo, em Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 869.

² Defendendo a teoria restritiva dos limites objetivos da coisa julgada, ver, com ampla exposição, Ernesto Heinitz, *I Limiti Oggettivi della Cosa Giudicata*, Padova: Cedam, 1937, pp. 200-215, esp. p. 205.

³ O *collateral estoppel* tem origem no sistema de registro ou gravação por escrito das atividades desenvolvidas pelas partes no processo. A transcrição por escrito (*recorded*) das alegações realizadas pela parte no curso do processo levava a uma presunção de verdade, chancelada mediante o que se chamou de *estoppel by record*. O *estoppel by record* era visto como uma técnica que impedia a parte de pôr em dúvida as alegações e as conclusões que deram origem à decisão judicial. V. Robert Millar, *The historical relation of estoppel by record to res judicata*, *Ill L. Review*, 1940-1941.

⁴ Austin Scott, *Collateral Estoppel by judgment*. *Harvard Law Review*. Vol. 56. 1942; Brainerd Currie, *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine*. *Stanford Law Review*. Vol. 9. 1957; Lisa L. Glow, *Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy*. *Arizona Law Review*. Vol. 30. 1988; Ashley C. Perea, *Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel*, *Arizona State Law Journal*, Vol. 40. 2008; Joshua M. D. Segal, *Rebalancing fairness and efficiency: The offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions*. *Boston University Law Review*. Vol. 89. 2009; Eli J. Richardson, *Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel*. *Mississippi Law Journal*. Vol. 65. 1995; Steven P. Nonkes, *Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits*. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009; Warren Freedman, *Res Judicata and Collateral Estoppel*, Westport: Quorum, 1988.

⁵ O caso *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association* deu origem ao *non-mutual collateral estoppel*. Disse a Suprema Corte da Califórnia que “the case justify this exception on the ground that it would be unjust to permit one who has had his day in court to reopen identical issues by merely switching adversaries” (*Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942). A Suprema Corte dos Estados Unidos só firmou precedente sobre o tema em 1971, ao julgar *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation* (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971).

Sabe-se que os §§ 280⁶ e 322⁷ da ZPO alemã têm origem na doutrina e na jurisprudência francesa do século XIX. A dogmática alemã é o ponto de partida da doutrina italiana que influenciou a elaboração do art. 34 do *Codice di Procedura Civile*. Trata-se da doutrina marcada pelas obras geniais e consagradas de Menestrina⁸ e de Chiovenda⁹, que em síntese deixaram claro que o ponto que constitui antecedente lógico e necessário da solução do litígio, quando controvertido pelas partes, não pode deixar de ser decidido pelo juiz, porém não tem razão para ficar revestido pela autoridade da coisa julgada. Desde logo, esta tradicional doutrina, nas águas dos §§ 280 e 322 da ZPO alemã, propôs que a lei e a parte poderiam obrigar o juiz a decidir a questão prejudicial como se estivesse diante de uma demanda autônoma¹⁰.

Daí surge o art. 34 do código italiano de 1940, base do Código de Processo Civil de 1973. Segundo o art. 34 do *Codice di Procedura Civile*, se o juiz, em virtude de lei ou por explícito pedido de uma das partes, tem que decidir com eficácia de coisa julgada uma questão prejudicial que pertence em razão da matéria ou do valor à competência de um juiz superior, deve enviar toda a causa a este último, definindo às partes um termo peremptório para a readmissão da causa diante dele. O que importa, no art. 34, é que a coisa julgada sobre questão prejudicial depende de lei ou de explícito pedido de uma das partes. Isto demonstra que a decisão de questão prejudicial, fora as exceções referidas, não produz coisa julgada.

O Código de Processo Civil de 1973, para resolver o problema que estava à base do art. 287, parágrafo único, do código de 1939, que afirmava que “considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam

premissa necessária da conclusão”, valeu-se de duas normas claramente elaboradas nos moldes dos §§ 280 e 322 da ZPO alemã e do art. 34 do *Codice di Procedura Civile*. Disse em primeiro lugar o art. 469: “Não fazem coisa julgada: i - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; ii - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; iii - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Depois o art. 470:

Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide [...].

Significa claramente que a coisa julgada, de lado o exposto requerimento da parte em relação à questão prejudicial, restou restrita ao comando da decisão ou à sua parte dispositiva.

O regime da coisa julgada restrita ao dispositivo da decisão gerou inúmeros problemas não apenas no Direito brasileiro. No Direito italiano, por exemplo, doutrina do maior relevo foi obrigada a se servir do Direito comparado, especialmente do Direito inglês e do Direito estadunidense, para admitir que a decisão de questão prejudicial, quando presentes determinados pressupostos, produz coisa julgada. Além dos importantes trabalhos de Denti¹¹, Taruffo¹² e mais recentemente Volpino¹³, o consagrado verbete de Giovanni Pugliese, presente na *Enciclopedia del Diritto*, também reconheceu a necessidade de se buscar inspiração no *common law* para interpretar o art. 34 do *Codice di Procedura Civile*¹⁴.

⁶ ZPO, § 280. Abgesonderte Verhandlung über Zulässigkeit der Klage

(2) Ergeht ein Zwischenurteil, so ist es in Betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen. Das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, dass zur Hauptsache zu verhandeln ist.

⁷ ZPO, § 322. Materielle Rechtskraft

(1) Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

⁸ Francesco Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano: Giuffrè, [1904] 1963.

⁹ Giuseppe Chiovenda, *Sulla cosa giudicata, Saggi di diritto processuale civile* (reimpressão), v. 2, Milão: Giuffrè, [1931] 1993.

¹⁰ Giovanni Pugliese, *Giudicato, Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII, n. 25

¹¹ Vittorio Denti, *Questioni pregiudiziali*, *Novissimo digesto italiano*, v. 14, p. 651 e ss.

¹² Michele Taruffo, “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 290 e ss.

¹³ Diego Volpino, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, Padova: Cedam, 2007.

¹⁴ “Le ragioni che possono giustificare i dubbi sull’efficacia della decisione di questioni pregiudiziali - a parte l’eventualità che manchi fra esse e la lite un autentico rapporto di pregiudizialità o che addirittura le pronunzie al riguardo siano *obiter dicta* - sono costituite dalla possibile incompetenza del giudice a trattare la questione in un autonomo processo, dalla possibile mancanza di legittimazione di una o di entrambe le parti allo stesso ufficio e dalla sommarietà o comunque insufficienza della sua trattazione. Possiamo tenere conto, per questo profilo, dell’esperienza americana condensata nel noto *Restatement*. Essa, confermando che il giudicato riguarda non solo la lite, ma anche le questioni

O Código de Processo Civil, em seu art. 503, preferiu apostar na experiência estadunidense, definindo que a decisão de questão prejudicial faz coisa julgada desde que presentes determinados pressupostos, basicamente os mesmos que são reclamados pela doutrina e pelas cortes dos Estados Unidos para a admissão do *collateral estoppel*, figura que impede a parte de voltar a litigar uma questão que já foi plenamente discutida e expressamente decidida por um juiz competente.

Portanto, atualmente a coisa julgada não é mais restrita à parte dispositiva da decisão. Em razão do art. 503 do Código de Processo Civil, a coisa julgada, além de recair sobre a decisão do pedido, grava a decisão das questões prejudiciais, desde que não ausentes os requisitos para tanto — presentes nos §§ 1º e 2º do art. 503.

De modo que a grande novidade, em termos de ofensa à coisa julgada, está na extensão dos seus limites às questões prejudiciais. Porém, antes de se ingressar especificamente no estudo da ofensa à coisa julgada sobre questões, é importante tratar de graves problemas teóricos que também marcam a ofensa à coisa julgada que grava o comando da decisão.

(*issues*) decide per giungere alla decisione finale, indica che la decisione di una *issue* può essere considerata vincolante in un altro processo e venire compresa quindi nei giudicato, solo se essa sia stata effettivamente discussa tra le parti e seriamente decisa dal giudice; non basta che la questione abbia potuto bensì venire discussa, ma non lo sia effettivamente stata, e non può, in ogni modo, dare luogo a giudicato la decisione di un giudice privo di giurisdizione o di competenza a decidere la questione in modo autonomo, né quella pronunciata nei confronti di una parte contumace; ma, d'altro canto, non è richiesta nessuna domanda diretta a far decidere la questione con efficacia di giudicato. Adattando questa esperienza al nostro ordinamento e tenendo conto dell'art. 34 c.p.c., si può ritenere che la decisione di una questione pregiudiziale, compiuta sommariamente o da un giudice incompetente o fra parti non legittimate entrambe a trattare la questione in un processo autonomo, non offra le garanzie necessarie per riconoscerle valore di per sé vincolante, ma che non sia da includere in queste garanzie l'esplicita domanda di una parte. Si ha così un criterio per l'interpretazione dell'art. 34, ai fini di stabilire se la decisione di questioni pregiudiziali faccia o no parte del giudicato formatosi sulla decisione della lite" (Giovanni Pugliese, *Giudicato, Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII, n. 25).

2 Ofensa à coisa julgada mediante solução de questão de que depende o julgamento de demanda distinta

O juiz está impedido de rejuagar pedido baseado em mesma causa de pedir entre as mesmas partes. Estão aí presentes os três elementos que identificam a ação. A repetição desses elementos faz ver a repetição da mesma ação e, portanto, a óbvia proibição de as partes relitigarem e de o juiz voltar a decidir. Costuma-se dizer que, quando se repete a mesma ação, o efeito negativo da coisa julgada obsta que o juiz decida.

É claro que, quando em face das mesmas partes e da mesma causa de pedir, há pedido menos extenso ou contido no pedido já julgado, a coisa julgada igualmente proíbe a rediscussão e o rejuagamento do pedido. Assim, por exemplo, se o autor pede que o réu, em virtude de um contrato de compra e venda, seja condenado a pagar três prestações, a rejeição integral do pedido obviamente não permite que se peça posteriormente o pagamento de duas prestações, nem muito menos que o juiz decida a respeito.

Contudo, a verdade é que ofensa à coisa julgada em virtude da repetição da mesma ação é algo raro. Muito mais comum é decidir, em ação diferente, com ofensa à coisa julgada. Recorde-se que uma questão de direito que pode ser decidida incidentalmente enquanto "questão prejudicial" também pode ser decidida, em alguns casos, como pedido em ação autônoma. Assim, por exemplo, quando se resolve o pedido na ação de investigação de paternidade. Porém, se a ação de investigação de paternidade é julgada improcedente, a ação de alimentos, em que o autor afirma ser filho do também réu da ação de investigação de paternidade, não permite que o juiz julgue procedente o pedido de alimentos com base na suposição de que o réu é filho. Se isso ocorrer haverá violação da coisa julgada derivada da ação de investigação de paternidade.

Na ação em que se postula a declaração da validade da alienação de bem social não pode ser proferida sentença de procedência se, em virtude de outra ação, já foi proferida sentença invalidando a autorização assemblear para a venda. Julgar procedente o pedido, admitindo-se a validade da autorização assemblear, constitui óbvia ofensa à coisa julgada.

Stefano Villata, após realizar ampla resenha do direito alemão em excelente monografia dedicada

ao tema dos *limites da coisa julgada nas ações de impugnação de deliberações assembleares*, observa que a coisa julgada formada sobre a sentença de procedência contém um julgamento típico de uma situação jurídica capaz de projetar-se sobre a atividade posterior da sociedade e sobre eventuais juízos que sobre semelhante atividade sejam necessários.¹⁵

Raffaele Tommasini afirma que o fenômeno deve ser trabalhado a partir da teoria da base do negócio jurídico. No seu raciocínio, se determinado negócio funda-se em autorização previamente dada, e essa autorização é declarada inválida, o que existe aí não é propriamente uma invalidade derivada, mas uma nulidade oriunda da ausência de base para o negócio — isto é, por força da ausência de um requisito intrínseco de validade do ato subsequente. De acordo com o civilista italiano, o ato de autorização representa um requisito de validade do ato autorizado: um vício no primeiro torna inválido igualmente o segundo, mas não por derivação, e sim por ausência de um de seus requisitos intrínsecos.¹⁶

Significa que a invalidade decorre da coisa julgada na medida em que essa priva de base o negócio posterior. É fácil percebê-lo: sendo um negócio composto, a compra e venda de bem social depende da prévia existência de autorização assemblear válida. Como a coisa julgada refere que a autorização assemblear é nula, o negócio subsequente que nela se funda só pode ser igualmente nulo. É nesse sentido que se fala em eficácia expansiva da coisa julgada para as situações em que as deliberações sociais são ligadas de forma tão estreita com determinados atos posteriores que o provimento que declara a nulidade de uma leva à nulidade dos atos a ela condicionados. E isso sem que seja necessária qualquer declaração autônoma a respeito do ato posterior ou qualquer juízo autônomo de impugnação. Como esclarece Villata, existem deliberações tão estreitamente ligadas que a declaração de nulidade de uma delas comporta a nulidade da outra, sem necessidade de um julgamento autônomo ou de uma ação autônoma de impugnação. Assim ocorre diante da relação intercorrente entre a deliberação de aprovação de um balanço e a conexa

deliberação de destinação e distribuição dos lucros: se a primeira é declarada nula por falsidade do balanço, a segunda torna-se privada de seu objeto¹⁷.

É uma consequência simplesmente lógica da coisa julgada a falta de base do negócio posterior. Como parece intuitivo, seria muitíssimo estranho que se considerasse nula a assembleia que autorizou a venda de determinado bem e válida a venda realizada com base na autorização assemblear. Ou ambas são válidas ou ambas são inválidas. *Tertium non datur*. E isso porque um juízo posterior jamais poderia decidir pela validade da autorização sem ofensa direta e inequívoca à coisa julgada.

Porém, não importa, para efeito de ação rescisória, se a coisa julgada relativa à ação de invalidação de assembleia tem eficácia expansiva, de modo a invalidar a alienação praticada. O que realmente interessa é que o juiz da ação em que se pede a declaração da validade da alienação não pode julgar procedente o pedido, admitindo a autorização assemblear, se esta já foi invalidada mediante sentença transitada em julgado.

Lembre-se que no direito italiano a *revocazione ordinaria*, baseada no art. 395, 5¹⁸ do *Codice di Procedura Civile*, é admitida de forma pacífica não apenas quando o objeto dos dois processos é o mesmo, mas também nas hipóteses da assim chamada “*efficacia riflessa del giudicato*”, quando o objeto do segundo processo é um direito juridicamente dependente do direito sobre o qual se formou a primeira coisa julgada¹⁹.

Na verdade, é mais claro dizer que há ofensa à coisa julgada quando a decisão desconsidera a coisa julgada formada sobre um pressuposto de que dependia a afirmação ou a negação do direito na segunda ação, ou, em outras palavras, que há ofensa à

¹⁵ Stefano Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 445.

¹⁶ Raffaele Tommasini, “Invalidità: b) Diritto Privato”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 597.

¹⁷ Cf. Stefano Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, cit., pp. 451-452.

¹⁸ CPC italiano, art. 395.

Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione:

[...]

5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione.

[...].”

¹⁹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 2002, p. 535.

coisa julgada quando o juiz nega a função positiva da coisa julgada²⁰.

Lembre-se, por fim, que a situação inversa, ou seja, a de decisão sobre a questão enquanto prejudicial, não vinculava a decisão sobre a mesma questão em outro processo perante o Código de Processo Civil de 1973. Antes do código de 2015, como a decisão sobre questão prejudicial só fazia coisa julgada em caso de ação declaratória incidental, não existia coisa julgada sobre a questão prejudicial no comum dos casos. De modo que, se na ação de alimentos o juiz reconhecesse a paternidade para julgar procedente o pedido de alimentos, isto não afetaria a decisão que mais tarde tivesse que ser proferida em ação de investigação de paternidade nem a ação de cobrança em que, depois da morte do suposto pai, aquele que se diz filho ingressasse na qualidade de herdeiro contra terceiro.

No primeiro caso o juiz poderia voltar a decidir sobre a questão da paternidade, inclusive no sentido inverso, negando-a. No segundo, o terceiro simplesmente poderia alegar que o autor não é herdeiro do crédito e, na verdade, o autor nada poderia fazer para obter sentença de procedência.

No atual sistema, o reconhecimento da paternidade na ação de alimentos, desde que presentes os pressupostos formais do art. 503 do Código de Processo Civil, faz coisa julgada, impedindo nova decisão sobre a questão já decidida. Do mesmo modo, a decisão de reconhecimento da paternidade na ação de alimentos, muito embora nada tenha a ver com coisa julgada diante de terceiro²¹ — até porque não há coisa julgada em face de terceiro que não participou do processo —, poderia ser utilizada como base para o pedido de cobrança do crédito. Bem vistas as coisas, o juiz não poderia negar a qualidade de herdeiro do autor não apenas em virtude da coisa julgada emanada da decisão proferida na ação de alimentos, mas em razão desta decisão ter constituído a situação de filho para o autor.

²⁰ *Recorde-se que, nos termos da doutrina de Chiovenda, a coisa julgada tem uma função positiva quando constrange o juiz a reconhecer a existência de uma sentença na ação que a pressupõe.* (Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, [1906] 1965, p. 723 e ss).

²¹ Luiz Guilherme Marinoni, O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, *Revista de Processo*, v. 249, p. 406 e ss.

3 Ofensa à coisa julgada por meio de violação ao princípio do deduzido e do dedutível

É importante relacionar o dispositivo e a decisão da questão prejudicial com os seus conteúdos. O dispositivo concede ou nega uma tutela de direito material, ao passo que a decisão de questão prejudicial resolve questões de direito relacionadas aos fatos constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, que podem ou não ser objeto de ação autônoma.

Nessa perspectiva, a essência da coisa julgada que marca o dispositivo consiste basicamente em não admitir que um juiz, num processo posterior, possa desconhecer ou limitar a tutela jurisdicional do direito ou mesmo negar a tutela jurisdicional que declarou a inexistência do direito.

Isso significa que, num segundo processo, todas as alegações que foram feitas ou poderiam ter sido feitas no primeiro processo ficam obstadas quando capazes de permitir o desconhecimento ou a limitação da tutela do direito ou a negação da tutela jurisdicional que declarou a sua inexistência²².

Trata-se, em outras palavras, de uma adaptação da célebre proposta chiovendiana de não permitir que alegações, que foram ou poderiam ter sido feitas no primeiro processo, possam ser invocadas em outro processo para se obter *il riconoscimento del bene negato* ou *il disconoscimento del bene riconosciuto*²³.

²² *Liebman, ainda que peque ao dizer que a coisa julgada se estende à questão que podia ser discutida num processo, deixa claro o significado de não se poder voltar a discutir o que foi ou poderia ter sido discutido para o efeito de se evitar a violação à coisa julgada: “Assim, se uma questão podia ser discutida num processo, mas de fato não o foi, não obstante isso a coisa julgada se estende mesmo a ela, no sentido de que não poderá ser utilizada para se negar ou contestar o resultado a que se chegou no processo. Por exemplo: se o réu, em defesa, poderia opor uma série de argumentos, e não o fez, vindo a ser condenado, não mais poderá deles se valer para contestar a coisa julgada, pois a tanto se opõe a finalidade prática desse instituto, que exige o respeito à coisa julgada ainda quando importantes questões tenham sido discutidas por acaso de modo incompleto. Nela estão compreendidas tanto as questões que foram discutidas, como as que o poderiam ser”* (Enrico Tullio Liebman, *Limites objetivos da coisa julgada, Estudos sobre o processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1947, pp. 165-166).

²³ *“Isto posto, deve entender-se que é lícita uma nova decisão sobre as questões prejudiciais dirimidas no processo antecedente, e que não constituiriam objeto de uma decisão por si mesmas, mas se resolveram apenas com o escopo de decidir sobre a demanda do autor. Por mais forte razão, não está o juiz obrigado a admitir como verdadeiros os fatos considerados como base do julgado anterior, nem as qualificações que se lhes atribuíram (por exemplo, que é uma relação comercial ou civil). As questões e as novas decisões*

A ideia de Chiovenda é tomada por Proto Pisani para lembrar que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível. Afirma Proto Pisani que o princípio do deduzido e do dedutível, quando corretamente compreendido, não influi de modo a restringir ou a ampliar os limites objetivos da coisa julgada. Uma vez definidos estes limites, o princípio do deduzido e do dedutível se apresenta apenas para dizer que o resultado da primeira demanda não poderá ser novamente colocado em discussão, nem muito menos diminuído ou desconhecido mediante a dedução de questões relevantes para a decisão proferida no primeiro processo, e que nele foram ou poderiam ter sido propostas²⁴.

Porém, se a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível relacionado com o resultado acerca da tutela jurisdicional pleiteada, mais difícil é saber em que termos o princípio se relaciona com a coisa julgada sobre questão. O art. 508 do Código de Processo Civil consagra o princípio do deduzido e do dedutível no Direito brasileiro. De acordo com esse artigo,

[...] transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido [...].

A regra que faz precluir o dedutível não é indissociável da coisa julgada material. Essa tem autonomia diante da sua eficácia preclusiva. Aliás, só assim se poderia perguntar se a coisa julgada sobre questão abarca o deduzido e o dedutível.

O art. 503 do Código de Processo Civil, na linha do que ocorre no direito estadunidense, limitou os efeitos preclusivos da coisa julgada sobre questão. Não há coisa julgada sobre questão, de acordo com o art. 503, quando não “tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia” (art. 503, § 1º, II, CPC) e quando a decisão tiver sido proferida em processo em que “houver restrições probatórias ou

limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” (art. 503, § 2º, CPC).

O *collateral estoppel* também depende de a questão ter sido adequadamente discutida²⁵. A propósito, uma das distinções mais salientes entre *res judicata* e *collateral estoppel* nos Estados Unidos é a de que, diante da primeira, há preclusão de todas as alegações de fato e de direito que a parte poderia ter deduzido, enquanto que o segundo depende de a questão ter sido debatida e decidida no processo²⁶.

A limitação dos efeitos preclusivos do *collateral estoppel* encontra fundamento nas razões da imprevisibilidade da parte quando da discussão da questão. Advertem as Cortes, por exemplo, que a parte pode não discutir em toda a sua extensão determinada questão por considerar que a demanda tem valor econômico incompatível com o custo para tanto, o que não justificaria o seu sacrifício numa demanda futura dotada de relevância²⁷.

Bem, ainda que a coisa julgada sobre questão esteja limitada pela impossibilidade da sua adequada discussão (art. 503, § 1º, II, e § 2º, CPC), isso não quer dizer que, no Direito brasileiro, as alegações que poderiam ter sido deduzidas em prol da solução da questão possam ser reavivadas para a sua rediscussão. Na verdade, isto só é possível quando se está diante de coisa julgada contra terceiro que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, é representado por legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos.

Frise-se que a coisa julgada *erga omnes* que marca a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, ao contrário do que ocorre na ação coletiva

sobre esses pontos somente são excluídas na medida em que possam ter como resultado volver à discussão e, por conseguinte, e o que é pior, reduzir ou desconhecer o bem reconhecido no julgado precedente” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1942, p. 564). V. ainda Giuseppe Chiovenda, *Sulla cosa giudicata, Saggi di diritto processuale civile (reimpressão)*, v. 2, op. cit., p. 186 e ss.

²⁴ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 535.

²⁵ *V. Otherson v. Department of Justice, I.N.S., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 21, 1983, 711 F.2d 267, 228 U.S.App.D.C. 481; Canonsburg General Hosp. v. Burwell, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, December 1, 2015, F.3d, 2015 WL 8051408.*

²⁶ O ponto é pacífico nas cortes: “strictly speaking ‘res judicata’ bars second suit involving same parties and same cause of action on all matters that were part of first suit and all issues that could have been litigated, while doctrine of ‘collateral estoppel’ precludes relitigation only of issues that were actually litigated in initial suit, whether or not second suit is based on same cause of action”. (Precision Air Parts, Inc. v. Avco Corporation, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, July 24, 1984, 736 F.2d 1499).

²⁷ “Issue preclusion is sometimes unfair if party to be bound lacked an incentive to litigate in first trial, especially in comparison to stakes of second trial” (Peavey v. United States, United States District Court, District of Columbia, August 26, 2015, F.Supp.3d, 2015 WL 5063164).

do art. 103, III, do CDC, é *pro et contra* e, assim, pode beneficiar ou prejudicar os litigantes excluídos. No entanto, os arts. 985 e 986 do Código de Processo Civil admitem o que é designado de “revisão” da decisão do incidente para os casos futuros, ou seja, para os casos que não estavam pendentes. Tal “revisão” de decisão obviamente significa uma redescisão. Porém, certamente uma redescisão que não viole a coisa julgada material e, portanto, uma redescisão que não seja uma mera rediscussão. Ora, só um outro fundamento, não deduzido e não discutido no primeiro processo, pode deixar de levar a uma rediscussão da matéria que serve para a prolação da decisão. A discussão de fundamento que poderia ter sido discutido, em outras palavras, não obstante se choque com o princípio do dedutível, não viola a coisa julgada. Trata-se de uma opção legítima em face de uma decisão proferida em incidente que exclui a participação direta dos litigantes. Por consequência, a decisão tomada em virtude do novo fundamento conduz a outra decisão e a outra coisa julgada.

O princípio que cobre o dedutível realmente não se aplica à coisa julgada sobre questão contrária aos excluídos, resultante do incidente de resolução de demandas repetitivas. Se a parte que não discute a questão de forma adequada não fica sujeita à coisa julgada sobre questão, nos termos do art. 503, o litigante excluído cujo representante não discutiu determinado fundamento no incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser proibido de invocar outro fundamento para discutir a questão de direito. Note-se que, se no processo individual evita-se prejudicar quem não teve oportunidade de efetivamente discutir a questão, no incidente de resolução de demandas — em que se exclui os litigantes da participação direta — não há como supor que o representante adequado não quis discutir o fundamento e, assim, eliminar a possibilidade de rediscussão da questão com base em fundamento não deduzido. O que importa, em outras palavras, é que a ficção de que a parte abriu mão da discussão do fundamento ao não alegá-lo não vale no incidente. Afinal, a participação adequada do representante é indispensável para a preservação de direitos fundamentais processuais.

Nessas condições, qualquer legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente de resolução pode invocar fundamento não discutido e não decidido para rediscutir a decisão *em face dos casos futuros*. Ademais, os titulares de pretensão à tutela de direito que

depende da resolução da mesma questão de direito não ficam proibidos de invocar o fundamento não discutido e decidido ao proporem suas ações.

4 Prestações bilaterais e infringência da coisa julgada sobre o contrato

Um dos grandes problemas da coisa julgada material, de certa forma relacionado com a não atribuição de coisa julgada às questões, está presente diante das relações jurídicas complexas e da sua discussão fragmentada mediante ações autônomas. Nesses casos discute-se uma parte ou um efeito do todo ou de uma relação jurídica. A prejudicialidade entre a parte e o todo constitui uma prejudicialidade *interna* à relação jurídica, distinguindo-se daquela característica à hipótese em que *dois direitos* estão em relação de conexão por prejudicialidade.

Diante das várias situações concretas que poderiam ser lembradas, é interessante destacar, em virtude não só da sua importância prática, mas também da sua fácil assimilação teórica diante do problema ora enfrentado, o caso do contrato bilateral ou sinalagmático, em que estão previstas prestações para ambas as partes.

Tome-se em conta o exemplo do contrato de compra e venda. Uma vez julgado procedente o pedido de condenação ao pagamento da prestação pecuniária devida ao vendedor, seria possível imaginar — não apenas no sistema em que *não há* coisa julgada sobre questão — que diante de posterior ação voltada à obtenção da coisa o juiz poderia julgar o pedido improcedente sob o argumento de que o contrato é inválido ou inexistente.

De modo que o problema é exatamente o de se saber se a coisa julgada se forma apenas sobre a prestação pedida ou alcança a base contratual sobre a qual a prestação se funda, ou, em outras palavras, se a coisa julgada abrange a relação jurídica em que situa a prestação exigida. Considerando o objeto do processo, as soluções aventadas pela doutrina foram as seguintes: i) por ser determinado apenas a partir da demanda do autor, o objeto do processo deve limitar-se ao pedido relativo à prestação exigida; ii) o objeto do processo estende-se à relação jurídica em que inserida a prestação exigida, independentemente da contestação do réu e, assim, de ter surgido controvérsia sobre o contrato em que a prestação se funda; e iii) o objeto do processo é determinado pela demanda

e pela defesa, de modo que se o réu contestar a existência ou a validade do contrato em que se funda a exigência da prestação, o objeto do processo abarcará a relação jurídica em que baseado o pedido de adimplemento da prestação²⁸. É interessante perceber que a solução i) tem base na doutrina chiovendiana; a solução ii) sempre foi aquela admitida pelos tribunais italianos e a solução iii) foi a sustentada por Mortara²⁹, reconhecido como o primeiro doutrinador italiano a sustentar teoricamente o enquadramento do processo no âmbito do Direito público³⁰.

Recentemente, reconhecendo a diversidade dos entendimentos doutrinários e, sobretudo, a gravidade do problema em termos práticos e sistemáticos, Proto Pisani concluiu que a tese de que a coisa julgada é limitada pelo pedido ao pagamento da prestação é “*francamente inammissibile*”, sob pena da “*distruzione del valore del giudicato*” e da “*disarticolazione tramite il processo di una realtà sostanziale indissolubilmente unitaria*”³¹.

Note-se que a solução de Proto Pisani, ao contrário das demais soluções dadas ao problema teórico, enfatiza o problema de se ter, diante da limitação do objeto do processo e, por consequência, da restrição da coisa julgada aos efeitos ou a uma parte (à prestação) da relação jurídica, a quebra de

uma realidade de direito material que não comporta fragmentação³². Esse ponto tem especial relevo, na medida em que agrega uma complicação acessória, a de que basta pensar em coisa julgada sobre questão para eliminar o problema da contradição entre coisas julgadas relativas a prestações fundadas em um contrato.

Diante do art. 503 do Código de Processo Civil, para se concluir pela coisa julgada sobre a relação jurídica em que se baseia o pedido de adimplemento da prestação é necessário admitir que a questão prejudicial de que depende o julgamento do mérito está longe de ser a questão prejudicial “clássica”, ou melhor, aquela em que dois direitos distintos estão em relação de conexão por prejudicialidade — por exemplo, herdeiro e credor, proprietário da coisa e responsável, etc. A questão relativa ao contrato, embora possa não ser uma prejudicial em sentido técnico tradicional, certamente pode constituir uma questão prejudicial ao julgamento do pedido de adimplemento das prestações. Aliás, quando se pensa na razão de ser da coisa julgada sobre questão, não há razão para restringir o conceito de questão prejudicial nem sequer para limitá-lo — desde logo deixe-se claro — com base em razões dogmáticas de outras épocas ou mesmo relacionadas com a possibilidade de discussão da questão mediante ação declaratória incidental.

Contudo, não há como escapar da regra de que, quando uma questão não é adequadamente discutida e expressamente decidida (art. 503, § 1º, II, CPC), não há como pensar em coisa julgada. Sucede que nem sempre a ação em que se pede o pagamento de prestação será contestada ou especificamente contestada em relação à existência ou à validade do contrato. Ora, uma vez proposta ação de adimplemento de prestação pecuniária derivada de contrato de compra e venda — por exemplo —, pode haver revelia, proferindo-se sentença de condenação ao pagamento das prestações sem qualquer alusão ao contrato. Também pode acontecer de o réu contestar a demanda apenas para negar o inadimplemento da prestação, quando, reconhecendo-se ou não o inadimplemento, obviamente nada terá sido discutido e decidido a

²⁸ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 66-67.

²⁹ Lodovico Mortara, antes de Chiovenda, já havia proposto uma concepção de jurisdição como função destinada à defesa do direito objetivo. Cf. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano: Vallardi, 1923, p. 18 e ss; *Manuale della procedura civile*, Torino: Torinese, 1921, p. 48 e ss. Eis o que disse Chiovenda em oração em homenagem póstuma a Mortara: “Il Mortara diffuse nel nostro mondo giuridico la sensazione della insufficienza dei metodi in vigore e degli strumenti usati e con la sua critica penetrante ed inesorabile gettò il discredito sopra idee, definizioni e figure prima adottate come vangelo. Il fatto stesso che un giurista di così grande statura facesse oggetto principale dei suoi studi una materia come la procedura civile prima negletta e quasi dispregiata, giovò sommamente ad elevare nella considerazione dei nostri teorici e dei nostri pratici la dignità della scienza processuale ed a porre in evidenza l'autonomia. [...] Fu grande merito del Mortara aver collocato (come la sua preparazione nel diritto pubblico sola poteve permettere di fare) il processo civile nella sua giusta luce di istituto di diritto pubblico, ciò che fu il punto di partenza dei progressi successivamente realizzati nel nostro campo” (Giuseppe Chiovenda, Lodovico Mortara, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1937, pp. 101-102).

³⁰ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 66-67.

³¹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 67.

³² Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 67-68.

respeito do contrato. Nesse caso, em verdade, o réu admite a validade do contrato.

É certo que o sistema que admite coisa julgada sobre questão, na hipótese em que se forma controvérsia sobre o contrato e, assim, surge questão de que depende o julgamento do pedido de adimplemento de prestação, elimina o problema da contradição entre julgados e evita a negação do valor da coisa julgada material, na medida em que, diante da posterior ação proposta pelo comprador para a obtenção do bem, o juiz não poderá julgar o pedido sem considerar a coisa julgada — *sobre o contrato* — que se formou na ação em que o vendedor pediu o pagamento da prestação pecuniária.

Porém, não há como deixar de ver que, mesmos nos casos em que há revelia ou não contestação do contrato, há grave contradição em condenar ao pagamento da prestação devida pelo comprador e, posteriormente, obstar a realização da sua prestação. Esta contradição, se não pode ser eliminada aludindo-se a coisa julgada sobre questão, pode ser evitada mediante a compreensão de que o processo não pode distorcer ou tratar de modo disforme uma realidade de direito material, no caso uma relação jurídica complexa e unitária. É claro que aí não importa saber se o objeto do processo pode ser configurado com base apenas na demanda do autor ou também com suporte na defesa do demandado. Interessa apenas que à base do pedido do autor há uma relação jurídica — de que decorre prestações bilaterais, ao autor e ao réu — que não pode ser tratada de forma fragmentada ou partilhada, sob pena não somente de cisão da discussão e da decisão da relação jurídica, mas especialmente do seu tratamento desencontrado e divorciado da sua realidade substancial unitária.

Assim, o pedido do vendedor ao pagamento da prestação pecuniária, por estar fundado no contrato de que também deriva prestação de titularidade do comprador, não é suficiente para dar configuração à coisa julgada. O contrato obviamente não pode ser visto de duas formas distintas, conforme a prestação exigida seja de uma ou de outra parte da relação substancial. Ou há contrato ou este é válido ou não há contrato ou este é inválido, pouco importando quem esteja a exigir a prestação. É a unidade do contrato e a impossibilidade de conferir-lhe tratamento contraditório que impõe a extensão da coisa julgada à relação jurídica complexa e unitária que está à base do pedido de adimplemento de prestação.

Para que não se pense que esta é uma elaboração dogmática arbitrária, cabe lembrar que o próprio Chiovenda, cujo pensamento constitui a base moderna não só da elaboração teórica italiana, mas também das doutrinas dos países de *civil law* sobre a coisa julgada, advertiu expressamente para o problema das relações jurídicas complexas diante de ações relativas às suas porções. Para evitar a fragmentação das relações substanciais unitárias, Chiovenda disse que, quando se pede um “direito central” derivado de uma relação jurídica complexa, os limites da coisa julgada não devem ficar limitados ao direito que se pretende obter em juízo, mas devem alcançar a totalidade da relação jurídica³³. Ao se ter em consideração que a coisa julgada assume tal configuração em razão da impossibilidade de se conferir tratamento contraditório à relação unitária base, obviamente não importa se há revelia ou não contestação do contrato.

Tudo isso quer dizer que, diante do Código de Processo Civil de 2015, pode haver ofensa à coisa julgada nas seguintes hipóteses: i) quando, diante de ação em que se pede prestação fundada em contrato, há discussão e decisão do contrato e, posteriormente, em ação em que se pede a prestação contrária baseada no mesmo contrato, julga-se improcedente o pedido sob o fundamento de que o contrato não existe ou é inválido; e ii) quando, em ação proposta por uma das partes, sem se discutir e decidir sobre o contrato, é reconhecido o direito à prestação que do contrato deriva e, posteriormente, nega-se a prestação pedida pela outra parte do contrato sob o fundamento de que este não existe ou não é válido.

Na hipótese i) há coisa julgada sobre o contrato em virtude deste ter sido discutido e decidido enquanto questão prejudicial à solução do pedido de adimplemento da prestação, nos termos do art. 503 do Código de Processo Civil. De modo que a negação do contrato, na ação em que a outra parte pede o adimplemento da prestação que lhe corresponde, significa ofensa à coisa julgada sobre a questão.

Quando o contrato não é discutido e decidido, ou seja, na hipótese ii), ainda assim não há como negar o contrato na ação subsequente em que se pede o cumprimento de outra prestação. Isso porque, mesmo que o contrato não tenha sido decidido, é possível dizer

³³ Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 68.

que o contrato não pode ser negado sob pena de se dar tratamento contraditório a uma relação substancial indissolúvelmente unitária.

Seria possível dizer que não há motivo para falar em coisa julgada sobre questão quando o contrato constitui o objeto do processo e da própria coisa julgada relativa à ação de adimplemento. Mas aí, diante do Código de Processo Civil de 2015, o problema estaria sendo invertido. É preciso ter em conta que o contrato nunca deixa de ser fato constitutivo do direito à prestação. Ora, um fato constitutivo, quando se torna controverso e, assim, assume a condição de questão prejudicial de que depende a resolução do pedido, naturalmente produz coisa julgada material no sistema do novo código. Lembre-se que o problema surge quando há revelia ou não contestação do contrato, ou seja, exatamente quando a questão prejudicial não se configura. Nesse caso é que surge como necessário estender a coisa julgada — que a princípio estaria centrada no pedido de adimplemento da prestação — para o fato constitutivo que não foi controvertido. E isso apenas é feito — frise-se — em razão de estar em jogo uma realidade substancial indissolúvelmente unitária. Ou melhor, para que o direito material não seja mutilado pelo processo.

Realmente, os próprios doutrinadores italianos que conseguiram visualizar a singularidade da questão teórica admitem que a extensão da coisa julgada ao contrato objetiva salvaguardar o direito substancial. Como reconhece Proto Pisani, a ideia de se colocar o contrato na esfera do objeto do processo não só constitui a consciência “della gravità degli inconvenienti pratici ora denunciati”, mas também um “corretivo” que foi utilizado por Chiovenda diante do problema da fragmentação das relações jurídicas complexas e unitárias³⁴.

³⁴ “La consapevolezza della gravità degli inconvenienti pratici ora denunciati impone di ritenere che, quanto meno nell’ipotesi di rapporti a prestazioni corrispettive, l’oggetto del processo e del giudicato non sia costituito solo dal diritto dedotto in giudizio dall’attore, ma anche dall’intero rapporto contrattuale (la rilevanza giuridica del contratto) su cui si fonda sia la prestazione chiesta dall’attore sia la controprestazione che spetta al convenuto (...) Orbene, se si vanno a rileggere le pagine delle Istituzioni di Chiovenda in tema di rapporti giuridici complessi e di deduzione in giudizio di una frazione di tali rapporti, si nota che il sistema di Chiovenda conosceva *dei correttivi diretti ad impedire* che tramite il processo si possa determinare una eccessiva frammentazione di rapporti sostanziali unitari”. (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 68).

5 Ofensa à coisa julgada mediante sua “relativização”

Há quem entenda que o juiz pode negar a coisa julgada sob o fundamento de que é incompatível com decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Não só isso. Que o juiz pode invocar a regra da proporcionalidade em sentido estrito para desconsiderar a coisa julgada quando essa nega direito que, diante da aplicação da regra, sobre ela deve prevalecer. Esse fenômeno restou conhecido no direito brasileiro como “relativização da coisa julgada”.

O que aqui interessa saber é se é possível desconsiderar a coisa julgada em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e se é viável aplicar a regra da proporcionalidade para desconsiderá-la, bem como se a rescindibilidade inerente à ofensa da coisa julgada também sustenta ação rescisória diante de decisão que argumentou estar apenas a relativizando.

Não há como negar a coisa julgada sob a invocação de posterior declaração de inconstitucionalidade basicamente pelos seguintes motivos: i) a decisão que aplica lei *posteriormente* declarada inconstitucional é uma decisão legítima, na medida em que todo e qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem poder para afirmar se uma lei é constitucional, ainda que a sua inconstitucionalidade seja arguida pelas partes; ii) sustentar a premissa de que lei inconstitucional não produz efeitos para desconsiderar a coisa julgada que sobre ela se formou é confundir um enunciado do discurso das fontes com um enunciado do discurso do intérprete, ou seja, não fazer distinção entre disposição (texto legal) e norma (resultado-interpretação)³⁵; iii) o resultado interpretativo ou a disciplina do direito mediante a decisão judicial, uma vez acobertados pela coisa julgada, separam-se ou destacam-se da disposição geral e abstrata³⁶; iv) de modo que proteger a coisa julgada que se forma sobre a decisão que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional obviamente não significa admitir efeitos a uma lei declarada inconstitucional, mas apenas ressalvar juízo

³⁵ Riccardo Guastinni, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 65.

³⁶ Remo Caponi, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano: Giuffrè, 1991; Sergio Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano: Giuffrè, 1987.

anterior e legítimo sobre a questão constitucional³⁷; v) não fosse assim, estaria irremediavelmente nulificado ou destruído o sistema de controle incidental de constitucionalidade, na medida em que de nada valeria a decisão do juiz ou do tribunal a respeito da questão constitucional; vi) ou a coisa julgada, operante sobre a decisão que aplicou lei por entendê-la constitucional, teria o significado de uma inusitada e curiosa coisa julgada sob condição imprevisível e insuscetível de determinação no tempo — na medida em que a coisa julgada sempre estaria na espera de poder ser desconsiderada em virtude de eventual decisão de inconstitucionalidade da Corte Suprema; vii) não há decisão estatal legítima que possa ser desconsiderada pelo próprio Estado. A decisão em controle incidental de constitucionalidade é tão legítima quanto a decisão do Supremo Tribunal Federal. Ambas provêm do Poder Judiciário e são legitimadas pela Constituição. O equívoco não expresso, porém contido nos argumentos que admitem a desconsideração da coisa julgada, é realmente não perceber que ressalvar a coisa julgada não é o mesmo que admitir eficácia a uma lei declarada inconstitucional.

Isso é o que basta para evidenciar a impropriedade da tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. Mas ainda cabe enfrentar o problema da possibilidade do uso da regra da proporcionalidade para afastar ou desconsiderar a coisa julgada.

Argumenta-se que pode haver conflito entre a coisa julgada e outros direitos. Na verdade, afirma-se textualmente que o juiz pode se deparar com conflito entre a coisa julgada e “outros princípios postos na Constituição” e, nesse caso, deve resolvê-lo mediante a aplicação da regra da proporcionalidade³⁸. Os casos

exemplares que animam quem chega nesta conclusão são os de ação de investigação de paternidade julgada improcedente quando não era conhecido o exame de DNA e de ação de desapropriação que condena a Fazenda Pública a pagar indenização em valor muito superior ao que estaria de acordo com a “justa indenização”, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

A tese que pretende solucionar as questões do DNA e da supervalorização da indenização na desapropriação mediante a contraposição de normas constitucionais com a coisa julgada aponta para o que chama de “superprincípio da proporcionalidade”, vendo-o como mecanismo capaz de dar ao juiz o poder de escolher entre a norma constitucional que se alega violada e a coisa julgada.

Lembre-se que a regra da proporcionalidade divide-se em três sub-regras: a regra da adequação, a regra da necessidade — que se desdobra nas regras do meio idôneo e da menor restrição possível — e a regra da proporcionalidade em sentido estrito. Esclareça-se, assim, que, ao aludir a “superprincípio da proporcionalidade”, o Ministro José Delgado está em realidade falando em proporcionalidade em sentido estrito. Realmente, a proporcionalidade, nos casos antes mencionados, não poderia ser pensada como “adequação” ou “necessidade”, mas apenas como proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, como regra que seria capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado.

Em outras palavras, não seria o caso de simples harmonização, mas de aplicar um método de ponderação dos bens, lembrando-se que ponderar é o mesmo que sopesar para definir o bem que deve prevalecer, enquanto harmonizar indica a necessidade de contemporizar para assegurar a aplicação coexistente dos princípios em conflito.³⁹

A ponderação não é um método de interpretação. Como explica Canotilho, a atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes, procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar, enquanto a ponderação visa elaborar critérios

³⁷ Cf. Miguel Galvão Teles, Inconstitucionalidade pretérita, *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 329.

³⁸ José Augusto Delgado, Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, *Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 35. V. Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material, *Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 18 e ss; Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle, *Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 30; Leonardo de Faria Beraldo, A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição, *Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 175 e ss.

³⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.227.

de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.⁴⁰

Por outro lado, a proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio. É, isto sim, uma regra,⁴¹ que apenas pode ser usada em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja solução não pode se dar mediante outro método que não a ponderação no caso concreto. A regra da proporcionalidade em sentido estrito somente deve ser utilizada em situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos. A ponderação não só é um método complementar, mas talvez o menos recomendável e o mais criticado de todos os que existem.⁴²

Outro grande equívoco presente no raciocínio que tenta ponderar a coisa julgada com normas constitucionais está em minimizar o peso da coisa julgada ou, pior do que isso, em colocar a coisa julgada no mesmo plano dos direitos à descoberta do verdadeiro pai e ao pagamento da justa indenização, por exemplo. Ora, obviamente não há como colocar no mesmo plano um direito que foi definido pela jurisdição e a coisa julgada material. Esta última, em uma “escala de valores”, possui valor superlativo, não podendo ser objeto do balanceamento pretendido.

A coisa julgada é uma condição para o discurso jurídico. Um discurso revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral.⁴³ *A coisa julgada não integra o discurso propriamente dito, mas a parte formal da argumentação. Ela é uma regra indispensável à existência do discurso jurídico. Isto significa claramente que a coisa julgada não pode ser “relativizada” pela ponderação de princípios, pois só existe ponderação em discurso jurídico, para cuja existência é imprescindível o respeito a determinadas regras formais, aí incluída a coisa julgada. A coisa julgada não pode ser objeto de “ponderação” por não constituir um princípio cujo fundamento axiológico possa ser*

mensurado e comparado com os outros. Ela é uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental.

Sem coisa julgada não há como falar em discurso jurídico e, por consequência, em Estado Democrático de Direito. A regra formal do discurso jurídico contida na coisa julgada é, sem dúvida, parte estruturante do Estado Democrático de Direito.⁴⁴ Aliás, o fato de determinados bens não poderem se submeter à proporcionalidade é conhecido na prática do Direito Constitucional, bastando lembrar decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que deixou claro que os direitos subtraídos ao poder de revisão, nos termos do art. 79, § 3º, e do art. 19, § 2º, da Lei Fundamental alemã, têm valor supraconstitucional.⁴⁵

Não há cabimento em ponderar um direito que deve ser tutelado pela jurisdição e um atributo que objetiva garantir a própria decisão jurisdicional. A coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão à qual adere. Ela é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é apenas

⁴⁰ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1.223.

⁴¹ Ou um postulado normativo, conforme Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 160-175.

⁴² Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 426.

⁴³ V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2001.

⁴⁴ Na sua *Teoria da argumentação jurídica*, Alexy não enuncia a coisa julgada como uma das regras formais do discurso jurídico. Porém, deixa claro que as regras que apresenta servem para detectar possíveis lacunas e insuficiências, a partir do que é possível estabelecer outras regras adicionais. Mas as regras do discurso jurídico não podem ser impostas ou retiradas da prática jurídica de maneira não reflexiva — necessitam de justificação. Por ser essa fundamentação pragmático-transcendental, é preciso considerar que o discurso jurídico não é possível sem a coisa julgada. Pois bem, a coisa julgada é uma condição de possibilidade do discurso jurídico enquanto discurso institucional limitado no tempo. Não há sentido em realizar um discurso jurídico sem que a discussão jurídica tenha termo. Na verdade, um discurso jurídico perpetuamente revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral. Nesta dimensão, a coisa julgada é uma regra formal do discurso jurídico, uma daquelas regras que fazem do discurso jurídico um caso especial do discurso moral. A coisa julgada é uma regra de que o discurso jurídico depende para existir. Assim, a coisa julgada não pode ser relativizada por não ser um princípio, uma vez que só há ponderação em discurso jurídico, e, para que este discurso exista, devem ser respeitadas as regras que o tornam possível, entre elas a coisa julgada. A coisa julgada não é atingida pela ponderação por não ser um princípio cujo fundamento axiológico possa ser mensurado e comparado com os dos outros, mas uma regra formal do próprio discurso jurídico. Se não for assim, não há possibilidade de se falar em discurso jurídico e, como decorrência, em Estado Democrático de Direito, já que o direito, mesmo em Alexy, é o *medium* de integração social. De modo que a regra formal do discurso jurídico contida na coisa julgada é parte estruturante do Estado Democrático de Direito. V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, op. cit.

⁴⁵ Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, n. 7, 377, 411.

o seu objeto. Não há dúvida que os direitos podem, conforme o caso, ser contrapesados para fazer surgir a decisão jurisdicional adequada,⁴⁶ *mas a própria decisão não pode ser oposta a um direito, como se ao juiz pudesse ser conferido o poder de destruir a própria estabilidade do seu poder, a qual, antes de tudo, é uma garantia do cidadão.*

Aliás, se a coisa julgada pudesse ser objeto de ponderação, não haveria como escapar da conclusão de que esta ponderação *já teria sido feita pelo próprio legislador constitucional.* O art. 5º, XXXVI, ao garantir a coisa julgada material, mais do que afirmar a segurança jurídica, teria feito uma opção pelos princípios da segurança e da confiança diante do risco de eventuais injustiças. *Nessa dimensão, a coisa julgada seria uma regra que impediria qualquer ponderação judicial. Isto porque, quando se está diante de bens ponderáveis, a ponderação legislativa exclui qualquer ponderação judicial sobre os bens já ponderados.*⁴⁷

Assim, basta admitir que o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal tutela a coisa julgada, tornando estáveis as decisões e impedindo a sua rediscussão perante o Poder Judiciário, para se entender que a Constituição exclui qualquer possibilidade de ponderação judicial que tome em conta a coisa julgada⁴⁸.

Mas, além de incorrer nos equívocos antes referidos, a teoria da ponderação ou da relativização ainda padece do defeito congênito de ver a coisa julgada como mera decorrência de regra contida no Código de Processo Civil. Com efeito, enquanto o Ministro Delgado sustenta ter sido vontade do legislador constituinte apenas configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, impedindo

que a lei prejudique a coisa julgada,⁴⁹ Theodoro Jr. alega que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil, pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade hierarquicamente superior.⁵⁰

Ora, a coisa julgada não apenas tem sustentáculo no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, como constitui elemento estruturante do Estado de Direito. Lembre-se que na Alemanha, onde não há proteção constitucional expressa à coisa julgada, o seu fundamento constitucional está ancorado no princípio do Estado de Direito. O *Bundesverfassungsgericht* foi o principal responsável por esta elaboração, frisando que o princípio do Estado de Direito tem como componente essencial a garantia da certeza do direito, que exige não apenas o desenvolvimento regular do processo, como também a estabilidade da sua conclusão.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal não quis apenas dizer que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada, mas que a lei infraconstitucional, além de não poder negar a coisa julgada, deve protegê-la (dever de tutela normativa). Qualquer lei que diga que uma decisão, proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderam ser apresentados, pode ser revista pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo ou alterada, ou modificada, pelo Poder Legislativo, é uma lei inconstitucional.

Engana-se, assim, quem pensa que a proporcionalidade é uma saída para todos os males ou um "superprincípio" capaz de acomodar a coisa julgada diante de princípio constitucional. Na verdade, a proporcionalidade em sentido estrito não só é um método complementar, mas também perigoso, por dar ao juiz um poder de difícil racionalização.

A coisa julgada, por não fazer parte do conteúdo material do discurso jurídico, não pode ser objeto de balanceamento. Ela é regra formal do discurso jurídico ou regra imprescindível para a existência desse discurso ou do próprio processo. De modo que,

⁴⁶ V. Alberto Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova: Cedam, 2002.

⁴⁷ Nesse sentido, argumenta Humberto Ávila que a proteção da coisa julgada, "mais do que amparar um ideal de segurança sem predefinir o seu modo de realização, é uma forma de regramento do conflito entre a segurança e a igualdade particular, não podendo ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação por meio do qual se atribua um peso maior ou menor a ela". (Humberto Ávila, *Teoria da igualdade tributária*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124).

⁴⁸ Nessa linha José Carlos Barbosa Moreira, Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material, *Relativização da coisa julgada*, Salvador: Podium, 2008, p. 235.

⁴⁹ José Augusto Delgado, Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 16.

⁵⁰ Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 30.

e ao invés de mera regra infraconstitucional de caráter processual, a coisa julgada é elemento estruturante do Estado Democrático de Direito. Tem, assim, base constitucional, e, em uma interpretação do art. 5º, XXXVI, que considere o contexto, não pode deixar de ser vista como uma expressão de estabilidade e como uma garantia de segurança e de confiança. Portanto, mesmo que se considerasse a coisa julgada como elemento integrante do discurso, e assim passível de ponderação, essa ponderação já teria sido feita pelo legislador constituinte, que optou por ela diante do risco de eventuais injustiças.⁵¹

Dessa forma, é preciso esclarecer que, além de a expressão superprincípio não ser adequada para definir a proporcionalidade em sentido estrito, se existe alguma coisa, na dimensão ora estudada, que pode ser qualificada de “super”, esta é a regra da coisa julgada. A coisa julgada, por não ser um elemento que integra o conteúdo material do discurso, mas uma condição imprescindível para a sua existência, coloca-se fora do local em que poderia ser vista como uma mera regra, constituindo então, ela sim, uma verdadeira “super-regra”.

O fato de não ser possível balancear a coisa julgada com outros direitos não significa que os problemas relacionadas aos casos exemplares — investigação de paternidade e ação de desapropriação — não possam ser adequadamente tratados sem se violentar a coisa julgada.

Por ora é importante frisar que toda decisão que “relativiza” a coisa julgada — com base em argumentos como o de posterior declaração de inconstitucionalidade e de aplicação da regra da proporcionalidade — ofende-a indesculpavelmente, sujeitando-se a ação rescisória com base no art. 966, IV, do Código de Processo Civil.

Seria absurdo supor que, em razão de o juiz ter fundamentado a desconsideração da coisa julgada em um ou outro fundamento, estaria a preferir decisão não rescindível. A decisão claramente ofende a coisa

julgada e, portanto, não pode escapar da ação voltada à sua rescisão.

6 Rescisória por ofensa à coisa julgada sobre questão

A coisa julgada sobre questão impede que ela venha a ser novamente discutida e decidida em outro processo. Assim, não é mais possível discuti-la na qualidade de questão prejudicial nem de questão principal. Se na ação de alimentos decidiu-se que A é filho de B, condenando-se B a pagar alimentos para a A, não é possível que B proponha ação negatória para rediscutir a questão da paternidade em face de A. A coisa julgada sobre a questão obstaculiza a sua discussão como questão principal. Do mesmo modo, a questão decidida na ação de alimentos poderá ser invocada em qualquer processo futuro em que a qualidade de herdeiro apresente-se como prejudicial à solução do mérito. Nesses casos, a coisa julgada sobre a questão impede a sua rediscussão como questão prejudicial.

Portanto, a coisa julgada sobre questão impede a sua rediscussão como questão principal e vincula a decisão do mérito que a tem como pressuposto. No caso em que a questão reaparece como prejudicial, haverá violação da coisa julgada caso o juiz permita a rediscussão da questão ou novamente a decida para resolver o mérito, uma vez que lhe incumbe apenas julgar o mérito a partir da coisa julgada formada sobre a questão. Note-se que a situação é parecida com a da coisa julgada sobre o mérito que constitui pressuposto para a decisão. Isso ocorre quando, por exemplo, em ação de investigação de paternidade decide-se que A é filho de B e, mais tarde, A propõe ação de alimentos em face de B. A coisa julgada da primeira ação obviamente será violada se o juiz da ação de alimentos permitir a rediscussão da questão da paternidade ou voltar a decidi-la.

Lembre-se que a coisa julgada também pode recair sobre questão formada a partir de fato impeditivo, modificativo ou extintivo e que obviamente não importa se a decisão da questão foi positiva ou negativa àquele que alegou o fato que deu origem à questão. Maior dificuldade ocorre quando a decisão da questão tem sentido oposto ao da sentença que julga o pedido. Ou melhor, quando a decisão da questão é desfavorável à parte que obtém sentença favorável ou vice-versa. É possível dizer que isso contraria a tradição do *collateral estoppel*, em que a questão, para ficar

⁵¹ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em acórdão relatado pelo Min. Luiz Fux, que “a rediscussão reiterada de matéria decidida e declarada por sentença transitada em julgado implica a pretensão de consagração da cognominada tese da “relativização da coisa julgada”, *postulado que se choca com a cláusula pétrea da segurança jurídica, garantia fundamental do jurisdicionado, consagrada em todas as Constituições*” (STJ, REsp 671182, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ 02/05/2005).

obstada de decisão em processos futuros, deve ser essencial para a resolução do litígio⁵².

Porém, não cabe aqui repetir sem reflexão o que se passa diante do *collateral estoppel*. É preciso, na verdade, saber o motivo pelo qual o *common law* entende que uma questão, para ficar coberta pela proibição de relitigação, deve ser determinante para a resolução do pedido. Tendo em vista que o direito estadunidense tem um claro apego à experiência concreta, parte-se da premissa de que uma questão não determinante do julgamento do pedido geralmente não merece atenção nem das partes nem do juiz. Supõe-se, ao se exigir que a questão seja essencial ou determinante, que as partes e o juiz dedicam atenção ao que é essencial e não às questões que não influem diretamente no julgamento do pedido⁵³. Retenha-se o ponto: a característica da essencialidade tem clara relação com a necessidade de a questão ser discutida e decidida, exigências do direito estadunidense que são reproduzidas no art. 503.

Mesmo no *common law* não há preocupação com uma conceituação precisa do que seja questão determinante da resolução do litígio, nem se explica de forma racional o motivo pelo qual apenas uma questão essencial pode ficar marcada pelo *collateral estoppel* e, assim, restar proibida de rediscussão. Se esta razão está numa regra de experiência ligada à discussão e à decisão da questão, obviamente se pode dizer que, quando há adequada e efetiva discussão e expressa e fundamentada decisão da questão, não há motivo para dizer que a questão resolvida contra a parte vencedora não possa ficar revestida de coisa julgada material.

Há vários casos em que não somente uma questão merece atenção das partes e do juiz. Pense-se no caso do acidente automobilístico. Alegando-se

responsabilidade objetiva e culpa do demandado, não há motivo para supor que as partes e o juiz possam deixar qualquer das questões de lado. Se for negada a responsabilidade objetiva e acolhida a culpa do demandado, o pedido será julgado procedente e a questão da responsabilidade objetiva decidida em desfavor do autor. Não há como dizer que a questão da responsabilidade objetiva não constitui questão de que depende o julgamento do mérito. Essa questão apenas não se mostrou imprescindível para o julgamento de procedência do pedido, o que é obviamente coisa distinta. Ora, a circunstância de a questão não se mostrar necessária para o resultado final só tem relevo quando se teme tornar indiscutível uma questão que, por não ser essencial e determinante, não é adequadamente discutida e decidida. Contudo, quando se tem em conta o que realmente deve importar, ou seja, a *irracionalidade de se decidir duas vezes uma mesma questão*, torna-se insustentável a regra que faz parte da experiência do *collateral estoppel*.

As regras estadunidenses — postas no *Restatement (Second) of Judgments* — afirmam claramente não apenas que a questão deve ter sido discutida e decidida, mas também que deve ser essencial ao julgamento. De qualquer forma, a essencialidade da questão é frisada para evitar que uma questão sobre a qual não recaiu adequada discussão e devida atenção possa se tornar indiscutível. Aliás, é interessante lembrar que as Cortes dos Estados Unidos também não admitem *collateral estoppel* quando o caso foi julgado a partir de duas questões decididas favoravelmente ao vencedor. Alega-se que, nessas situações, não há como saber qual questão foi necessária ou essencial para o julgamento. Argumenta-se que, quando não se tem certeza que uma questão foi necessária para o julgamento, é possível que não tenha sido cuidadosa ou rigorosamente considerada.

De todo modo, há julgados de Cortes estadunidenses que admitem que, quando duas questões são decididas em favor do vitorioso, cabe outorgar efeito de *collateral estoppel* a ambas. Isso ocorreu em *Malloy v. Trombley*, quando a Corte de Apelação de Nova Iorque admitiu efeito de *collateral estoppel* às duas questões que conduziram ao julgamento proferido no caso anterior sob o fundamento de ambas terem sido plenamente

⁵² Assim, por exemplo, decidiu-se em *Halpern v. Schwartz*: “[...] the prior judgment will not foreclose reconsideration of same issue if that issue was not necessary to rendering of prior judgment, and hence was incidental, collateral, or immaterial to that judgment” (*Halpern v. Schwartz*, United States Court of Appeals, Second Circuit, May 8, 1970).

⁵³ James, Hazard e Leubsdorf, diante de decisão da Corte de Massachusetts proferida em *Cambria v. Jeffrey*, lembram os fundamentos descritos acima no texto: “Three considerations support this ruling. First, the parties’ attention and efforts are likely to be focused on points and matters that are necessary to the result. Second, the tribunal’s attention is likely to be focused on the grounds necessary for its decision [...]” (Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil Procedure*, Boston-Toronto-London: Little, Brown and Co., 1992, pp. 612-613).

consideradas⁵⁴. Perceba-se, em outras palavras, que celebradas decisões admitem efeito de collateral estoppel a duas questões decididas em favor da parte que venceu exatamente com base no argumento — antes exposto para justificar a coisa julgada sobre questão que não foi essencial à procedência do pedido — de que basta, para se obstar a rediscussão de uma questão, que ela tenha sido plenamente discutida e adequadamente considerada pelo juiz.

Ainda mais delicado é o problema da ofensa à coisa julgada sobre questão que beneficia terceiros. A coisa julgada sobre questão nunca prejudica terceiros, mas apenas pode beneficiá-los. De modo que, se na ação de ressarcimento proposta por um dos acidentados, decide-se que a empresa demandada

não tem responsabilidade para se julgar improcedente o pedido, a empresa não pode invocar coisa julgada sobre questão na ação proposta por outro acidentado. O juiz da segunda ou outra ação poderá decidir que a empresa tem responsabilidade sem ofender a coisa julgada. Porém, se na primeira ação de ressarcimento decidiu-se que a empresa demandada é responsável pelo acidente, a coisa julgada não permitirá a rediscussão da questão na ação proposta por outro acidentado. Nesse caso a coisa julgada sobre a questão beneficia aquele que não participou do processo, na medida em que esta questão, bem vistas as coisas, é também a sua questão. Significa que o outro acidentado poderá invocar a coisa julgada sobre a questão para impedir a sua relitigação e vincular o juiz. Haverá ofensa à coisa julgada sobre a questão caso o juiz da segunda ação decida sobre a questão para julgar o mérito. O juiz da segunda ação não pode voltar a decidir a questão; deve tomar a decisão como pressuposto inarredável do julgamento do mérito. Fora daí há ofensa à coisa julgada sobre a questão, a dar ensejo a ação rescisória.

7 O terceiro beneficiado pela coisa julgada diante da rescisória

É possível perguntar i) se o terceiro (aquele que não participou do processo em que formada a coisa julgada) pode propor ação para rescindir a decisão que, por ser contrária à parte com a qual tem identidade de posição jurídica, deixou de lhe beneficiar e ii) se o terceiro que efetivamente foi beneficiado pela coisa julgada tem direito de participar como réu ou mesmo como terceiro na ação proposta para rescindir a coisa julgada que lhe beneficia.

A primeira pergunta não gera dúvida. Lembre-se que o terceiro jamais pode ser prejudicado pela coisa julgada, mas apenas beneficiado. Portanto, sempre poderá rediscutir a questão marcada por coisa julgada formada em processo de que não participou. Assim, não tem direito de propor ação rescisória para desfazer a coisa julgada que deixou de lhe beneficiar. Se optou por não participar do processo, aceitou que não poderia discutir a questão, muito menos propor ação rescisória.

E se a coisa julgada beneficiou terceiros, esses devem figurar como réus na ação proposta para rescindi-la? Embora se possa dizer que os terceiros adquirem posição jurídica favorável a partir da formação da coisa julgada, isso não quer dizer que

⁵⁴ “It is entirely accurate to observe that the disposition in the Court of Claims was predicated both on its conclusion that there had been no proof of negligence on the part of the State of New York and on its further finding that claimant Malloy had been contributorily negligent. Indeed in introducing that portion of his decision dealing with contributory negligence on the part of the two claimants, Judge Moriarty forthrightly noted that he proceeded to those issues, ‘*although unnecessary to a decision herein*’. Under a strict application of the alternative determination exception to the rule of issue preclusion, neither the finding of no negligence on the part of the State nor the finding of contributory negligence on the part of the claimant would subsequently be given conclusive effect, for in a logical analysis either finding standing independently would have been sufficient to support the decision of the court; each was a literal alternative. *Mechanical application on the basis of such analysis would fail to take into account the vitality of the rationale behind the doctrine of issue preclusion. There can be no doubt in this instance that the issue of Malloy’s contributory negligence was actually and fully litigated.* Although it is true that Malloy and Trombley did not stand toe-to-toe in the Court of Claims, Malloy’s incentive vigorously to oppose a finding of contributory negligence was no less there than it would be in the present Supreme Court action. No suggestion is now advanced that he was in any way handicapped or inhibited in his address to the issue in the Court of Claims; he had full opportunity there and no heavier burden to establish his freedom from contributory negligence with respect to defendant State in that action than with respect to defendant Trombley in the present action. None of the grounds recognized for other exceptions to the general rule of issue preclusion are to be found in this case (see op. cit., s 68.1, p. 27 et seq.). The justification for the alternative determination exception to the general rule is said to be that “the determination in the alternative may not have been as carefully or as rigorously considered as it would have been if it had been necessary to the result, and in that sense it has some of the characteristics of dicta” (op. cit., s 68, Comment i, p. 12). *The care and attention devoted to the issue by Judge Moriarty in this instance saps such a contention of any vitality. Although unnecessary to a decision herein, we note that, based upon the evidence presented at trial, neither claimant appears to have established the requisite freedom from culpable conduct necessary for success in a cause of action for negligence which accrued prior to September, 1975. [...]*” (Malloy v. Trombley, Court of Appeals of New York, 427 N.Y.S.2d 969, 1980).

tenham legitimidade para defendê-la na ação proposta pelo adversário que lhes é comum. Repita-se que o terceiro opta por não discutir a questão de direito e, assim, não tem razão para ser admitido a participar da ação rescisória. A lógica da coisa julgada em benefício de terceiro é a de que este, por ter aceito não discutir desde logo a questão, não pode argumentar perante o juiz em favor de uma solução jurídica em seu favor. O terceiro claramente optou por não argumentar perante o juiz para obter decisão favorável sobre a questão, preferindo entregar a disputa a outra pessoa, o que significa que também abriu mão de argumentar na eventual ação rescisória. Melhor dizendo: o terceiro não só optou por não discutir a questão, mas entregou a sua discussão e a defesa da coisa julgada a outro litigante.

8 Anterior discussão e rejeição de violação de coisa julgada e ação rescisória

Alega-se que, pelo fato de a lei processual admitir a rescisória sem nada dizer sobre a alegação de coisa julgada no processo de conhecimento, não haveria como proibir a rescisória ainda que, no processo de conhecimento em que invocada a coisa julgada, houvesse sido decidido que a primeira coisa julgada não obsta a formação da segunda. É nesse sentido o entendimento de Barbosa Moreira: “O Código italiano, art. 395, n. 5⁵⁵, exige, como requisito de admissibilidade da *revocazione*, que a sentença impugnada não se haja pronunciado sobre a alegação de coisa julgada. No direito brasileiro, é irrelevante que a preliminar tenha sido ou não suscitada, ou apreciada *ex officio*, no processo em que se proferiu a sentença rescindenda. A circunstância de haver-se nele rejeitado a preliminar

não constitui obstáculo ao exercício da rescisória, nada impede que se acolha o pedido de rescisão”⁵⁶.

O fato de o código nada dizer sobre a impossibilidade de se voltar a decidir sobre a coisa julgada não pode ter o efeito que Barbosa Moreira extraiu. O código italiano tem previsão expressa acerca do ponto para evitar que alguém caia no equívoco de imaginar que é possível negar o que já foi discutido e decidido pelo juiz. Ora, se o juiz decidiu que não havia coisa julgada a obstar a formação da coisa julgada, obviamente não se pode fingir que nada foi decidido. É por isso que, mesmo no Direito brasileiro, não se deve admitir ação rescisória para rediscutir a alegação de coisa julgada anterior que foi rejeitada pelo juiz.

Trata-se simplesmente de se ter em conta a obviedade de que não se pode pretender rediscutir questão para rescindir o que já foi devidamente discutido e expressamente decidido. Do contrário, admitir-se-ia duas discussões e decisões sobre uma mesma questão, o que é completamente fora de propósito. Ora, é completamente irracional entender que, se no processo em que se formou a segunda coisa julgada discutiu-se para se decidir que não havia uma primeira coisa julgada a obstar a decisão sobre o mérito, é possível voltar a discutir a mesma questão e dar a outro juízo oportunidade para rescindir a segunda coisa julgada.

Diante do art. 503, § 1º, isto se torna efetivamente impossível. Se a questão da anterior coisa julgada foi discutida e rejeitada no processo, há coisa julgada sobre a inexistência da primeira coisa julgada, o que certamente impede que se pretenda rescindir a segunda coisa julgada sob o fundamento de existir a primeira. Se isto ocorresse, aí sim haveria violação da coisa julgada.

⁵⁵ Art. 395, 5 (CPC italiano): “Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: [...] 5. se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione”.

⁵⁶ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil* [1973], v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130.

A crise do Poder Judiciário no Brasil: reflexos no STJ

André Macedo de Oliveira*

Palavras-chave: Papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Assembleia Nacional Constituinte. Crise do Poder Judiciário.

Num cenário de crise do Poder Judiciário, é lugar comum que a prestação jurisdicional é lenta. É tardia. Um processo cível dura longos anos, sem garantia de efetividade, de cumprimento. Ou seja, ganha a causa, “mas pode ser que não receba o devido”. E não é pela falta de magistrados e servidores, considerando alguns poucos tribunais com excesso e outros com escassez de juízes e servidores. Também não é pela informatização, apesar de contrapontos entre sistemas, pauta essa em discussão no Conselho Nacional de Justiça. E não é pela falta de uma legislação moderna, apesar do Código de Processo Civil de 2015 ainda não apresentar resultados concretos para a racionalização do sistema processual civil.

Nesse cenário de não culpados pela crise do sistema e pelas inúmeras razões pela não prestação do serviço que lhe compete, cabe ao Poder Judiciário buscar um choque de gestão administrativa e cultural para alavancar o seu fim maior, que é a entrega da prestação jurisdicional. Fora o tempo e a gestão, uma mudança há que ser observada: o do papel constitucional do STJ. É preciso rever o papel desse Tribunal que é o de Corte uniformizadora da legislação infraconstitucional.

A criação do Superior Tribunal de Justiça foi um marco na Constituição de 1988. Uma “mesa-redonda” realizada na Fundação Getúlio Vargas, ainda em 1965, está na origem do debate sobre a concepção do Superior Tribunal de Justiça.¹

Falava-se na criação de um tribunal que se ocupasse de parte da competência do Supremo Tribunal Federal no tocante à apreciação dos recursos

extraordinários relativos ao direito federal comum. O relatório do debate aponta para a criação de

[...] um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, como especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas corpus* originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados [...].²

Imbuídos de atribuir um novo papel ao Supremo Tribunal Federal, a ideia desses renomados juristas era, em essência, encaminhar os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal ao novo tribunal, de modo a aliviar a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal.³ Aliás, antes mesmo dessa mesa redonda, José Afonso da Silva apontava a necessidade da criação de um tribunal superior

[...] correspondente ao TSE e ao TST para compor as estruturas judiciárias do Direito comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar [...].

Esse órgão, que José Afonso chamaria de Tribunal Superior de Justiça,

[...] teria como competência fundamental, entre outras, julgar, em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares [...].⁴

Até a Carta de 1988, as questões de uniformização da legislação federal eram submetidas ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário. Foi no art. 27 do ato das disposições constitucionais transitórias que se regulamentou a instalação do Superior Tribunal de Justiça. Egídio Ferreira Lima,

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UnB. Advogado. Desembargador titular do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE-DF).

¹ Desse encontro participaram os juristas Levy Fernandes Carneiro, Alcino de Paula Salazar, José Frederico Marques, Miguel Seabra Fagundes, G. Ulhôa Canto, Caio Mário da Silva Pereira, Mário Pessoa, Caio Tácito, Flavio Bauer Novelli, Miguel Reale e Themistocles Brandão Cavalcanti, que presidiu os trabalhos.

² *Revista de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas*, vol. VIII, tomo 2, maio/agosto de 1965, p. 134 e ss.

³ Vale conferir ainda artigo de Miguel Reale. O Tribunal Superior de Justiça. *Folha de São Paulo*, Tendências/Debates, sexta-feira, 5 de junho de 1987.

⁴ SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963, p. 456.

na sessão da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembleia Nacional Constituinte, em 27 de maio de 1987, sob a presidência de Oscar Corrêa, a qual contou também com a presença do então Procurador-Geral da República, Sepúlveda Pertence, destacou o ponto da “renovação do Judiciário” a partir da criação de um Superior Tribunal de Justiça com “competência para a interpretação da lei federal e para a unificação da jurisprudência no conflito entre Tribunais”.⁵

Antes, porém, em 6 de maio de 1987, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sydney Sanches, também compareceu à sessão da Comissão, na qualidade de relator-geral da proposta do Supremo Tribunal Federal à Constituinte, e destacou que antes de fixar as suas convicções, o Supremo ouviu as sugestões e manifestações de “todos os tribunais do País”.

Entre as propostas analisadas, o STF desaprovou a ideia de se

[...] criar um Tribunal Superior de Justiça (abaixo do Supremo Tribunal Federal), com competência para julgar recursos extraordinários oriundos de todos os Tribunais Estaduais do País [...].⁶

A opinião contrária do STF era baseada, segundo revelam os anais da Assembleia Nacional Constituinte, na eventual prejudicialidade da “autonomia das Justiças Estaduais, que ficariam sob a jurisdição de um Tribunal Federal”, e que não seria um Tribunal de toda a Federação, como o Supremo. Seria um Tribunal “intermediário, sem força de Tribunal da Federação, e que reformaria os acórdãos da Justiça dos Estados, que teriam sua autonomia consideravelmente atingida”.

O Ministro Sydney Sanches apresentou ainda a importância de um tribunal de caráter nacional, com jurisdição em todo o País, continuar “exercendo

competência sobre as questões federais de maior repercussão na ordem jurídica”. E ainda

[...] que o Brasil tem peculiaridades históricas, geográficas, sociológicas, étnicas, com uma formação fisiológica, política, econômica, moral e religiosa tão diversificada que é muito perigosa a adoção pura e simples de modelos alienígenas para solução de seus problemas judiciários.⁷

Ao tratar do Tribunal Federal de Recursos, Sydney Sanches o destacou como “notoriamente sobrecarregado”. Apontou a necessidade da “racionalização de trabalho na Justiça Federal de 2ª instância”, pois, na verdade, “o Tribunal Federal de Recursos é a 2ª e a 3ª instâncias na Justiça Federal. Por isso, jamais conseguirá superar o acervo de processos que lá se encontra”. Como se vê, o cenário, desde o TFR, era de sobrecarga de trabalhos e grande volume de processos. A necessidade de racionalização de trabalho permeava todo o debate. Aliado a isso, apontou Sydney Sanches que “a proposta Afonso Arinos cria um Tribunal Superior que seria superior para a Justiça Federal e para a Justiça dos Estados”.⁸

Como se vê, a essência do STJ está nos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Lá estão os alicerces do papel constitucional desse Tribunal: a uniformização da legislação infraconstitucional. E é nessa toada que ele vem caminhando, em especial, com a consolidação de teses por meio dos recursos especiais repetitivos, marco balizador da racionalização da jurisprudência do Tribunal, semeado pelo professor e ex-Ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro.

Contudo, esse Tribunal também está sobrecarregado. Em 2012, o STJ julgou 371.618 processos. Excluindo-se os meses de janeiro e julho (recesso) e os sábados e domingos, pode-se afirmar que o STJ julgou 1.858 casos por dia. E mais. Considerando os 33 ministros do Tribunal, cada um julgou, em média, 56 processos por dia em 2012. Considerando 8 horas de

⁵ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* (Suplemento), Câmara dos Deputados, publicado em 5 de agosto de 1987, p. 8. Nessa passagem, Egídio Ferreira Lima destaca ainda a criação dos Tribunais Regionais Federais, “ensejando-se a descentralização do julgamento da matéria recursal concernente à Justiça Federal”. E ainda: “Comandos precisos visam a uma justiça mais rápida e eficiente, ao tempo em que se instituíram juízos especiais mais próximos da população e com processos rápidos”. Sobre o Constituinte Egídio Ferreira Lima, confira: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao>.

⁶ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, pp. 23-24.

⁷ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, p. 24.

⁸ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, p. 27. Segundo a proposta do STF, “as turmas de ministros, pequenas, seriam especializadas. Só a uniformização seria matéria de Plenário. Assim, as reuniões do Plenário não seriam tão frequentes. Essa é que seria a maior dificuldade, mas a agilidade do Tribunal seria grande nas Turmas, pois cada uma teria a sua especialidade: tributária, administrativa, matéria penal, matéria civil e assim por diante”.

trabalho, cada ministro julgou, em média, 7 processos por hora em 2012.⁹

Aldir Passarinho Júnior, em sua última sessão como ministro do STJ, após treze anos no cargo, salientou que seu desejo era

[...] ter tempo suficiente para mergulhar fundo nos processos, pesquisar intensamente jurisprudências e doutrinas nacionais e estrangeiras, construir teses sólidas precedidas de exaustivo debate [...].¹⁰

Nessa esteira, Fátima Nancy Andrighi aponta

[...] que o descasamento entre a capacidade de prestar serviços e a necessidade da população levou-nos a conviver com uma situação de caos e, apesar dos mais severos esforços, o cumprimento das funções institucionais do STJ sempre deixou muito a desejar [...].

O excesso de ações “em torno do mesmo tema era, e ainda é, pernicioso, pois consegue inverter a ordem natural do trabalho dos juízes”. Para Nancy Andrighi, a repetência de idênticos julgamentos aumenta a produtividade individual de cada magistrado, “transmitindo a falsa ideia de que são decididas variadas questões de direito”. Os recursos complexos são “relegados a segundo plano” e o trabalho

[...] jurisdicional passa a ser direcionado para atender à demanda de massa de poucos e determinados escritórios de advocacia ou de partes que sobrecarregam o sistema judicial com uma avalanche de recursos [...].

Há, segundo Andrighi, um tratamento desigual dos jurisdicionados.¹¹

Esses dados alarmantes aumentaram nos anos seguintes. Em 2016, o STJ julgou 470.722, ou seja, julgou 2.353 casos por dia. Cada ministro julgou, em média, 80 processos por dia em 2016. Em 1990 foram julgados 11.742 processos, com 58 processos por dia e 2 processos, em média, por cada ministro.

PROCESSOS JULGADOS PELO STJ			
MÉDIA DE PROCESSOS JULGADOS/ANO	1990	2012	2016
STJ (por ano)	11.742	371.618	470.722
STJ (por dia)	58	1.858	2.353
MINISTRO (por dia)	2	56	80

Pelos dados estatísticos, vê-se que o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça de uniformizador da legislação infraconstitucional, mesmo considerando os esforços administrativos e de gestão dos ministros e servidores, caminha na contramão dos propósitos alinhados na Assembleia Nacional Constituinte em 1987, bem como nos debates acadêmicos que a antecederam. Os debates dos constituintes caminhavam para uma renovação do Judiciário com a criação de um tribunal com “competência para a interpretação da lei federal e para a unificação da jurisprudência no conflito entre Tribunais”.¹²

Cabe ao próprio Superior Tribunal de Justiça, com um olhar interno em gestão e cultura, aprimorar o seu papel de uniformizador da legislação federal.¹³ O resgate do papel constitucional do STJ só pode ser feito pelo próprio STJ. É a terceira margem do STJ.

⁹ Excluindo-se os meses do recesso — janeiro e julho —, foram julgados 1.218 processos por dia no âmbito do STJ em 2012. Considerando os 200 dias úteis do ano, excluindo janeiro e julho e os sábados e domingos, foram julgados 1.858 processos por dia no Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰ Declaração dada na última sessão do Ministro Aldir Passarinho Júnior na Corte Especial do STJ em 18 de abril de 2011. O ministro entrou no STJ em 1998 e ficou até abril de 2011. Nesse período, recebeu 103 mil processos e julgou 114 mil.

¹¹ *Revista de Processo*, v. 35, n. 185, julho, 2010, p. 268.

¹² *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* (Suplemento), Câmara dos Deputados, publicado em 5 de agosto de 1987, p. 8.

¹³ A principal função do Superior Tribunal de Justiça é definir a interpretação do direito federal. Essa advertência de Luiz Guilherme Marinoni, na qual se evitará que cada Estado da federação trate da lei federal “a seu gosto”, é fundante, pois, embora o STJ tenha “missão bastante nítida, a sua prática é incapaz de permitir a realização da função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal”. Isso ocorre, consoante Marinoni, não em razão dos precedentes do STJ não terem força vinculante sobre os Tribunais Regionais Federais e Estaduais, mas pelo fato de os precedentes do STJ não terem sequer “força persuasiva” sobre os tribunais que lhe são inferiores (Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, n. 49, 2009, p. 52).

O direito à imigração no Brasil

Arthur Pinheiro Chaves*

1 Introdução

Conflitos internos e entre nações, guerras e conflitos interétnicos, agravados, muitas vezes, por catástrofes de ordem natural, têm provocado, em especial nas duas últimas décadas, um incremento elevado do fluxo migratório, numa escala inédita na história, culminando em séria crise humanitária, em especial no espaço compreendido na União Europeia, com migrantes oriundos da África, Oriente Médio e Leste Europeu.

Paralelamente a isso, o processo de globalização econômica, com avanços em inovações tecnológicas, meios de transportes e das comunicações digitais, tornaram os fluxos financeiros e de pessoas voláteis e quase incontrolláveis no âmbito internacional, relativizando, muitas vezes, a noção de fronteira¹.

Entretanto, nada obstante a realidade apontada, o Estado moderno continua a desempenhar papéis fundamentais e que não se tornaram de todo obsoletos em face da pressão da mencionada globalização. Destacam-se, entre outros, as prerrogativas do Estado ligadas às funções de justiça, defesa do território, polícia e diplomacia, como se verá adiante. Permanece, diante disso, ainda, princípio clássico de Direito Internacional Público no sentido de que nenhum Estado soberano é obrigado a admitir em seu território estrangeiros, seja a título definitivo, seja a título temporário, embora a intensidade de sua presença, bem como os requisitos de ingresso e permanência, varie muito de um país para outro².

De outra banda, a partir do momento em que se admite cidadão de outro país no âmbito espacial de sua soberania interna, tem o Estado, qualquer que seja, perante ele, deveres resultantes do direito

* Doutor em Direito Público pela *Università degli Studi di Pavia*. Juiz federal na Seção Judiciária do Pará.

¹ Sobre o aspecto histórico do tema da globalização e o incremento do fluxo migratório, pondera D'Adesky: "A idade de ouro' da globalização situa-se, de acordo com Zaki Laidi, entre 1870 e 1914. Naquele período, os fluxos financeiros não estavam submetidos, relembra ele, a nenhuma restrição entre os países. [...] Não só os Estados nacionais daquela época eram embrionários, mas a ideia de responsabilidade social do Estado estava ainda no nascedouro. Além disso, a circulação das pessoas era muito mais livre em comparação com a situação de hoje. Entre 1870 e 1914, Zaki Laidi enfatiza a existência de três importantes fluxos migratórios: o primeiro alastrava-se entre a Europa e a América do Norte; o segundo ocorria no seio da Ásia, da China e da Índia em direção ao Sudeste Asiático; quanto ao terceiro fluxo, desenvolvia-se dentro da própria Europa, nomeadamente entre a Europa Central e a Itália em direção à França, à Alemanha e à Suíça. Estima-se em cerca de 100 milhões de pessoas o número de migrantes, em âmbito mundial, no fim do século XIX. A globalização atual seria, portanto, a retomada dessa tendência histórica que foi, segundo Zaki Laidi, interrompida entre as duas guerras mundiais". Cfr. D'ADESKY, JACQUES, *Imigração interna e controle de estrangeiros - o discurso nacionalista e a prática da exclusão social*, Seminário Internacional as minorias e o direito (2001: Brasília)/Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários; Ajufe; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. Brasília: CJF, 2003, 272 p. (Série cadernos do CEJ; V. 24), p. 195. Vale notar, ainda, em aditamento à observação trazida pelo mencionado autor, no que concerne ao Brasil, que a história da formação populacional brasileira restou acentuadamente marcada pela colonização portuguesa (com períodos ocupação espanhola, holandesa e francesa) e por fluxos migratórios iniciados em fins do Século XIX e início do Século XX (destacando-se, entre outros, os fluxos migratórios de origem italiana e japonesa).

² No mesmo diapasão, leciona Cordini: "O direito público internacional não garante ao estrangeiro o direito de entrar no território de um Estado soberano. A admissão do estrangeiro no território do Estado é ainda hoje determinada com base de disposições de leis internas, por razões conexas com a tutela da segurança nacional e da ordem pública. A definição das condições que autorizam ao estrangeiro o direito de asilo e a atribuição do *status* de refugiado, determinado com base em acordos internacionais (em particular a Convenção de Genebra sobre refugiados), restam estabelecidas por cada Estado, no exercício de sua soberania". CORDINI, GIOVANNI, coord.; CHIRI, GUIDO SALA; VANONI, LUCA P.; VENTURI, ALESSANDRO; VIOLINI, LORENZA, *Il diritto dell'immigrazione - profili di diritto comparato*, V *quaderno de "Il diritto dell'economia"*, Vol. II, Mucchi Editore, 2010, pp. 442-443. Vale asseverar, ainda, que até há pouco tempo não se tinha notícia do uso da prerrogativa teórica de fechar as portas de forma absoluta para estrangeiros, entretanto, com o agravamento da crise migratória no continente Europeu, ocorrida a partir de 2010, bem como temores concernentes a ataques terroristas, em especial após o 11 de setembro de 2001, tal realidade tem sofrido aceleração mudança, culminando com decreto expedido recentemente pelo atual Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, no dia 27 de janeiro de 2017, proibindo a entrada no mencionado país de refugiados e de cidadãos oriundos de sete países de origem muçulmana: Irã, Iraque, Iêmen, Líbia, Sudão, Somália e Síria. A medida pende de apreciação, acerca de sua constitucionalidade, perante o judiciário federal norte-americano. Acerca da necessidade fundamento moral suficiente apto a justificar um patriotismo que chegue a autorizar a exclusão, por um país, de cidadãos estrangeiros de seu território, vale conferir SANDEL, MICHAEL, *Justice: What's the right thing to do?*, Penguin Books, Londres, 2009.

internacional, cuja extensão varia em conformidade com a natureza do ingresso³.

Esse o quadro fático, bem como os aspectos jurídicos mencionados, servem de fundo e referência para reflexão acerca do aspecto nacionalista em face do migrante e do estrangeiro, considerada a perspectiva de construção de um cenário de ideal cosmopolita e globalizado ao longo do século XXI, com flexibilização dos conceitos de fronteira e território⁴.

É com fulcro em tais premissas que o texto vai procurar fazer uma análise da condição jurídica do estrangeiro e do imigrante no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, partindo-se de uma análise do princípio contido no Texto Constitucional, das regras gerais presentes no Estatuto do Estrangeiro, concernentes, mais de perto, à entrada, permanência e exclusão de estrangeiros no Brasil, passando pela análise de temas mais específicos concernentes ao tema do direito à imigração, como a questão relativa aos refugiados, ao asilo político e ao tráfico internacional de pessoas, findando com aspectos conclusivos acerca do tema em estudo.

2 Princípios e disposições gerais de ordem constitucional

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, o Texto Constitucional traz previsão básica e fundamental em relação aos estrangeiros e imigrantes em geral, vez que serve de parâmetro para a aplicação das demais normas internas concernentes ao tema.

Estatui em seu art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos incisos constantes do mencionado artigo⁵. A regra geral, portanto, no Direito brasileiro, é aquela da igualdade entre brasileiros e estrangeiros, em face ao estatuído no art. 5º, *caput*, da Constituição, em especial no que concerne às garantias do direito de propriedade, de liberdade e moradia (arts. 6º e 5º, LVIII), restando, nada obstante, a equiparação constitucional limitada em relação aos estrangeiros no que diz respeito ao direito de permanência e locomoção, com possibilidade de revogação ou negação de vistos, por razões de segurança e interesse nacional.

Dentre os incisos do mencionado art. 5º da Constituição Federal, merece destaque, ainda, o estatuído no inciso LII, que prevê a impossibilidade de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião⁶.

O Texto Constitucional brasileiro também restringe diretamente, em algumas situações, a liberdade e a participação do imigrante ou estrangeiro, como se pode notar exemplificativamente na impossibilidade de alistamento como eleitor, não podendo por conseguinte votar ou ser votado nem propor ação popular (art. 14, § 2º, da Constituição Federal)⁷, proibição de repasse a partido político (art.

⁵ O art. 5º da Constituição Federal pode ser considerado o *Bill of rights* do Direito brasileiro.

⁶ Merecem ainda menção, vez que dizem respeito ao tema, ainda que de forma indireta, os seguintes incisos do art. 5º: liberdade de comunicação (art. 5º, IX, CF); a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que haja atendimento às qualificações profissionais legais (inciso XIII); a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz (inciso XV); as liberdades de reunião (inciso XVI) e de associação (inciso XVII); a possibilidade de criar associação para fins lícitos sem interferência estatal (inciso XVIII); o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo ou judicial (inciso LV); o relaxamento da prisão ilegal pela autoridade judiciária (inciso LXV) e a possibilidade de utilização do remédio constitucional do *habeas corpus* na hipótese da necessidade de tutela da livre locomoção contra atos ilegais e de abuso de poder (inciso LXVIII). O art. 6º da mesma Carta prevê, ademais, direitos sociais de que os estrangeiros regulares também se denotam titulares, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à assistência aos desamparados e outros. Estabelece, ademais, como tema correlato, regras concernentes à nacionalidade brasileira no seu art. 12.

⁷ Exceção feita aos portugueses que em face de estatuto de igualdade podem, preservando incólume sua nacionalidade, e

³ Nesse diapasão, leciona Rezek que: “ A qualquer estrangeiro encontrável em seu território — mesmo que na mais fugaz das situações, na zona de trânsito de um aeroporto — deve o Estado proporcionar a garantia de certos direitos elementares da pessoa humana: a vida, a integridade física, a prerrogativa eventual de requerer administrativamente ou peticionar em juízo, o tratamento isonômico em relação a pessoas do mesmo estatuto”. Cfr. REZEK, JOSÉ FRANCISCO, *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁴ Sobre tema correlato, concernente à flexibilização do conceito de território e sua transformação, traçando uma análise acerca da evolução do conceito de território, decorrente do processo de globalização e do desenvolvimento do direito comunitário, resultando em uma interdependência entre as nações e influenciando nas concepções universalista e isolacionista de fronteira, tive oportunidade de me manifestar em CHAVES, ARTHUR PINHEIRO, O panorama da jurisprudência comparada das cortes constitucionais na interpretação e aplicação do direito constitucional contemporâneo: a influência da transformação do conceito de território, *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 19, n. 4, pp. 65-67, abr. 2007.

17, inciso II) ou vedação de participação direta ou indireta de seu capital na assistência à saúde (art. 199, § 3º)⁸.

3 Legislação Infraconstitucional

3.1 O Estatuto do Estrangeiro - regramento geral:

Dentre as legislações infraconstitucionais aplicáveis ao estrangeiro e imigrante no Brasil, vale ressaltar, de início, por seu caráter de norma geral, o Estatuto do Estrangeiro, Lei Federal 6.815/1980, diploma legal recepcionado em face do art. 22, XV, da Constituição Federal de 1988 e que ao longo de seus 141 artigos e respectivo decreto regulamentador regula questões como as concernentes à entrada, permanência e saída de estrangeiros no País⁹. Trata-se de diploma legal editado anteriormente à entrada em vigor do Texto Constitucional de 1988, em inícios da década de 1980 e a ainda sob o regime militar, cuja interpretação, portanto, deve se coadunar com o posterior Texto Constitucional, de índole marcadamente liberal¹⁰.

continuando a ser, pois, um estrangeiro, fruir no Brasil da quase plenitude dos direitos políticos, com a só ressalva dos cargos que a Constituição reserva as nacionais natos (art. 12, §§ 1º e 3º). Em relação aos demais estrangeiros, vale conferir a observação de Rezek, no sentido de que: "O estrangeiro não tem direitos políticos, mesmo quando instalado definitivamente no território e entregue à plenitude de suas potencialidades civis, no trabalho e no comércio". REZEK, JOSÉ FRANCISCO, *Direito internacional público: curso elementar*; São Paulo: Saraiva, 2000. p. 186.

⁸ Ainda correlato ao tema, vale asseverar que em conformidade com a redação original da Constituição, os estrangeiros não poderiam habilitar-se ao serviço público. Com redação dada pela Emenda Constitucionais 11 e 19 de 1998, o art. 37, I, da Constituição Federal passou a prever no entanto que: "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei" (grifei) e exceções no que concerne aos professores universitários, em conformidade com o art. 207.

⁹ Referida norma constitucional estabelece: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros".

¹⁰ Vale asseverar neste ponto que a legislação mencionada, Lei 6.815/1980, tem sido considerada por alguns estudiosos como ultrapassada, tratando a questão da imigração através de uma lógica em que prevalece o aspecto da segurança, deixando em plano secundário o aspecto dos direitos humanos. Acerca de tal aspecto, De Lima traz observação, no sentido de que: "[...] o Estatuto do Estrangeiro, talvez por ter sido sancionado anteriormente a 1988 não se demonstra compatível com o rol de direitos civis, econômicos e sociais [...]. Suas disposições colidem com as do texto constitucional, submetendo o imigrante a regime mais restritivo, imotivadamente". Cfr. DE LIMA, MARCELO, Um imigrante iguala-

O primeiro aspecto que se pode destacar no que concerne ao mencionado diploma legal diz respeito à concessão do visto. Introduzindo o tema, Rezek leciona, de forma didática, quanto à variedade de vistos que podem ser concedidos:

[...] no Brasil, como nos demais países, são diversos os títulos sob os quais pode ser o estrangeiro admitido. A distinção fundamental é a que deve fazer-se entre o chamado imigrante — aquele que se instala no país com ânimo de permanência definitiva — e o forasteiro temporário tal o gênero em que se inscrevem turistas, estudantes, missionários, homens de negócios, desportistas e outros mais. Distingue-se ainda do visto permanente, que se lança no passaporte dos imigrantes, o visto diplomático, concedido a representantes de soberanias estrangeiras, cuja presença no território nacional é também temporária — embora não tão efêmera quanto a daquelas outras classes [...]¹¹.

A lei mencionada estatui que a concessão do visto depende de requisitos de segurança e do interesse nacional, como instrumento de proteção da soberania (*jus imperii*), possuindo, portanto, base discricionária. Essa é também a compreensão da majoritária jurisprudência pátria sobre o tema, deixando-se a decisão à discricionariedade dos órgãos responsáveis, quais sejam, os consulados brasileiros, como se pode notar do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A concessão do laissez passer ou do visto, de outro lado, deveria seguir a filosofia da legislação brasileira sobre ingresso e permanência de estrangeiro no Brasil, que segundo o internacionalista Jacob Dolinger na sua obra Direito internacional privado (Parte geral, Ed. Renovar, 6ª ed., 2001) 'é inspirado no atendimento à segurança nacional, na organização institucional e nos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, entre os quais a defesa dos trabalhadores nacionais'. A aferição de tais princípios ou atribuições institucionais para a concessão de tais instrumentos, que objetivam regulamentar o ingresso de estrangeiros no país, é do Ministério das Relações Exteriores, em conformidade com a Lei n. n. 6.815/1980, deixando-se tal atribuição aos consulados [...].

se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais? O direito comparado: modelos brasileiro e europeu, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 49, n. 193, jan./mar. 2012.

¹¹ REZEK, JOSÉ FRANCISCO, op. cit., p. 185.

(MS 7.733, rel. Ministro Paulo Medina, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 26/06/2002)¹².

O instituto, ademais, é marcado pela característica da reciprocidade, significando dizer que se pode dispensar a necessidade de autorização de ingresso ou permanência aos cidadãos cujos países de origem adotem tal prática. Nesse diapasão, Rezek pontua que:

*Diversos são os países que, mediante tratado bilateral ou mero exercício de reciprocidade, dispensam a prévia aposição de um visto — por suas autoridades consulares no exterior — nos passaportes de súditos de nações amigas [...]*¹³.

Nada obstante a ocorrência de tal prática, vale ponderar que o ingresso de um estrangeiro com passaporte não visado faz presumir que sua presença será temporária no País, não podendo ser interpretado como abertura generalizada para imigração.

Acrescente-se, no que concerne ao tema, que no caso de vistos temporários para estrangeiros, há limitações para renovação, devendo, ademais, ser demonstrado o exercício de atividades profissionais, se for o caso, que estejam de acordo com a legislação vigente no Brasil, ou estar o estrangeiro interessado a serviço do Governo brasileiro.

Na hipótese de o estrangeiro desejar se estabelecer por período mais prolongado, deve solicitar visto permanente, situação que se relaciona mais de perto com a *figura do imigrante*. Tal visto é expedido somente na hipótese em que exista relevante interesse nacional, em conformidade com a política de desenvolvimento do Brasil, conforme se pode extrair da redação do art. 16 da Lei 6.815/1980, *verbis*:

Art. 16. O visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil. Parágrafo único. A imigração objetivar, primordialmente, propiciar

mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos [...] ¹⁴.

Ademais, o visto permanente pode ser condicionado a requisitos que reduzam a possibilidade de escolha do local de residência. De fato, o órgão denominado Conselho Nacional de Imigração (CNI) pode estabelecer como condição obrigatória, com fulcro no art. 101 da Lei 6.815/1980, a fixação do solicitante em determinada localidade, por um período definido¹⁵. É o que se extrai, ademais, da redação do art. 18 da mesma Lei 6.815/1980:

Art. 18. A concessão do visto permanente poderá ficar condicionada, por prazo não superior a 5 (cinco) anos, ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território nacional [...].

O visto permanente, ainda, é concedido, apesar da nomenclatura, em caráter de precariedade. Pode ser revogado se aquele que é beneficiado pela concessão comete ilícitos penais, é declarado *persona non grata*, ou ainda caso seja inscrito no registro nacional dos procurados e impedidos. Acerca do tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

¹⁴ Artigo com redação dada pela Lei 6.964, de 09/12/1981.

¹⁵ O mencionado art. 101 de Lei 6.815/1980, estatui, *verbis*: “art. 101. O estrangeiro admitido na forma do artigo 18, ou do artigo 37, § 2º, para o desempenho de atividade profissional certa, e a fixação em região determinada, não poderá, dentro do prazo que lhe for fixado na oportunidade da concessão ou da transformação do visto, mudar de domicílio nem de atividade profissional, ou exercê-la fora daquela região, salvo em caso excepcional, mediante autorização prévia do Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho, quando necessário”. O referido Conselho Nacional de Imigração, por sua vez, é órgão de deliberação coletiva, integrante do Ministério do Trabalho, nos termos da Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, compete: I - formular a política de imigração; II - coordenar e orientar as atividades de imigração; III - efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão de obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário; IV - definir as regiões de que trata o art. 18 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e elaborar os respectivos planos de imigração; V - promover ou fornecer estudos de problemas relativos à imigração; VI - estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos; VII - dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes; VIII - opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração, quando proposta por qualquer órgão do Poder Executivo; IX - elaborar seu regimento interno, que deverá ser submetido à aprovação do Ministro de Estado do Trabalho”. Mencionado órgão tem seu funcionamento regulado pelo Decreto 840/1993.

¹² No mesmo diapasão, já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “[...] Nem o autor no sua petição inicial, nem o juiz de primeiro grau, fizeram um exame do mérito administrativo, respeitando o poder discricionário da administração pública, no que diz respeito a conceder ou não o visto pretendido”. (AC 214 854, rel. Élio Filho, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, julgando em 14/08/2003).

¹³ O Brasil não requer visto de entrada para os nacionais da maioria dos países da América latina, em especial e por óbvio aqueles compõem o bloco do MERCOSUL, nem para os da Europa Ocidental, como é o caso da Itália. Cfr. REZEK, JOSÉ FRANCISCO, Direito internacional público: curso elementar; São Paulo: Saraiva, 2000, p. 185.

De fato, o visto permanente no território nacional não impede a extradição, seja em face do estatuído pela Constituição (art. 5, LI) ou em face do ordenamento infraconstitucional (art. 77, I, da Lei 6.815/1980) [...]. (EXT. 732, rel. Min. Moreira Alves, Supremo Tribunal Federal, julgado em 14/10/1998).

Outro aspecto concernente às normas gerais relativas ao estrangeiro e imigrante diz respeito à exclusão do estrangeiro por iniciativa local do Brasil. Correlatos ao tema se destacam os conceitos de deportação, expulsão e extradição.

A deportação é medida que expelle o estrangeiro que tenha entrado no País de maneira irregular (clandestina) ou cuja situação em território nacional tenha se tornado irregular, em geral por excesso de prazo ou por exercício de trabalho remunerado por parte de turista estrangeiro. A atribuição para promover a deportação fica a cargo de agentes da Polícia Federal, e uma vez regularizada a situação pode o estrangeiro retornar ao País sem maiores restrições, ressalvada a necessidade de o deportado ressarcir o Tesouro Nacional, com correção monetária, das despesas com a sua deportação e efetuar, se for o caso, o pagamento da multa devida à época, também corrigida (art. 64, Lei 6.815/1980). Trata-se, portanto, de medida administrativa, sem aspecto eminentemente punitivo ou caráter político, não envolvendo, ademais, autoridades de cúpula do governo brasileiro¹⁶.

Outra medida de exclusão de estrangeiro é a expulsão. Trata-se de medida que expelle o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública (art. 65, *caput*, Lei 6.815/1980). No âmbito administrativo, a expulsão se opera através de inquérito que tramita no Ministério da Justiça, assegurado ao expulsando o direito à ampla defesa, em conformidade com rito estatuído nos arts. 68 à 74 da Lei 6.815/1980. Ao contrário do que se dá com a deportação, a expulsão se dá por via de ato (decreto) do presidente da República e o retorno do expulso ao Brasil fica condicionado à posterior revogação do mencionado decreto (art. 66 da Lei 6.815/1980).

No que concerne à atuação do Poder Judiciário no processo de expulsão, leciona Rezek que

[...] certo, ainda, é que os pressupostos da expulsão fazem crescer, dada a sua plasticidade, o poder discricionário do governo. O Judiciário brasileiro não entraria no mérito do juízo governamental de periculosidade do estrangeiro sujeito à expulsão: propenderia a conferir, apenas, a certeza dos fatos que tenham justificado a medida, para não permitir

da Polícia Federal. Alegou que o recorrente deve ser absolvido com fundamento na causa supralegal de excludente da culpabilidade, fundada na inexigibilidade de conduta diversa, em razão das dificuldades financeiras enfrentadas pelo acusado. Na hipótese de manutenção da condenação, pediu a reforma da sentença para redução da pena ao mínimo legal. Ao analisar o caso, o relator destacou que a autoria e a materialidade restaram devidamente demonstradas pelo auto de apresentação e apreensão, pelo laudo de exame documentoscópico e pela confissão do acusado em sede policial e judicial. Ponderou o magistrado que a argumentação da defesa de que o passaporte não era apto a ludibriar as autoridades policiais, por se tratar de falsificação grosseira, não poderia prosperar, uma vez que para a confirmação da falsificação foram necessários equipamentos e exames específicos. O relator entendeu, ademais, que a suposta dificuldade financeira alegada pela defesa requer provas robustas para a confirmação, o que não teria se dado nos autos. A simples alegação de que o réu estava impedido de trabalhar no país de origem não autoriza a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, segundo o magistrado. Reconheceu a atenuante da confissão espontânea prevista em lei, pois tanto em sede policial como em juízo, o acusado admitiu integralmente a prática do crime que lhe foi imputado. Dessa forma, o relator entendeu como suficiente à prevenção e à retribuição do delito cometido a fixação da pena base em dois anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de dez dias-multa no valor de um décimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos (22/10/2010) a ser corrigido até a data do efetivo pagamento. Nos termos do voto do relator, o colegiado, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e manteve a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo juízo da execução, em consonância com a redução efetivada. Apelação criminal 0077189-86.2010.4.01.3800/MG, relator Juiz Federal Klaus Kuschel, 3ª Turma. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e-DJF1 de 16/01/2017.

¹⁶ Acerca do tema Rezek faz distinção no sentido de que: *"De início, a deportação não deve ser confundida com o impedimento à entrada do estrangeiro, que ocorre quando lhe falta justo título para ingressar no Brasil (um passaporte visado, lá fora, por nosso cônsul, ou, dependendo do país, um simples passaporte válido). No caso de impedimento, o estrangeiro não ultrapassa a barreira policial de fronteira, porto ou aeroporto: é mandado de volta, sempre que possível a expensas da empresa que para aqui o transportou sem certificar-se da prestabilidade de sua documentação"*. Cfr. REZEK, JOSÉ FRANCISCO, *Direito internacional público: curso elementar*; São Paulo: Saraiva, 2000, p. 187. Nada obstante o controle sobre impedimento de entrada ou para a deportação se dê na esfera administrativa, como asseverado, nada impede que situações que envolvam tais institutos venham a ser apreciadas pelo Judiciário. Exemplo disso é decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual manteve a condenação de réu que utilizou passaporte adulterado ao desembarcar no Aeroporto Internacional Tancredo Neves, em Confins/MG. A decisão foi da 3ª Turma do TRF da 1ª Região que deu parcial provimento à apelação interposta pela Defensoria Pública da União contra sentença da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, que condenou um homem acusado pela prática de crime de falsificação de documentos com base nos arts. 304 e 297 do Código Penal. O réu se utilizou de passaporte falso para fugir dos Estados Unidos e escapar de possível condenação em processo criminal naquele país. Na apelação, a DPU sustentou que a falsificação do passaporte seria grosseira, tanto que foi imediatamente reconhecida pelos agentes

que por puro arbítrio, e à margem dos termos já bastante largos da lei, um estrangeiro resultasse expulso do território nacional [...]»¹⁷.

Vale asseverar, em conclusão, que como medida de proteção à família, o art. 75 da Lei 6.815/1980, proíbe a expulsão de estrangeiro casado com súdito brasileiro há mais de cinco anos, ou que tenha filho brasileiro sob sua guarda e dependência¹⁸.

A extradição, por fim, é medida de exclusão que só se aplica quando o estrangeiro comete crime anteriormente a sua entrada no País. Trata-se de ato de cooperação internacional que consiste na entrega de uma pessoa, acusada ou condenada por um ou mais crimes, ao país que a reclama. Poderá ser solicitada tanto para fins de instrução de processo penal a que responde a pessoa reclamada, dita instrutória, quanto para cumprimento de pena já imposta, chamada de executória, valendo ressaltar, portanto, que o instituto da extradição exige decretação ou condenação à pena privativa de liberdade. Como observado por Rezek,

[...] cuida-se de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados: o governo requerente da extradição só toma essa iniciativa em razão da existência do processo penal — findo ou em curso — ante sua Justiça; e o governo do Estado requerido (ou Estado "de asilo", na linguagem imprópria de alguns autores de expressão inglesa) não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local [...]»¹⁹.

De regra, o fundamento jurídico do pedido de extradição há de ser um tratado entre os países envolvidos, com base no princípio da reciprocidade, no qual reste estatuído que, em presença de determinados pressupostos, ocorrerá a entrega da

pessoa reclamada²⁰. Nada obstante, tal regra geral se mostra relativa, na medida em que o pedido de

²⁰ Atualmente o Brasil possui tratados de extradição em vigor celebrados com 28 (vinte e oito) países e 6 (seis) tratados multilaterais. Os acordos bilaterais são: Argentina – tratado assinado em 15 de novembro de 1961 e promulgado pelo Decreto 62.979, de 11 de julho de 1968; Austrália – tratado assinado em 22 de agosto de 1994 e promulgado pelo Decreto 2.010, de 23 de setembro de 1996; Bélgica – tratado assinado em 6 de maio de 1953 e promulgado pelo Decreto 41.909, de 29 de julho de 1957; Bolívia – tratado assinado em 25 de fevereiro de 1938 e promulgado pelo Decreto 9.920, de 8 de julho de 1942; Chile – tratado assinado em 8 de novembro de 1935 e promulgado pelo Decreto 1.888, de 17 de agosto de 1937; China – tratado assinado em 12 de novembro de 2004 e promulgado pelo Decreto 8.431, de 9 de abril de 2015; Colômbia – tratado assinado em 28 de dezembro de 1938 e promulgado pelo Decreto 6.330, de 25 de setembro de 1940; Coreia do Sul – tratado assinado em 1º de setembro de 1995 e promulgado pelo Decreto 4.152, de 7 de março de 2002; Equador – tratado assinado em 4 de março de 1937 e promulgado pelo Decreto 2.950, de 8 de agosto de 1938; Espanha – tratado assinado em 2 de fevereiro de 1988 e promulgado pelo Decreto 99.340, de 22 de junho de 1990; Estados Unidos da América – Tratado assinado em 13 de janeiro de 1961 e promulgado pelo Decreto 2.950, de 11 de fevereiro de 1965; França – tratado assinado em 28 de maio de 1996 e promulgado pelo Decreto 5.258, de 27 de outubro de 2004; Itália – tratado assinado em 17 de outubro de 1989 e promulgado pelo Decreto 863, de 9 de julho de 1993; Lituânia – tratado assinado em 28 de setembro de 1937 e promulgado pelo Decreto 4.528, de 16 de agosto de 1939; México – tratado assinado em 28 de dezembro de 1933 e promulgado pelo Decreto n. 2.535, de 22 de março de 1938; Panamá – promulgado pelo Decreto 8.045, de 11 de julho de 2013; Paraguai – tratado assinado em 24 de fevereiro de 1922 e promulgado pelo Decreto 16.925, de 27 de maio de 1925; Peru – tratado assinado em 25 de agosto de 2003 e promulgado pelo Decreto 5.853, de 19 de julho de 2006; Portugal – tratado assinado em 7 de maio de 1991 e promulgado pelo Decreto 1.325, de 2 de dezembro de 1994; Reino Unido e Irlanda do Norte – tratado assinado em 18 de junho de 1995 e promulgado pelo Decreto 2.347, de 10 de outubro de 1997; República Dominicana – tratado assinado em 17 de novembro de 2003 e promulgado pelo Decreto 6.738, de 12 de janeiro de 2009; Romênia – tratado assinado em 12 de agosto de 2003 e promulgado pelo Decreto 6.521, de 21 de julho de 2008; Rússia – tratado assinado em 14 de janeiro de 2002 e promulgado pelo Decreto 6.056, de 6 de março de 2007; Suíça – tratado assinado em 23 de julho de 1932 e promulgado pelo Decreto 23.997, de 13 de março de 1934; Suriname – promulgado pelo Decreto 7.902, de 4 de fevereiro de 2013; Ucrânia – tratado assinado em 21 de outubro de 2003 e promulgado pelo Decreto 5.938, de 19 de outubro de 2006; Uruguai – tratado assinado em 27 de dezembro de 1916 e promulgado pelo Decreto 13.414, de 18 de janeiro de 1919; e Venezuela – tratado assinado em 7 de dezembro de 1938 e promulgado pelo Decreto 5.362, de 12 de março de 1940. O Brasil também é signatário de acordos multilaterais específicos, que abordam o tema da extradição: Mercosul – tratado assinado em 10 de dezembro de 1998 e promulgado pelo Decreto 4.975, de 30 de janeiro de 2004; Mercosul, Bolívia e Chile – tratado assinado em 10 de dezembro de 1998 e promulgado pelo Decreto 5.867, de 3 de agosto de 2006; e Comunidade dos Países de Língua Portuguesa – Promulgado pelo Decreto 7.935, de 19 de fevereiro de 2013. Por fim, o Brasil também firmou acordos multilaterais subsidiários: Convenção de Viena – promulgada pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991; Convenção de Palermo – promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004; Convenção de Mérida – promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

¹⁷ Cfr. REZEK, JOSÉ FRANCISCO, *Direito internacional público: curso elementar*; São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 188-189.

¹⁸ Sobre o tema da expulsão, estabelece, ademais, o art. 69 da Lei 6.815/1980 que: "Art. 69. O Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão, por 90 (noventa) dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual prazo. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81). Parágrafo único. Em caso de medida interposta junto ao Poder Judiciário que suspenda, provisoriamente, a efetivação do ato expulsório, o prazo de prisão de que trata a parte final do caput deste artigo ficará interrompido, até a decisão definitiva do Tribunal a que estiver submetido o feito". Trata-se de espécie de prisão administrativa, sujeita ao controle do Judiciário, cuja recepção pelo Texto Constitucional de 1988 se mostra discutível.

¹⁹ Cfr. REZEK, JOSÉ FRANCISCO, op. cit., p. 189.

extradição poderá ser feito por qualquer país, desde que haja promessa de reciprocidade de tratamento para casos análogos. Nessa última hipótese, o pedido seguirá o rito e será instruído em conformidade com o estabelecido no Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/1980, nos arts. 81 e seguintes²¹.

Em relação aos tipos, a extradição pode ser classificada a partir de dois pontos de vista distintos: a extradição ativa e a extradição passiva. Na extradição ativa o Governo brasileiro requer a extradição de um foragido da Justiça brasileira a outro país. No que concerne ao procedimento, na extradição ativa o Ministério da Justiça e Cidadania recebe do Poder Judiciário a documentação relativa ao pedido de extradição. Cabe no âmbito administrativo ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ) realizar a análise de admissibilidade da documentação, a fim de verificar se está de acordo com o tratado ou a Lei 6.815/1980, na hipótese de ausência de acordo²². Caso se constate que a documentação encaminhada preenche os requisitos formais, o pedido de extradição é encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores ou à autoridade Central estrangeira, a fim de ser formalizado ao país onde se encontra o foragido da Justiça brasileira.

²¹ Sobre o tema, o Ministério da Justiça e Cidadania, através de sua Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, expediu Ofício-Circular 01/2016/ASSE DRCI/DRC/SNJ-M, de 04/11/2016, no qual detalha a tramitação dos pedidos de extradição no âmbito da Autoridade Central brasileira, esclarecendo que com o advento do Decreto 8.668/2016, as medidas relativas à extradição e à transferência de pessoas condenadas passou à competência do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania do Ministério da Justiça (DRCI/SNJ), sendo que, até então, essas medidas eram de responsabilidade do Departamento de Estrangeiros (DEEST/SNJ), atual Departamento de Migrações. Com o fito de aprimorar o fluxo de tramitação dos pedidos de extradição, comunica, ademais, que restou publicada a Portaria 522, de 3 de maio de 2016, estabelecendo os procedimentos a serem adotados em relação aos pedidos de extradição ativos e passivos, bem como a prisão para fins de extradição de que tratam os arts. 81 e 82 de Lei 6.815/1980, alterada de recente pela Lei 12.878/2013.

²² A documentação formalizadora de um pedido de extradição pode variar, a depender do tratado ou acordo que se utiliza como base fundamentadora. Ressalte-se que para todos os pedidos encaminhados o juízo solicitante deve produzir a tradução dos documentos para a língua do país receptor do pedido. A tradução não precisa ser juramentada, mas deve ser atestada pelo juízo solicitante como fiel ao original.

Havendo urgência, poderá ser solicitada ao país requerido a prisão preventiva para fins de extradição, com o encaminhamento de informações relacionadas ao mandado de prisão expedido e/ou eventual decisão condenatória, assim como notícia de localização do extraditando no território nacional, requisitos que devem constar do tratado ou convenção respectivo, caso exista, ou em conformidade com os parâmetros estatuídos no art. 82 da Lei 6.815/1980²³. Referido artigo aponta que após notícia de prisão o pedido de extradição deverá ser formalizado pelas autoridades brasileiras, no prazo previsto no tratado ou convenção, se houver, ou no prazo concedido pelo Estado requerido, contado, em regra, a partir da efetivação da custódia ou da data da cientificação da embaixada brasileira existente no Estado requerido sobre a prisão, devendo, ademais, o juízo que apresentou o pedido extraditacional indicar o estabelecimento prisional em que o extraditando ficará custodiado. Caso o pedido não seja formalizado, o indivíduo poderá ser colocado em liberdade no país requerido e outra solicitação de prisão preventiva somente poderá ser aceita após a formalização do pedido extraditacional. Uma vez deferida a extradição pelo país requerido, as autoridades brasileiras deverão retirar o extraditando do território estrangeiro no prazo previsto em tratado ou convenção, se houver, ou na data estipulada pelo governo requerido. Na hipótese de não se promover a retirada no prazo estatuído, o extraditando poderá ser colocado em liberdade no país requerido, não sendo, via de regra, possível solicitar a extradição da mesma pessoa fundamentada nos mesmos motivos apresentados na extradição que foi perdida.

No que concerne à extradição de tipo passivo, resta conceituada como aquela em que um determinado país solicita a extradição de indivíduo foragido que se encontra em território brasileiro. Nesse caso o trâmite, no âmbito administrativo, se inicia com a recepção pelo Ministério da Justiça, pela via diplomática do Ministério das Relações Exteriores, do pedido de extradição formulado pelo país requerente. Aquele Ministério realiza um juízo preliminar de

²³ Os pedidos de prisão preventiva podem ser feitos pelos juízos solicitantes ao Ministério de Justiça e Cidadania, que encaminhará o pedido pela via diplomática ou diretamente pela Autoridade Central, devendo solicitar, antes disso, a inclusão de mandado de prisão na Difusão Vermelha do Órgão.

admissibilidade do pleito extraditório e, após, ele é encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, que tem competência para a apreciação do pedido, nos termos do estatuído no art. 102, I, *g*, da Constituição Federal. O pedido de prisão preventiva para fins de extradição precede o de extradição, na hipótese de possibilidade de fuga do indivíduo localizado no Brasil. Uma vez deferida a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, com intervenção do Ministério da Justiça e Cidadania, o país requerente terá um prazo fixado no tratado ou convenção ou na Lei 6.815/1980 para retirar o indivíduo do território nacional, sob pena de ser colocado em liberdade²⁴.

Para ilustrar o funcionamento do instituto da extradição, na sua vertente passiva, no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que concerne aos limites da intervenção do Judiciário brasileiro, merece menção o célebre caso Battisti. Tratou-se de caso de extradição passiva (Ext. 1.085), no qual o governo italiano pedia a entrega do nacional italiano Cesare Battisti, por crimes cometidos naquele país entre 1977 e 1979, entendendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao final, por cinco votos a quatro, que a última palavra acerca da entrega de Cesare Battisti para a Itália, no caso concreto, caberia ao presidente da República²⁵.

Na primeira parte do julgamento, os ministros decidiram sobre o mérito do pedido do governo italiano, julgando favoravelmente à extradição do ativista Cesare Battisti em favor do governo italiano, considerando que os crimes a ele imputados *não*

teriam conotação política e não teriam sido alcançados pela prescrição.

Prosseguindo no julgamento, os ministros passaram a decidir se o presidente da República seria obrigado a cumprir a decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, no sentido de entregar Battisti ao governo italiano, ou se teria algum poder discricionário (poder de decidir com base na conveniência e oportunidade), para decidir a questão, na condição de chefe de Estado. Pelo mesmo placar do mérito do pedido de extradição, cinco votos a quatro, desta vez os ministros entenderam que o presidente da República tem o poder discricionário para decidir se extradita ou não Cesare Battisti.

Nos fundamentos do julgado, o Ministro Gilmar Mendes entendeu em seu voto que o presidente da República tem, por força do tratado de extradição entre Brasil e Itália, de 1989, bem como do art. 86 do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), a obrigação de entregar o nacional italiano, não possuindo, desta forma, poder discricionário para decidir pela não entrega. Asseverou nesse diapasão que “havendo tratado, todo o processo de extradição deve obedecer suas normas”, sustentando, ademais, que

[...] a única discricionariedade que o presidente tem para não efetuar a extradição ocorre em caso bem específico, previsto no art. 91 da Lei 6.815/1980, que é quando o país requerente não oferece condições de fazer o extraditando cumprir a pena dentro do que estabelece a legislação brasileira [...].

Arrematou, afirmando que

[...] o presidente da República somente tem discricionariedade quanto à entrega imediata ou não do extraditando. Um retardamento pode acontecer se este sofrer doença grave que coloque em risco sua vida, atestada por laudo médico (parágrafo único do art. 89 da Lei 6.815/1980), ou se ele estiver respondendo a processo no Brasil. Neste caso, o presidente pode permitir que se conclua este processo, ou desprezar esta circunstância e efetuar a extradição [...].

Asseverou, por fim, de forma incisiva em seu voto que

[...] arrematado absurdo dizer-se que agora, uma vez decidida a extradição, o presidente da República está livre para não cumpri-la. Partiu-se de uma especificidade da legislação pertinente ao assunto — entrega imediata ou não, em

²⁴ Caso o prazo seja perdido, outro pedido de prisão preventiva somente pode ser aceito após a formalização do pedido de extradição. Ressalte-se, ademais, no que concerne ao detalhamento do trâmite administrativo do pedido de prisão, que o art. 2º, §1º da Portaria n. 522, estabeleceu que não só o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ) poderá enviar o pedido de prisão ao STF, mas também o Departamento de Polícia Federal (DPF), representado pelo Escritório Central Nacional da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), hipótese que deverá de imediato comunicar as providências adotadas ao DRCI. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal fará a análise e eventual expedição do respectivo mandado de prisão.

²⁵ Ext. n. 1.085/República Italiana, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal - STF, DJe 16/04/2010, p. 177. Cesare Battisti foi membro do grupo Proletários Armados pelo Comunismo, nos anos 70 do século passado, tendo sido condenado à prisão perpétua (*ergastolo*), como sentenças transitadas em julgado na justiça italiana, por quatro homicídios, além de atos ligados a prática de terrorismo, nos chamados “anos de chumbo” da história política italiana.

dadas circunstâncias — para se generalizar a discricionariedade [...]”²⁶.

Outro ministro que participou do julgamento, Eros Grau, entendeu, por sua vez, de modo diverso de como decidido pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que os crimes pelos quais o extraditando estava sendo acusado denotavam natureza política, votando pela não concessão da extradição, nos moldes do voto do Ministro Marco Aurélio. Quanto aos efeitos do julgamento de mérito, entendeu o mesmo ministro pela não vinculação da decisão da Suprema Corte, sob o fundamento de que

[...] nos termos do tratado, o presidente da República deferirá ou não a extradição autorizada pelo STF, sem que com isso esteja a desafiar a decisão do Tribunal. Esse ponto é muito importante estabelecer, porque o tratado é que abre a possibilidade de a extradição ser recusada, sem que isso represente, da parte do presidente da República, qualquer desafio a nossa decisão [...]”²⁷.

O relator do caso, Ministro Cezar Peluso, por sua vez, asseverou seu posicionamento no sentido da obrigatoriedade do presidente da República em respeitar a decisão do Supremo Tribunal Federal — STF. Segundo o relator:

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma que dê ao chefe do poder Executivo o poder discricionário de decidir sobre extradições deferidas pelo STF. Ao receber a nota verbal do governo estrangeiro, o presidente poderia não submeter o pedido ao STF. Mas se o fez, se submeteu ao STF o pedido de extradição, o fez apenas para controle da regularidade, ou da legitimidade do pedido perante o ordenamento jurídico brasileiro e as regras do tratado [...]”²⁸.

Com o relator, votou também a ministra Ellen Gracie, que destacou que em toda a existência do STF (Supremo Tribunal Federal), nunca houve desacordo do presidente da República quanto à decisão da Corte em extradições, cabendo ao Judiciário analisar se o pedido de extradição está de acordo com o tratado e ao presidente da República executar o tratado e a extradição nele fundada. A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, entendeu que a atribuição para entrega do

nacional continua sendo do presidente da República, que possui a faculdade, o poder discricionário, de não consumir a extradição mesmo que já aprovada pelo STF, em face do estabelecido nos arts. 84, VII, e 90, ambos da Constituição Federal. Já o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o presidente da República está limitado não apenas à decisão do STF, mas ao tratado que a República Federativa do Brasil celebrou com a Itália. Assim, salientou que deve ser observada a obrigatoriedade dos tratados, rememorando que o Brasil é signatário da Convenção de Viena, a qual, em seu art. 26, estabelece que todo tratado em vigor é vinculante entre as partes e deve ser executado de boa-fé. Por sua vez, o Ministro Carlos Ayres Britto salientou que o processo de extradição começa e termina no Poder Executivo e que “o Poder Judiciário é um rito de passagem necessário, mas penas rito de passagem que faz um exame de legalidade extrínseca, portanto não entra no mérito”, sendo o exame do Judiciário delibatório, portanto, não podendo obrigar o presidente da República a extraditar ou não um estrangeiro. Por fim os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa entenderam que cabe ao presidente da República dar a última palavra sobre as extradições autorizadas pelo Supremo, possuindo, portanto, poder discricionário para decidir acerca do tema²⁹.

Em resumo, ao final, o Supremo Tribunal Federal, no mencionado processo, em que houve diversas *concurring e dissenting opinions*, pelas fundamentações aventadas, deferiu, no ano de 2009, a extradição de Cesare Battisti, mas assentou que a competência para a decisão final acerca da sua entrega à Itália seria do presidente da República, o qual, por fim, optou pela permanência do italiano no Brasil, em desfavor dos interesses da Itália³⁰.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ Vale asseverar que, anos depois, em 2016, o mesmo Supremo Tribunal Federal se manifestou novamente sobre o caso, em sede de *habeas corpus* (HC 136.898). Neste processo, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal no termos do voto do relator, entendeu que embora o *habeas corpus* seja admissível, em tese, para prevenir ou corrigir qualquer restrição ilegal ou abusiva do direito de locomoção dos indivíduos, mostrou-se ausente, na hipótese, qualquer elemento capaz de evidenciar a necessidade de utilização dessa ação, pois o italiano não ostentaria contra si ato concreto de ameaça ou cerceamento ilegal de sua liberdade, não servindo para tanto afirmações genéricas de que estaria sendo perseguido por órgãos estatais. No *habeas corpus*, Battisti apontou o temor de que o atual Governo brasileiro reveja a decisão anteriormente proferida e determine sua extradição para a Itália, citando, por exemplo, uma ação civil pública ajuizada pelo

²⁶ Ext. 1.085/República Italiana, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal – STF, *DJe* 16/04/2010, p. 177.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

3.2 Legislação específica relativa a imigrantes

3.2.1 Refugiados

O problema concernente aos refugiados e aos imigrantes em geral, como asseverado de início no presente texto, tem assumido grande importância no cenário internacional, com tendência a aumentar significativamente nos próximos anos³¹. Os conflitos étnicos, políticos e religiosos, especialmente no Oriente Médio e na África, têm levado milhões de pessoas a deixar seus lares e seus países em busca de

uma vida mais tranquila e pacífica³². Como asseverado por Barros,

[...] os movimentos contemporâneos de refugiados são diferentes, mais abrangentes e mais complexos do que os surgidos após a Segunda Guerra Mundial. As razões para abandonar o próprio país na atualidade são geralmente complexas e não decorrem apenas de uma perseguição imediata de natureza "política". As pessoas no mundo globalizado fogem por causa dos conflitos civis, das violações maciças dos seus direitos humanos, da agressão vinda do exterior e da ocupação estrangeira, da pobreza, da fome, da doença e das catástrofes ecológicas [...]³³.

O Brasil, a exemplo de outros países do continente americano, nos últimos cinco anos, em face da liberdade econômica, política e social do País, associada a fatores climáticos, passou a ser opção para um número cada vez mais crescente de imigrantes e refugiados, redundando em situação que já traz certa inquietação³⁴. De fato, de acordo com o Comitê Nacional para Refugiados (Conare), órgão ligado ao Ministério da Justiça, o País possui quase 9 mil refugiados, pertencentes a 79 diferentes nacionalidades, sendo que a tendência é que esses números cresçam, como reflexo direto da crise provocada pelos conflitos no Oriente Médio (em

Ministério Público Federal objetivando a declaração de nulidade do ato de concessão do seu visto de permanência no País e a determinação à União para implementação do procedimento de deportação, além de supostas pressões do governo italiano para que ele seja expulso do Brasil. No seu voto, ponderou o relator que "quanto à argumentação relativa aos institutos da deportação e da expulsão, ressalta-se que estão inseridos na esfera da discricionariedade do Poder Executivo. Assim, a deportação é ato de competência do Departamento de Polícia Federal. Da mesma forma, a expulsão se insere no rol de competências do presidente da República, consoante previsão do próprio Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980)". O relator assinalou ainda que não caberia a rediscussão no *habeas corpus* daquilo que fora alegado perante o Supremo anteriormente, pois a mencionada ação de sede constitucional não se configuraria como substituto de recurso ou revisão criminal, seja em relação à referida ação civil pública em andamento ou, especialmente, em face da decisão já exarada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de extradição. Segundo o voto do mesmo ministro, ainda, não seria admissível a rediscussão no âmbito do *habeas corpus* de outras alegações de Cesare Battisti, como a de decadência da Administração de anular atos administrativos, o casamento com brasileira, a existência de filho brasileiro dependente econômico e a prescrição da pretensão executória, uma vez que seriam matérias a serem analisadas exclusivamente em processo de extradição. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 set. 2016.

³¹ Sobre a situação do imigrante e a especificação da condição de refugiado, leciona Cordini: "O pressuposto para a atribuição ao estrangeiro de uma posição jurídica no âmbito do Estado é sempre uma condição de fato. Aparece com importante, partindo-se de tal base, uma distinção entre 'imigrante' e 'refugiado político'. Muitos países adotaram políticas restritivas em relação aos refugiados sobretudo levando em consideração que se manifestava uma tendência cada vez maior em se solicitar 'asilo político' por parte daqueles que procuravam em um outro país melhores possibilidades de vida, os chamados 'refugiados econômicos'. O 'direito de asilo' aparece dessa forma circunscrito a condições que possam configurar uma confirmada 'perseguição política' definida pela Convenção de Genebra de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados como a condição na qual se encontre quem venha a ser perseguido (ou tema de poder ser perseguido) por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertinência a um grupo social ou por suas opiniões políticas". Cfr. CORDINI, GIOVANNI, coord.; CHIRI, GUIDO SALA; VANONI, LUCA P.; VENTURI, ALESSANDRO; VIOLINI, LORENZA, *Il diritto dell'immigrazione - profili di diritto comparato, V quaderno de "Il diritto dell'economia"*, Vol. II, Mucchi Editore, 2010, pp. 442-443.

³² Dados da Agência da ONU para refugiados (Acnur) revelam a situação preocupante em relação aos migrantes e refugiados no mundo. Somente no ano de 2015 houve a movimentação de 65 milhões de deslocados e 21 milhões de refugiados. No últimos cinco anos, 15 conflitos surgiram ou se reiniciaram no mundo, obrigando 11,5 milhões de sírios, 4,1 milhões de iraquianos e 4 milhões de congoleses a migrarem de seus países.

³³ BARROS, MIGUEL DALADIER, *O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado*, in Brasília: Consulex, 2011, p. 5. Ainda sobre o tema, mais especificamente sobre a origem da aceção jurídica dos termos refúgio e refugiado, Franco Filho pontua: "Existem palavras que são semelhantes, mas que costumamos não aproximar quando cuidamos do seu exame jurídico. Refúgio é uma delas. Refúgio é o mesmo que esconderijo, local onde nos ocultamos de outros para não sermos vistos ou descobertos. Buscamos refúgio ou esconderijo quando sentimos medo. Medo é causa. Refúgio, a consequência. É uma das formas de estudar esse tema: a fuga do medo, a busca de um refúgio para no esconder do medo". Cfr. FRANCO FILHO, GEORGENOR DE SOUSA, Refúgios e refugiados climáticos, in *Revista de Direito do Trabalho: RDT*, v. 39, n. 154, nov./dez. 2013, p. 207.

³⁴ Como asseverado por Luiz Fernando Godinho, porta-voz do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), citado por Cassiano: "O Brasil é um país formado por migrações. Então, a gente entende que essa relação com o estrangeiro é parte da nossa história, parte do sangue, está no DNA do brasileiro". CASSIANO, RICARDO, O drama da fuga, in *Primeira Região em revista*, Ano VI, n. 61, out. 2015.

especial Síria), na África, na Venezuela e em outras regiões conflagradas³⁵.

Em relação especificamente à situação dos refugiados, no que concerne ao aspecto administrativo, o controle sobre a entrada e permanência de estrangeiros no País, na condição de refugiados, primeiramente é realizado por meio da Polícia Federal, como ocorre com os estrangeiros em geral que adentram o território nacional, e, posteriormente, identificada ou alegada a condição de pretendente à condição de refugiado, pelo Comitê Nacional para os Refugiados (Conare)³⁶. Mencionado órgão, ligado ao Ministério da Justiça, analisa os pedidos de refúgio com base na Lei 9.474/1997 (Estatuto dos Refugiados)³⁷,

que em seu art. 1º estatui que pode ser considerado refugiado todo cidadão que se viu obrigado a deixar o país de origem, ainda que dele não seja nacional, mas nele tenha residência habitual, em virtude de perseguição racial, religiosa, étnica, social, política ou em face de grave violação aos direitos humanos³⁸. Enquanto aguarda a avaliação do pedido de refúgio pelo Conare, o imigrante encaminha um protocolo provisório, que comprova a regularidade da situação migratória e garante que ele não seja repatriado, possibilitando, ademais, o início de sua integração, na medida em que de posse do protocolo pode o estrangeiro obter a expedição de carteira de trabalho provisória, cadastro de pessoa física junto à Receita Federal do Brasil, além de ter acesso a serviços públicos essenciais. Quando o pedido é aceito, apesar de não ser considerado cidadão brasileiro, o beneficiado passa a ter os mesmos direitos civis, podendo emitir documentos de identidade, carteira de motorista e carteira de trabalho, e ter acesso a serviços público de saúde e educação (arts. 4º a 6º da Lei 9.474/1997)³⁹.

³⁵ As solicitações de refúgio no Brasil aumentaram 2.868%, entre os anos de 2010 e 2015. A maior parte das solicitações de refúgio no País vem do Haiti, seguido por Senegal, Síria, Bangladesh, Nigéria, Angola, Congo, Gana e Líbano. Nada obstante a maior parte das solicitações de refúgio provenha do Haiti, a rigor, os migrantes oriundos de tal país não possuem direitos a refúgio, vez que seu deslocamento decorreu de catástrofe natural (terremoto), sendo que a legislação nacional só prevê concessão de refúgio em situações concernentes a perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social, opinião política ou que sofram graves e generalizadas violações aos direitos humanos. No que concerne aos sírios, tendo em vista que a guerra naquele país foi enquadrada como um caso grave de violação aos direitos humanos, tendo provocado quase 5 milhões de refugiados e uma das piores crises humanitárias no mundo, o Conare autorizou as missões diplomáticas brasileiras a emitir visto especial aos afetados pelo conflito. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2017.

³⁶ O Conare é composto por membros dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, da Educação, do Trabalho e da Saúde, e de representantes da Polícia Federal e da sociedade civil (art. 14 da Lei 9.474/1997).

³⁷ A referida Lei 9.474/1997 regulamentou no Brasil o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, o qual modificou a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, que originou a proteção de refugiados no âmbito internacional. Segundo dados do Ministério da Justiça, a concessão administrativa do refúgio dura seis meses média para ser concluída após o requerimento. O Brasil tem 8.400 refugiados reconhecidos de um total de 30.571 solicitações. Este número quase que dobrou desde 2011, início do incremento das crises internacionais, em especial com a guerra da Síria, quando o número de refugiados reconhecidos era de 4.218 (2011). Deste total, ademais, 5.148 solicitações restaram indeferidas, 489 arquivadas, 4.524 encaminhadas ao Conselho Nacional de Imigração (CNIG), 12.668 se encontram pendentes de julgamento. No total mencionado não foram incluídos os haitianos, num total de 45.607 solicitantes, uma vez que as solicitações de refúgio de cidadãos oriundos do Haiti têm sido encaminhadas ao Conselho Nacional de Imigração (CNIG), para avaliação de concessão de permanência por razões humanitárias, nos termos da Resolução CNIG 08/2006 e Resolução Normativa CNIG 27/1998. No que concerne à origem dos cidadãos com pedidos de refúgios reconhecidos, se tem o seguinte quadro: 2.077 oriundos de cidadãos sírios, 1.480 da Angola, 1.093 da Colômbia,

844 da República Democrática do Congo, 389 do Líbano, 272 da Palestina, 257 da Libéria, 250 do Iraque, 169 de Serra Leoa e 151 da Bolívia. Outros países somam um total de 1.416. No que concerne aos sírios, com 2.077 pedidos deferidos, vale ressaltar que em todo o continente americano, somente o Canadá, com 2.374 concessões entre janeiro de 2014 e janeiro de 2015, teve mais pedidos deferidos que o Brasil. Fonte: Conare-MJ, em janeiro de 2017, disponível em: <www.justica.gov.br>.

³⁸ Neste ponto, vale reforçar a distinção, no Direito brasileiro, entre o conceito geral de imigrante e o específico de refugiado. A título exemplificativo da distinção mencionada, vale lembrar a situação dos haitianos. Referidos cidadãos, que migraram em onda recente via noroeste do Brasil, não se enquadram na condição de refugiados, como já ressaltado em nota, na medida em que a motivação de seu deslocamento se deu em face de ocorrência de terremoto, que não se enquadra na situação de perseguição e violação dos direitos humanos.

³⁹ Nesse diapasão, vale conferir julgado da Justiça Federal no Distrito Federal, no qual um imigrante da República do Congo obteve um benefício assistencial de prestação continuada, no valor de um salário-mínimo, concedido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O que se discutiu, nesse caso, portanto, não foi o reconhecimento de sua condição de refugiado, mas a extensão dos direitos previstos nos arts. 4º a 6º da Lei 9.474/1997, inclusive se comparado com a situação dos estrangeiros em geral residentes no Brasil, em face do Estatuto do Estrangeiro (Lei federal 6.815/1980). Em relação aos fatos, na hipótese o autor, cidadão congolês com 38 anos, foi vítima de sequestro e recrutamento forçado no exército quando tinha 17 anos. Em tentativa de fuga, ocorrida em 2001, restou baleado por militares e perdeu o movimento das pernas. Por temer represálias, terminou fugindo para o Brasil, em julho de 2014. Após cinco meses, em dezembro de 2014, o imigrante teve o seu pedido de refúgio deferido pelo Conare. Entendeu-se, na hipótese, que nada obstante a condição de refugiado, o cidadão congolês, tendo preenchido os requisitos formais da lei previdenciária, teria

Além do aspecto administrativo mencionado, o Judiciário também exerce papel importante na solução de casos concernentes a refugiados, em especial a Justiça Federal brasileira. De fato, é da Justiça Federal a competência para processar e julgar, de forma genérica, ações cíveis e criminais envolvendo estrangeiros e baseada em tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte e tenha firmado com outros países (art. 109, III, V, V-A e X da Constituição Federal). Nesse diapasão, interessante a análise de alguns casos concernentes ao tema.

Em processo julgado pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, julgado em outubro de 2016, concedeu-se refúgio a cidadão de nacionalidade colombiana no Brasil⁴⁰. Os fatos diziam respeito à União, parte no processo, tentar manter a negativa de condição de refugiado a cidadão que em tese faria parte das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc)⁴¹. O Governo brasileiro, por consequência, determinou sua extradição ao país de origem. O requerente, no entanto, alegou que teria sido recrutado como “criança soldado”, que nunca fora incriminado pela justiça colombiana e que serviu à guerrilha sob ameaça de morte até conseguir fugir. A questão, portanto, estaria em se reconhecer ou não a violação aos direitos humanos e consequente condição de refugiado ao apelante, nos termos do art. 1º, I, da Lei 9.474/1998, mesmo em face de sua ligação com a organização clandestina paramilitar de prática terrorista colombiana, uma vez que ele teria sido recrutado ainda quando criança, como soldado, tendo o seu pedido de refúgio negado na via administrativa pelo Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), ao argumento de que *“não restou demonstrada a existência de fundado temor de perseguição compatível*

*com os critérios de elegibilidade prevista no art. 1º da Lei 9.474 de 22 de julho de 1997”*⁴².

No caso concreto, o Tribunal, através de sua Sexta Turma, acompanhando o voto do relator, entendeu, afastando, preliminarmente, a alegação feita pelo apelado (União Federal), de impossibilidade de revisão de mérito do ato administrativo, face ao estabelecido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1998, entendeu que

[...] se mostra imperioso reconhecer, ao autor, a condição de refugiado [...] a fim de lhe assegurar direitos fundamentais como segurança, saúde e integridade física, face aos fundados temores de, retornando ao país de origem, ver ameaçada a vida [...]⁴³.

Entendeu, ademais, afastar a interpretação restritiva trazida pela União, em relação ao art. 3º, III, da Lei 9.474/1993

Art. 3º. Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: [...] III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas [...].

Na medida em que o autor não possuía pendências junto às autoridades de seu país, não tendo sido processado nem julgado por qualquer ato criminoso, prevalecendo, portanto, o princípio da presunção de inocência, em conformidade com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal⁴⁴. Por fim, entendeu o Tribunal que a própria condição de “criança soldado” à qual o autor foi submetido deixa transparecer que suas ações, durante os anos a que esteve sujeito à

direito ao benefício ao fundamento de que “os arts. 204 e 203 da Constituição [...] respectivamente, impõem ao Estado brasileiro a obrigação de garantir a universalidade da seguridade social e de prover assistência social a quem dela necessitar”. Julgado extraído de sentença prolatada pela 24ª Vara Federal do Distrito Federal, mencionada no texto de CASSIANO, RICARDO, O drama da fuga, in *Primeira Região em revista*, Ano VI, n. 61, out. 2015, p. 21.

⁴⁰ Trata-se de Tribunal Federal com sede na Capital Federal, Brasília, em jurisdição em quatorze unidades da federação, quais sejam, o Distrito Federal e os Estados de Minas Gerais, Bahia, Goiás, Mato Grosso, Tocantins, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas, Roraima, Rondônia e Acre.

⁴¹ Organização guerrilheira surgida na Colômbia nos anos sessenta do século passado, de alegada inspiração marxista.

⁴² Reunião plenária do Comitê Nacional para Refugiados (Conare), ocorrida no dia 19/03/2010. Mencionado art. 1º da Lei 9.474/1997 estatui, *verbis*: “Art. 1º. Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.

⁴³ Mencionado inciso do art. 5º da Constituição Federal estabelece literalmente que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴⁴ Estabelece referido artigo, no inciso mencionado, que: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

organização paramilitar, foram praticadas sob coação dos chefes de tal grupo criminoso, dando, por tais razões provimento à apelação do autor e julgando procedente o seu pedido para reconhecer ao apelante a condição de refugiado, assegurando-lhes os direitos e deveres daí decorrentes, mantendo a decisão de não devolução (*non reoulement*) ao seu país de origem⁴⁵. Percebe-se, portanto, que na hipótese o Tribunal cuidou de dar interpretação conforme a preservação dos direitos fundamentais à aplicação do texto legal da Lei 9.474/1997, em especial no que concerne aos seus arts. 1º e 3º⁴⁶.

Além dos conflitos armados, outros fatores de risco, como terremotos e outras catástrofes naturais, têm contribuído para a chegada em massa de imigrantes no Brasil, no que se tem denominado de refúgio ambiental⁴⁷. Mesmo reconhecendo a situação crítica de tais estrangeiros, o Estado brasileiro tem feito, na esfera administrativa, distinção para os pedidos de cidadãos oriundos das regiões do planeta afetadas, negando-se a conceder o refúgio, sob argumento de que a multimencionada Lei 9.474/1997 (Estatuto dos Refugiados) prevê amparo apenas para os casos de violação aos direitos humanos, sem abranger as questões ambientais. Adotou-se tal entendimento, exemplificativamente, em relação aos haitianos atingidos por terremoto em 2010⁴⁸.

Questões concernentes a tal espécie de imigrantes (ambientais) também têm sido objeto de apreciação pelo Poder Judiciário brasileiro. Nesse diapasão, é possível mencionar caso julgado pela Justiça Federal no Estado do Rio Grande do Sul. Tratou-se de ação ajuizada por cidadão haitiano, ingresso no Brasil através do Estado do Acre, pedindo para desembarcar no aeroporto de Porto Alegre, ainda que sem visto. O pedido se baseou no princípio da proteção à unidade familiar, tendo em vista o fato de que o imigrante desembarcou no Brasil com esposa e filhos. Houve deferimento do pedido sob a fundamentação, adotada pelo magistrado federal de primeiro grau, de que

[...] o Estado e a sociedade devem empreender todos os esforços necessários para que os membros da família permaneçam unidos, impedindo, com isso, que por motivos alheios à sua vontade, sejam eles separados uns dos outros [...].

Baseou-se a decisão, portanto, como asseverado, no princípio da proteção à unidade familiar, estatuído pelo art. 226 da Constituição Federal, e no fato de que a própria lei que regula a situação do refugiado, aplicada na espécie em face de interpretação analógica, prevê a extensão da proteção estatal aos familiares do estrangeiro solicitante, desde que esteja em território brasileiro (art. 2º, Lei 9.474/1997)⁴⁹.

3.2.2 Asilados políticos

A situação de refugiado, quer no sentido previsto na Lei 9.474/1997, quer no sentido de “refugiado ambiental”, mencionados supra, não se confunde com a de outro tipo de estrangeiro que pode se encontrar em situação de imigração, o estrangeiro asilado político, o qual tem situação regulamentada pela já analisada Lei 6.815/1980. De fato, o refúgio, que

⁴⁵ Nesse ponto vale mencionar que o entendimento adotado está em conformidade com a recomendação da Agência da Organização das Nações Unidas (Acnur) no sentido de reconhecer o *status* de refugiados às “crianças soldados” (*child soldiers*). Disponível em: <www.acnur.org>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁴⁶ O julgado em análise restou prolatado em grau de apelação no acórdão AC 0019512-84.2012.4.01.3200/AM, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam, 6ª Turma, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e-DJF1 de 16/10/2015, p. 3.706.

⁴⁷ Sobre o tema concernente aos imigrantes ambientais, vale conferir o texto de SPAREMBERGER, RAQUEL FABIANA LOPES e BUHRING, MÁRCIA ANDREA, A problemática dos refugiados/deslocados/migrantes ambientais e a demanda por direitos sociais: desafios de ontem e perspectivas para o amanhã, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 13 - out./dez. 2010. No mesmo diapasão FRANCO FILHO, GEORGENOR DE SOUSA, Refúgios e refugiados climáticos, in *Revista de Direito do Trabalho*: RDT, v. 39, n. 154, nov./dez. 2013.

⁴⁸ O terremoto devastou o Haiti em janeiro de 2010, matando mais de 300 mil habitantes, provocando uma evasão de pelo menos 50 mil pessoas rumo ao Brasil, País que se tornou referência naquele país, por ali ter comandado a força de paz da ONU. A maior parte dos imigrantes haitianos chegou ao Brasil via fronteira com o Peru e o Estado do Acre, levando o Governo brasileiro a manter um abrigo provisório no município de Brasiléia/AC, de onde milhares de haitianos seguiram para outros estados brasileiros com melhores condições econômicas, em especial os localizados no Sul e Sudeste.

⁴⁹ Cf. decisão prolatada em sentença da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, mencionada no texto CASSIANO, RICARDO, O drama da fuga, in *Primeira Região em revista*, Ano VI, n. 61, out. 2015, p. 21. Ainda no Sul do País a Justiça Federal promoveu audiências públicas e julgou processos relacionados à situação civil de imigrantes de países africanos como o Senegal, que sofre com a miséria e a falta de emprego, conforme relatado no mesmo texto: “Cidades como Bento Gonçalves e Caxias do Sul estão entre as principais rotas dos imigrantes que buscam um lugar melhor para viver e trabalhar. Em Caxias, também houve uma ‘invasão’ massiva dos cidadãos ganeses que aproveitaram a Copa do Mundo para buscar refúgio no Brasil. Ao todo, foram emitidos 8,5 mil vistos para cidadãos de Gana assistirem aos jogos da Copa. Dos 2.529 que tiveram a entrada confirmada pela Polícia Federal, 1.132 não voltaram para casa”. Idem, p. 21.

em princípio tem caráter compulsório, é concedido, como visto, quando há temor de perseguição (causa de cunho precipuamente humanitário) e solicitado ao Ministério da Justiça (apreciado pelo Conare), por intermédio da Polícia Federal. O asilo político, por sua vez, é instrumento de direito internacional público e previsto na Constituição Federal (art. 4º, X), consistindo em ato discricionário do Estado, concedido via Ministério das Relações Exteriores ou pela Presidência da República em casos de perseguição política individualizada ou de prática de crime político, ou seja, crime onde o objeto alegadamente atingido não é bem jurídico universalmente reconhecido, mas uma forma de autoridade assentada sobre ideologia capaz de atrair confronto⁵⁰.

O asilo político não é obrigatório para o Estado brasileiro. Trata-se de instituição humanitária que não exige reciprocidade e para cuja apreciação de pedido as contingências da política, exterior ou doméstica, determinam, caso a caso, as decisões de concessão pelo Governo. Uma vez concedido o asilo, o asilado não poderá sair do País sem prévia autorização do Governo brasileiro, e o desatendimento a tal regra importará na renúncia ao asilo, impedindo o reingresso no País nessa condição (arts. 28 e 29 da Lei 6.815/1980). O estrangeiro admitido na condição de asilado, ademais, é obrigado a registrar-se no Ministério da Justiça, dentro dos trinta dias seguintes à entrada ou à concessão do asilo e a proceder a processo de identificação, no termos dos regulamentos vigentes, com a posterior expedição de um passaporte especial para a sua situação de asilado político (art. 30 da Lei 6.815/1980). As regras gerais mencionadas se referem ao tipo mais comum de asilo político, que é o asilo político territorial, cuja referência em direito internacional público é mais corriqueira,

podendo se dizer remontar à Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948).

Paralela a tal espécie de asilo desenvolveu-se, em especial no âmbito territorial da América Latina, em face, inclusive, das inúmeras crises políticas ocorridas na segunda metade do século passado, com o estabelecimento de diversos regimes de exceção de cunho ditatorial na região, uma segunda espécie de asilo político, denominada de asilo político diplomático⁵¹. Trata-se de modalidade regulada pelas Convenções da Havana de 1928, de Montevideu de 1928 e de Caracas de 1954, que apresenta como característica o fato de ser apenas um estágio provisório, uma ponte para o asilo territorial, que usualmente vai se consumir no solo do país que acolheu o fugitivo ou em terceiro país. Trata-se, portanto, de espécie de renúncia que o Estado faz em sua plenitude de soberania interna, nas áreas das missões diplomáticas ou naquelas protegidas por inviolabilidade, nos termos da Convenção de Viena de 1961⁵². A autoridade asilante, na hipótese, via de regra é o embaixador, o qual examinará a ocorrência dos dois pressupostos considerados para o asilo político, dito estado de urgência, que são a natureza política do delito atribuído ao fugitivo e a atualidade da persecução. Presentes tais requisitos, o embaixador reclamará da autoridade do local onde estiver situada a embaixada a expedição de salvo-conduto, com o qual o asilado possa deixar em condições de segurança o Estado territorial para encontrar abrigo definitivo no Estado que se disponha a recebê-lo.

⁵⁰ No dizer de Rezek *“asilo político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures — geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial — por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum”*. Mais adiante, o mesmo autor traz a útil distinção, no que concerne ao instituto da extradição, afastando o crime comum do âmbito do asilo político, asseverando que: *“Sabemos que no domínio da criminalidade comum — isto é, no quadro do atos humanos que parecem reprováveis em toda parte, independentemente da diversidade de regimes políticos — os Estados se ajudam mutuamente, e a extradição é um dos instrumentos desse esforço cooperativo. Tal regra não vale no caso de criminalidade política [...]”*. Cfr. REZEK, JOSÉ FRANCISCO, *Direito internacional público: curso elementar*; São Paulo: Saraiva, 2000, p. 207.

⁵¹ Conforme observado por Rezek, no Brasil em 1964, na Argentina em 1966, no Peru em 1968, no Chile em 1973, o asilo diplomático foi concedido sobretudo por representações diplomáticas latino-americanas, mas o foi também pelas embaixadas da Iugoslávia, da Tchecoslováquia e da Suécia, entre outras. *Ibidem*, p. 210.

⁵² Tal renúncia, como asseverado no texto, restou ditada na América Latina, em especial, por razões de cunho humanitário e de conveniência política, relacionados tanto com a extensão territorial dos países da área, quanto com a relativa frequência de quebra da ordem constitucional na região, não resultando tão simples, por tais razões, a aplicação do asilo diplomático. Ainda sobre o asilo diplomático, observa Rezek, por fim que: *“A autoridade asilante dispõe, em regra, do poder de qualificação unilateral dos pressupostos do asilo, mas na exata medida em que exteriorize o ponto de vista do Estado soberano por ela representado. [...] O asilo, no termos da Convenção de Caracas, é uma instituição humanitária e não exige reciprocidade. Importa, pois, para que ele seja possível, que o Estado territorial o aceite como princípio, ainda que o Estado asilante não tenha igual postura. Por isso as repúblicas latino-americanas têm admitido o asilo diplomático dado por embaixadas de países em cujo território tal prática não seria admitida”*. *Ibidem*.

3.2.3 Vítimas de tráfico internacional de pessoas

Outro tema correlato ao da imigração é aquele concernente ao tráfico internacional de pessoas, problema que apresenta entre suas causas a globalização, a pobreza, ausência de oportunidade de trabalho, discriminação de gênero, instabilidade política, econômica e civil em regiões de conflito, violência doméstica, emigração não documentada, turismo sexual, corrupção no serviço público e leis pouco eficientes. Pode-se definir o tráfico internacional de pessoas como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo-se à ameaça, ao uso da força e outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou à aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração, que inclui a exploração sexual, o trabalho ou os serviços forçados ou práticas assemelhadas ao trabalho escravo, bem como a servidão ou a remoção de órgãos⁵³.

O problema se denota de grande gravidade no que concerne ao fluxo migratório, na medida em que afeta diretamente os direitos humanos de migrantes que, uma vez aliciados e submetidos a regime de

exploração em outro país, dificilmente conseguem se desvincular da rede de exploração em face de razões impeditivas como a própria situação irregular no país para o qual migraram, a privação do passaporte por parte dos traficantes, o desconhecimento muitas vezes da língua local, o rígido monitoramento de segurança que muitas vezes impedem a livre saída dos locais de trabalho, a violência física e psicológica normalmente sofrida e o receio de colocar em risco a vida de familiares no país de origem⁵⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar sobre o tema, estabelece no art. 18-A da Lei 6.815/1980 com redação dada pela Lei 13.344/2016, que

[...] conceder-se-á *residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial* [...] (grifei).

Estabelece, ademais, o parágrafo primeiro do mencionado artigo que:

§1º - O visto ou a residência permanentes poderão ser concedidos, a título de reunião familiar: I - a cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes; e II - a outros membros do grupo familiar que comprovem dependência econômica ou convivência habitual com a vítima [...].

Ato do ministro de Estado da Justiça e Cidadania estabelecerá os procedimentos para a concessão

⁵³ No que concerne ao perfil das pessoas envolvidas com esse tipo de atividade, pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça no Brasil e pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) concluiu que os homens são a maioria dos traficantes. No entanto, observou-se que há também uma alta presença de mulheres, 43,7%, que atuam principalmente no recrutamento das vítimas. O levantamento apontou uma predominância de traficantes com mais de 30 anos de idade. No caso de mulheres aliciadoras, concluiu-se que o fato de serem mais velhas parece lhes conferir certa autoridade para aconselhar as vítimas acerca de ofertas vindas do exterior. Os traficantes, ademais, em geral estão envolvidos em negócios como casas de show, comércios, casas de encontros, bares, agências de turismo, salões de beleza. Há uma presença maior entre os aliciadores, ademais, de pessoas com nível médio e superior, circunstância explicada, em parte, pela característica internacional do crime, que exige maior escolaridade para possibilitar operações que podem ter ramificações em diferentes países. No que concerne ao perfil das vítimas, de acordo com a Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (Pestraf/2002), no Brasil o tráfico internacional de pessoas é geralmente para fins sexuais, envolvendo, normalmente, mulheres e adolescentes da raça negra, com idade entre 15 e 25 anos, de classe social baixa, com baixa escolaridade, habitantes de espaços urbanos periféricos, já tendo sido vítimas, geralmente, de algum tipo de abuso sexual. Dados extraídos do texto de CALAZANS, EUNICE, Tráfico (Des) humano, *Primeira Região em Revista*. Ano VI, n. 73, nov. 2016, pp. 22-23.

⁵⁴ De acordo com a Organização da Nações Unidas (ONU), cerca 2,4 milhões de pessoas ao redor do mundo são vítimas de tráfico humano e 80% desse número se torna escravo sexual. Segundo, ademais, dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 2006, o tráfico de pessoas é apontado como uma das atividades criminosas mais lucrativas do mundo, envolve 2,5 milhões de vítimas e movimenta aproximadamente US\$ 32 bilhões por ano. Na perspectiva de tais números e visando o combate da situação indicada é que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (mais conhecida como Convenção de Palermo) elaborou três protocolos, sendo um deles considerado o primeiro instrumento global juridicamente vinculado a uma definição consensual sobre o tráfico de pessoas. Conhecido oficialmente como "Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças". O documento, que tem por objetivo proteger as vítimas de tráfico de pessoas e dar-lhes assistência com pleno respeito aos direitos humanos, restou elaborado em 15 de novembro de 2000, tendo entrado em vigor internacional em 29 de setembro de 2003, e no Brasil em 28 de fevereiro de 2004. O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação na Secretaria Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004, por meio do Decreto 5.017, de 12/03/2004, data em que o Protocolo de Palermo restou promulgado no País. Idem, pp. 23-24.

da residência permanente mencionada, restando o estrangeiro em situação regular no País enquanto tramitar o pedido de regularização migratória (arts. 18-B e 42-A da Lei 6.815/1980, com redação dada pela Lei 13.344/2016).

No que concerne à atuação do Poder Judiciário em relação ao tema ora tratado, vale mencionar precedente da Justiça Federal. Trata-se de apelação julgada pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na qual figuravam réus aos quais foi atribuída a conduta penal de associação criminosa e tráfico de pessoas para fim de exploração sexual, tipificadas nos já mencionados arts. 288 e 231, §3º, do Código Penal, com redação dada pela Lei 11.106/2005, com posterior alteração pela Lei 13.344/2016⁵⁵. O Tribunal, negando provimento à apelação, entendeu, na hipótese, que

[...] a identificação nominal das vítimas não integra as elementares do tipo, sendo plenamente acolhida pela objetividade jurídica da norma (dignidade sexual) e seu objeto material (pessoa), impõe-se condenação pelo ato de praticar todos os atos necessários ao envio de mulheres para o exterior, com vistas à prostituição, ainda que haja apenas identificação genérica das mulheres enviadas [...], [bem com o que] [...] o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, pois que o requisito central do tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. É comum que as mulheres, quando do deslocamento, tenham conhecimento de que irão exercer a prostituição, mas não têm elas consciência das condições em que, normalmente, se veem coagidas a atuar ao chegar no local de destino [...].

Concluiu-se, portanto, que o fato de não se ter podido individualizar cada uma das vítimas do tráfico, bem como de haver o consentimento delas no que concerne ao deslocamento para o exterior, não permite que se afaste a culpabilidade dos réus, absolvendo-se por consequência os acusados, na medida em que restou comprovado que a qualidade de aliciador foi suficiente para facilitar o envio de pessoas para outro país, caracterizando-se o tipo penal em face da ofensa aos bens jurídicos protegidos, quais sejam, dignidade sexual e proteção da pessoa⁵⁶.

No que concerne ao tema, vale asseverar ainda que o Brasil possui, no âmbito administrativo, órgãos destinados ao enfrentamento do tráfico de pessoas, com atribuição para coibir a prática do crime e acolher as vítimas traficadas⁵⁷. Dentre os órgãos, vale mencionar a Secretaria de Justiça e Cidadania, a Secretaria Adjunta de Políticas para as Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos e a Polícia Federal, órgãos vinculados ao Ministério da Justiça⁵⁸.

4 Aspectos conclusivos

Essas são, em conclusão, algumas considerações sobre o direito à imigração e situação do estrangeiro no Brasil. Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma parcial defasagem no que concerne à legislação relativa à imigração. Tem-se uma legislação sobre refúgio muito avançada, por exemplo, em contrapartida com uma lei de imigração e estatuto do estrangeiro, inadequada para os tempos atuais, fazendo-se forçoso que o Congresso Nacional promova

⁵⁵ Interessante mencionar, no âmbito administrativo, a criação no Brasil de canais para a denúncia do crime de tráfico de pessoas, seja pela via telefônica, seja por meio da internet, como é caso de endereço de *e-mail* criado para esse fim pela Coordenação de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas da Secretaria Nacional de Justiça.

⁵⁸ O Ministério da Justiça divulgou, em 2014, o 2º Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas no Brasil com informações consolidadas do ano de 2012 de diversos órgãos de segurança pública e justiça criminal. Coordenada pela Secretaria Nacional de Justiça, em parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). O documento tem dados que revelam que o Brasil é um país receptor de vítimas de tráfico de outras nações da América do Sul, principalmente da Bolívia e Peru, mas também da África (Nigéria) e Ásia (China e Coreia). A maioria acaba submetida a regimes de escravidão nas grandes cidades, como São Paulo, confinadas em oficinas de costura, fazendo jornadas de mais de 15 horas e sendo obrigadas a dormir no próprio local de trabalho, sendo que 10% dos imigrantes bolivianos que chegam a São Paulo terminam nessas condições. Em outra pesquisa, o Ministério do Trabalho apurou 46 estrangeiros (41 deles de origem boliviana e 5 de origem paraguaia) entre vítimas de crime de trabalho análogo à escravidão, considerado tráfico de pessoas pela Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e pelo Protocolo de Palermo. Já dados divulgados pela Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal revelam que em 2012 o número de casos de tráfico de pessoas teve uma média seis vezes maior que a média dos anos anteriores, sendo que em suas operações foram detectadas 547 vítimas de tráfico de pessoas para exploração sexual e para o trabalho escravo. O Ministério da Saúde, por sua vez, contabilizou o atendimento de 130 vítimas no mesmo ano de 2012. O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome registrou 292 vítimas de tráfico de pessoas e crimes correlatos em todo o território nacional em idêntico período. Cfr. CALAZANS, EUNICE, Tráfico (Des)humano, *Primeira Região em Revista*. Ano VI, n. 73, nov. 2016, p. 221.

⁵⁵ Confira-se a redação art. 149-A do Código Penal, com tipo correlato e redação dada pela mencionada Lei 13.344/2016.

⁵⁶ AC 0001188-98.2011.4.01.3000, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, TRF 1ª Região, *e-DJF1*, p. 291.

a solução de tal distorção, tomando como parâmetro norteador para sua atividade legislativa, para além da questão concernente às fronteiras, o debate relativo à integração dos imigrantes, tendo por base a primazia de direitos humanos e o reconhecimento da riqueza cultural intercambiada em face do processo migratório.

Importante, ademais, destacar o papel exercido pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial a Justiça Federal, no que concerne ao direito à imigração no País. Como denotado pelos julgados analisados ao longo do texto, se de um lado a Justiça Federal atua refreando o acesso às fronteiras no combate ao crime organizado internacional, inclusive especializadas em imigração ilegal, como se viu quando da menção ao tema do tráfico internacional de pessoas, de outra banda cumpre importante papel ao permitir, pelo controle da via judicial, quando não se obteve eventual sucesso no âmbito administrativo, que cidadãos de países em situação de perseguição política ou dificuldades decorrentes de catástrofes possam reconstruir sua vida com o mínimo de dignidade, legalizando-se e posteriormente se integrando ao Brasil.

5 Referências bibliográficas

- BARROS, MIGUEL DALADIER, O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado, in *Brasília: Consulex*, 2011.
- CALAZANS, EUNICE, Tráfico (Des)umano, *Primeira Região em Revista*. Ano VI, n. 73, nov. 2016.
- CASSIANO, RICARDO, O drama da fuga, in *Primeira Região em Revista*. Ano VI, n. 61, out. 2015.
- CHAVES, ARTHUR PINHEIRO, O panorama da jurisprudência comparada das cortes constitucionais na interpretação e aplicação do direito constitucional contemporâneo: a influência da transformação do conceito de território, *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, v. 19, n. 4, pp. 65-67, abr. 2007.
- CORDINI, GIOVANNI, coord.; CHIRI, GUIDO SALA; VANONI, LUCA P.; VENTURI, ALESSANDRO; VIOLINI, LORENZA, *Il diritto dell'immigrazione - profili di diritto comparato*, V quaderno de "Il diritto dell'economia", Vol. II, Mucchi Editore, 2010.
- D'ADESKY, JACQUES, *Imigração interna e controle de estrangeiros – o discurso nacionalista e a prática da exclusão social*, Seminário Internacional as Minorias e o Direito (2001: Brasília)/Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. Brasília: CJF, 2003, 272 p. (Série cadernos do CEJ; v. 24).
- DE LIMA, MARCELO, Um imigrante igu ala-se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais? O direito comparado: modelos brasileiro e europeu, in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 49, n. 193, jan./mar. 2012.
- FRANCO FILHO, GEORGENOR DE SOUSA, Refúgios e refugiados climáticos, in *Revista de Direito do Trabalho*: RDT, v. 39, n. 154, nov./dez. 2013.
- FRANCO FILHO, GEORGENOR DE SOUSA, Refúgios e refugiados climáticos, in *Revista de Direito do Trabalho*: RDT, v. 39, n. 154, nov./dez. 2013.
- REZEK, JOSÉ FRANCISCO, *Direito internacional público: curso elementar*; São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANDEL, MICHAEL, *Justice: What's the right thing to do?*, Penguin Books, Londres, 2009.
- SPAREMBERGER, RAQUEL FABIANA LOPES e BUHRING, MÁRCIA ANDREA, *A problemática dos refugiadoslocados/migrantes ambientais e a demanda por direitos sociais: desafios de ontem e perspectivas para o amanhã*, in *Direitos Fundamentais & Jusitça*, n. 13 - out./dez. 2010.

As razões de nossa denúncia contra a ditadura venezuelana comandada por Nicolás Maduro e do acerto da Promotoria do Tribunal Penal Internacional (TPI) em dar seguimento à investigação

Jorge Coutinho Paschoal*

Janaina Conceição Paschoal**, Hélio Pereira Bicudo***, Maristela Basso**** e eu assinamos, em 8 de dezembro de 2017 (Dia da Justiça) uma denúncia contra Nicolás Maduro, pelos crimes contra a humanidade praticados contra o Povo Venezuelano, pedindo-se uma investigação preliminar pela promotoria oficiante no Tribunal Penal Internacional (TPI).

A denúncia foi encaminhada, com informação oficial de recepção pelo Tribunal, no começo de janeiro, e, passado pouco mais de um mês do seu recebimento, pela Corte, foi informado pela Promotora do TPI, Dra. Fatou Bensouda, no dia 8 de fevereiro de 2018¹, em veículos de informação de todo o mundo, que seria dado seguimento a uma investigação preliminar para apurar os fatos relatados ao Tribunal, entre os quais, os da nossa peça acusatória, contra o regime totalitarista venezuelano.

O andamento de mais esta investigação mostra a seriedade dos denunciantes, em todas as suas manifestações e todas as imputações, que, não raro, por irem contra interesses de grupos diversos, inclusive ideológicos — defensores de regimes pouco ou nada democráticos, desde que alinhados com seu pensamento político e ideológico —, são criticados, inclusive sendo xingados, e as imputações ridicularizadas, chamadas de levianas, submetidos a “escrachos”, tendo isso já ocorrido com a primeira denunciante, quando do seu pedido de *impeachment* contra a Presidente Dilma Rousseff, assinado também por Helio Bicudo e Miguel Reale Jr.

Contudo, por Amor à Verdade e à Justiça, deve-se fazer o que é o certo, ainda que isso desagrade grupos e implique retaliações e ameaças de todo tipo.

Portanto, segue, em síntese, um apanhado dos fatos relatados em nossa denúncia, que têm sido veiculados por várias outras pessoas e organizações, mas que, inexplicavelmente, são olvidados por grande parte de nossa intelectualidade, mais preocupada com disciplina para discutir um suposto golpe em 2016, eis o *impeachment* (totalmente legítimo) de Dilma.

Esquecem os ilustres professores regentes da matéria do “golpe” que esta mesma presidente foi denunciada duas vezes, pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot, por, em tese, *obstrução de Justiça*² e por integrar suposta *organização criminosa*³ enquanto estava no Poder... Além, é claro, dos crimes de responsabilidade, pelos quais foi condenada, entre os quais pedaladas fiscais e decretos, *cabendo observar que quem retirou da denúncia de impeachment o capítulo do Petrolão foi justamente o Sr. Eduardo Cunha*, que eles acusam de ser o “mentor” do pretensão “golpe”. Será uma disciplina um tanto quanto esquizofrênica.

Como este espaço do Empório do Direito é democrático, albergando entre seus colunistas as mais diversas linhas ideológicas, sinto-me legitimado a expor a nossa denúncia, que contribuiu para a abertura de uma investigação preliminar contra Maduro.

Para evitar repetições, não serão feitas notas de rodapé ao longo do artigo, podendo as fontes ser consultadas no documento originário, na denúncia em versão para a língua inglesa⁴, a qual foi apresentada ao TPI.

* Advogado. Mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo – USP.

** Advogada. Professora livre docente de Direito Penal na Universidade de São Paulo – USP.

*** Procurador de Justiça aposentado.

**** Advogada. Professora livre docente de Direito Internacional na Universidade de São Paulo – USP.

¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xppE7oY50E>>.

² Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/janot-denuncia-lula-e-dilma-por-obstrucao-de-justica/>>.

³ Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/janot-denuncia-ao-stf-lula-dilma-palocci-mantega-edinho-silva-e-paulo-bernardo.ghtml>>.

⁴ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171212-07.pdf>>.

Pois bem, a Venezuela sofreu durante toda sua história várias crises após sua independência, em 5 de julho de 1811. É possível apontar crises políticas, econômicas e sociais, acompanhadas de desrespeito e violação de direitos humanos. Como pontuado em nossa denúncia, contudo, nenhuma dessas diversas crises pode ser comparada ao atual cenário trágico em curso no país, haja vista o regime ditatorial de Nicolás Maduro, sob a inspiração da “República” Bolivariana do regime Chavista. A “República” Bolivariana foi endossada por reeleições sucessivas, e, desde então, não há (nem houve) nenhum tipo de alternância no poder.

Há, diga-se de passagem, numerosas suspeitas de fraude no processo eleitoral. Mesmo a empresa encarregada das eleições, a *Smartimatic*, denunciou as fraudes inadmissíveis.

Apesar do caráter já autoritário do mandato de Hugo Chávez, foi apenas recentemente, com o governo de Maduro, que a tirania do regime se tornou mais evidente e, diga-se de passagem, sanguinária, especialmente nos últimos anos.

Não há dúvidas de que a Venezuela se tornou uma ditadura. Apenas poucos intelectuais contestam este fato. Outros tantos, por não poderem contestar, apenas silenciam.

Não existe mais um sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois, todos estão atualmente sob o domínio e a influência do Presidente Maduro, especialmente com a instituição de uma nova Assembleia Constituinte, diga-se de passagem, fraudulenta, isso sim, um verdadeiro *golpe*.

Por sua vez, o governo ditatorial perseguiu e, em realidade, sufocou toda oposição ao seu regime, concentrando nas mãos, praticamente, todos os poderes do Estado, com amplo apoio do Poder Judiciário, que já não desempenha o papel de supervisionar e limitar o arbítrio dos outros Poderes.

O Parlamento acusa o Supremo Tribunal de servir ao Executivo, anulando as suas decisões. Recentemente, no auge da crise institucional entre os Poderes, o próprio Supremo Tribunal venezuelano cogitou assumir funções do Legislativo, gerando grande revolta mundial, tendo que voltar atrás desta decisão.

Alinhado com o fim da Democracia, o país tem uma situação econômica muito preocupante. A

inflação é a mais alta do mundo, atingindo o incrível nível de 700% ao ano. De acordo com o Fundo Monetário Internacional, atingirá 2.350% em 2018.

Em tal cenário, os bens e direitos mais básicos da população (ou os que ainda restam) estão todos *em xeque*.

Em 2016, a pobreza já atingiu 81,8% da população. Há uma crise de fornecimento de alimentos, gerando filas intermináveis de pessoas para ter acesso a produtos básicos, como farinha, leite, azeite e açúcar. A escassez afeta toda a população venezuelana.

Até mesmo animais de zoológico foram (e estão sendo) roubados para servir como alimento. Muitos têm morrido de fome, como, ressalte-se, grande parte da população.

Os venezuelanos que estão no exterior, fugidos da ditadura, veem-se obrigados a enviar suprimentos e produtos de higiene para ajudar parentes e amigos.

A Venezuela também ficou sem medicamentos em farmácias e hospitais. A própria Igreja Católica denunciou que várias pessoas morreram e estão morrendo de fome por falta de remédios. Impossível negar este estado de coisas.

A Sociedade Venezuelana de Doenças Infecciosas emitiu uma advertência para a crise de saúde do país, devido à falta de medicamentos para tratar doenças graves como a aids, a dengue e o zika vírus.

O fluxo migratório dos venezuelanos está aumentando, com impacto em países vizinhos, como o Brasil, provocando uma crise de refugiados, aliás, sendo de se destacar que a situação se encontra alarmante em nosso País, pois, não raro, estes refugiados ainda sofrem retaliações em nosso solo, sob o *mais completo e absoluto silêncio* dos defensores de direitos humanos, em especial daqueles que se dizem especialmente preocupados e sensíveis com a situação dos refugiados no mundo como um todo.

Recentemente, o Ministro das Relações Exteriores peruano, Ricardo Luna, e o Ministro das Relações Exteriores do Canadá, Chrystia Freeland, encontraram-se com o Secretário-Geral das Nações Unidas, Antonio Guterres, para verificar formas de resolver a gigantesca crise humanitária na Venezuela.

Enquanto parte esmagadora da população sofre, há sérias acusações de corrupção, em larga escala, frise-se, desde os tempos dos governos do Presidente Chávez e, atualmente, também sob o de Maduro.

A então Procuradora-Geral venezuelana, Dra. Luisa Ortega Díaz, foi removida do seu cargo, devido à investigação que realizou a este respeito, com ajuda de autoridades brasileiras, entre as quais do Dr. Rodrigo Janot. Para se ter dimensão da arbitrariedade, apenas porque se cogitou investigar o “Soberano”, a procuradora teve que fugir do país por temer a perseguição política empreendida pela ditadura (afinal, em tiranias, como em Estados absolutos, “*the king can do no wrong*”, não é mesmo?).

De acordo com a procuradora-geral, a empresa no centro do escândalo de corrupção no Brasil, qual seja, a Odebrecht, deu cerca de US\$ 100 milhões ao deputado Diosdado Cabello — homem forte no governo de Maduro — através de uma empresa espanhola, a TSE Arietis, cujos proprietários seriam seus primos.

Deve-se notar que, recentemente, Luisa Ortega Diaz apresentou, poucos meses antes da nossa peça pedindo investigação contra Maduro, denúncia fornecendo evidências dos escândalos de corrupção, listando 8.290 mortes causadas pelo regime bolivariano.

A então procuradora-geral enumera 1.777 assassinatos em 2015 por policiais e militares; 4.667 nas mesmas circunstâncias em 2016, e, em junho de 2017, outras 1.846 mortes, todas causadas pela ditadura de Maduro. São números assustadores, que ultrapassam, em muito, os números de arbitrariedades dos crimes cometidos na América Latina, nas décadas de 1960/1980.

É verdade que há algumas críticas dos próprios venezuelanos com relação ao fato de a então procuradora-geral ter se mantido alinhada ao regime chavista por muitos anos, mantendo-se silente quanto às ilegalidades e arbitrariedades já em curso, em especial quanto ao pedido de prisão de Leopoldo Lopez.

Contudo, é louvável a sua atitude de rever o seu posicionamento, para se firmar contra a ditadura venezuelana, ainda que tardiamente, apenas neste momento, tendo a procuradora pago um alto preço por isso, eis que teve que fugir de seu país, para não sofrer represálias, inclusive colocando em risco a vida de familiares.

Ora, a Venezuela se submeteu à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, assinando o Estatuto de Roma em 1998. A Corte Internacional tem o dever oficial de investigar e punir os crimes contra a

humanidade cometidos por Maduro. Assassinatos, tortura sistemática, prisão em massa, todos com razões políticas, estão ocorrendo na Venezuela ainda hoje e a situação só tende a piorar.

Há uma grave e profunda crise no país, com a violação dos direitos humanos e a concentração de mais poder nas mãos de Maduro. O estabelecimento de uma nova Assembleia Constituinte abre outro palco tormentoso para os venezuelanos.

Esse fato mostra que as instituições não são independentes na Venezuela, já que todos os poderes estão concentrados nas mãos do ditador.

Fosse assim, a chefe do Ministério Público não teria sido expulsa e perseguida por investigar crimes de corrupção do presidente, não é mesmo? Imagine se o mesmo acontecesse aqui com a atual Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, por investigar o Presidente Michel Temer? Os diversos intelectuais que acusam um suposto golpe contra Dilma já estariam nas ruas, mas, como se trata da Venezuela, cujo regime é alinhado ao esquerdismo, muitos deles se mantêm quietos ou não veem qualquer problema nisso, afinal, na visão de muitos, e isso deve ser exposto, a Venezuela é a *verdadeira* democracia...

Por este motivo, era mais que necessária a intervenção do Tribunal Penal Internacional, tanto que a Promotora, Dra. Fatou Bensouda, decidiu — pouco depois de um mês da apresentação de nossa denúncia contra este regime ditatorial — instaurar uma investigação preliminar, o que fez muito bem, na linha dos pedidos anteriores.

Infelizmente, as autoridades brasileiras perderam uma grande oportunidade de mostrar o seu protagonismo na defesa dos direitos humanos na América Latina, resgatando, de certo modo, a responsabilidade por ter criado o monstro que se vê hoje, afinal o governo anterior brasileiro dava (e aqueles mesmos políticos ainda dão hoje, vide a posição da Senadora Gleisi Hoffmann) amplo apoio a Nicolás Maduro; neste diapasão, pensa-se, havia, por parte do Brasil, um dever de agir, tendo as autoridades, contudo, preferido emitir notas de apoio ao povo venezuelano.

Se o Brasil criou e financiou a ditadura venezuelana, temos o dever de derrotá-la, ainda que o ato não se faça institucionalmente, ante a inércia das autoridades, devendo ser realizado pela cidadania, como ocorreu no *impeachment* de Dilma.

Demonstrando o grau de corrupção das instituições na Venezuela, realizaram-se recentemente eleições no país, com ampla vitória dos candidatos do governo, apesar da baixa popularidade do regime. As fraudes foram, inclusive, denunciadas pela comunidade internacional.

A instabilidade no país é tão grande que membros do Judiciário também vieram a sofrer represálias do governo, observando-se que três juizes venezuelanos da Suprema Corte, quais sejam, Beatriz Ruiz, José Fernando Núñez e Elenis Del Valle Rodríguez buscaram asilo da embaixada do Chile no país.

Como a Procuradora-Geral Ortega Díaz disse, em sua denúncia:

Nicolás Maduro e seu governo devem pagar esses crimes contra a humanidade, assim como eles também devem pagar pela fome, a miséria e as dificuldades que infligiram ao povo venezuelano. [...] *Nós fomos obrigados a recorrer a uma organização internacional, porque não há justiça na Venezuela.*

Entre os muitos relatos de graves violações dos direitos humanos, há a chamada prisão “tumba” (La Tumba), prisão onde estudantes e dissidentes políticos são mantidos presos por longos períodos. Alguns deles estão há anos sem saber o porquê de estarem encarcerados.

A prisão, cujo nome já indica sua finalidade, suprime e anula os dissidentes, enterrando-os da vida social e política. São mortos vivos. Contudo, os mesmos defensores dos direitos humanos que aqui se insurgem contra o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), calam-se diante de uma monstruosidade como esta.

São cinco andares abaixo do solo, sem luz ou qualquer ar. Ali, os prisioneiros são torturados. Não é coincidência que “La Tumba” esteja localizada no edifício do Serviço Nacional de Inteligência Bolivariana.

O primeiro a denunciar a existência deste tipo de prisão internacionalmente foi o Presidente da Colômbia, Andrés Pastrana. Ele assegurou que, na Venezuela, há dezenas de prisioneiros políticos e casos aberrantes de violações de direitos humanos, como o caso da prisão chamada “túmulo”, onde se prendem estudantes que não fazem nada além de protestar e pedir por melhores condições de vida. Eles são presos e mantidos como mortos vivos, abaixo da terra, sem ver a luz do sol.

Este é o caso dos alunos Lorent Saleh, Gabriel Valles e Gerardo Carrero, que foram levados ao túmulo,

em 2014, estando dois ainda presos. Em muitos casos, são renovadas as prisões, gerando encarceramentos indefinidos e de caráter perpétuo.

De acordo com o relatório da advogada de direitos humanos, Dra. Tamara Sujú Roa, citada em nossa denúncia:

Em La Tumba, prisão cinco andares abaixo da superfície, não há sons, janelas, luz natural ou ventilação. Somente a passagem do metrô é ouvida, acima da cabeça. As sete células de dois por três metros são continuamente alinhadas, um atrás do outro, para que os detidos não possam ser vistos. Paredes brancas e castanhas, barras cinzentas, com uma abertura onde colocaram comida. Cama de cimento branco, mesa de cimento branco. Os detidos passam 24 horas por dia protegidos por câmeras e microfones. Eles apenas esticam as pernas quando tocam um sino interno para ir ao banheiro, e há momentos em que eles não os levam para fora, então eles têm um recipiente destinado a essa emergência. Não há outra cor. Branco e cinza. Não há som, apenas suas vozes, não há sol, lua, tempo para eles, porque eles não têm um relógio, então não têm ideia do tempo, e eles não sabem se é (e quando seria) realmente dia ou noite.

Segundo parentes, os jovens não conseguem dormir, pois no primeiro mês de detenção as luzes são mantidas acesas 24 horas por dia; há também um sistema de resfriamento que mantém a temperatura em quase 0° C, o que impossibilita o repouso, sendo uma clara espécie de tortura branca, a fim de não deixar marcas. Todos esses jovens estão doentes, com diarreia, vômitos, febre alta e alucinações.

A visita de conhecidos e parentes não é, em regra, permitida, e os seus advogados não são facilmente acessíveis, pois o contato nem sempre é possibilitado.

Os crimes graves descritos não são pontuais. Eles são um método de governo. Este método repressivo tem sido usado por anos!

As torturas, as perseguições, os abusos sexuais e os assassinatos são um “modus operandi”, parte do que se chama de domínio de uma verdadeira organização criminosa (domínio da organização), na esteira da teoria de Claus Roxin, devendo-se levar à responsabilização penal internacional do chefe de Governo que sustenta toda esta engrenagem: Nicolás Maduro.

Alguns alegarão responsabilidade objetiva. Ora, indaga-se: haja vista o caos na Venezuela, de conhecimento mundial, as diversas torturas e arbitrariedades, as sucessivas violações de direitos

humanos e os crimes contra a humanidade, o genocídio, é sensato imaginar que Nicolás Maduro não tenha conhecimento e domínio (vontade) do que ocorre em seu país?

Este procedimento descreve a alma do regime bolivariano, uma ditadura disfarçada de social-democracia, assim como em Cuba.

Sequer o pífio argumento de que haveria uma suposta prosperidade econômica (como se isso justificasse crimes) pode ser levado em conta, pois a miséria é generalizada.

São notórias e conhecidas as prisões arbitrárias de líderes da oposição venezuelana, como o caso de Leopoldo Lopez, que foi preso em fevereiro de 2014.

Em 2015, Leopoldo López foi condenado a 14 anos de prisão em um processo distorcido. Em seu apelo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ele obteve um parecer favorável, mas o Poder Judiciário venezuelano não cumpriu a decisão do Tribunal Internacional.

Recentemente, López ficou mais de 90 dias sem poder ver seus advogados e, praticamente, um mês isolado em uma torre, na prisão militar de Ramo Verde.

Embora tenha sido concedida autorização para prisão domiciliar em 2017, Leopoldo López foi novamente levado para a prisão, por suposta violação das regras de prisão domiciliar.

Os oponentes do regime, via de regra, têm suas propriedades confiscadas; as autoridades que estão investigando o governo acabam sendo perseguidas, isso quando não são demitidas. Foi o caso da Procuradora-Geral da Venezuela, Luisa Ortega Díaz. Quando foi demitida, o Dr. Rodrigo Janot, então Procurador-Geral da República, no Brasil, seguido de outros procuradores da América Latina, condenou o fato.

A nota dos promotores dos países do Mercosul descreveu a demissão de Luisa como “um claro ataque à autonomia e independência do procurador da Venezuela”.

Luisa Ortega Díaz perdeu o direito de ocupar qualquer tipo de cargo ou função na Venezuela. Ela também teve seus bens bloqueados, sendo ordenada a não poder deixar o país. Mesmo a sua família passou a ser ameaçada, através de telefonemas e perseguições de todos os tipos por agentes de inteligência. O motivo? Luisa rompeu com o governo de Nicolás Maduro.

Simples assim! E há quem ainda defenda este regime!

Também o ex-prefeito de Caracas, Antonio Ledezma foi perseguido pelo regime, por razões políticas. Em novembro, ele teve que sair de seu país, temendo um possível sequestro pelas forças de segurança. Como mostrou sua entrevista de imprensa amplamente divulgada em Madrid, ele disse, explicando porque decidiu fugir da Venezuela:

[...] houve suspeita para revogar o meu benefício da prisão domiciliar e me levar para o túmulo. Eu acredito que, dentro do túmulo, não sou tão útil quanto eu posso estar exílio [...].

O medo de Ledezma não é infundado, porque esta é a história das perseguições contra oponentes na Venezuela.

Quanto à arbitrariedade das prisões, é importante lembrar que, recentemente, mesmo jornalistas brasileiros foram presos na Venezuela, apenas por tentar denunciar uma obra não completada pela Odebrecht, que está no centro do escândalo da corrupção brasileira.

As pessoas consideradas adversárias, geralmente, são proibidas de sair do país. Ocorreu, por exemplo, com a esposa de Leopoldo Lopez, Lilian Tintori, que pretendia conhecer importantes líderes mundiais, como Emmanuel Macron (França), Angela Merkel (Alemanha), Mariano Rajoy (Espanha) e Theresa May (Reino Unido), para expor a arbitrariedade da ditadura de Maduro.

Para silenciar os adversários, a Assembleia Constituinte venezuelana, composta por funcionários do governo, aprovou uma espécie de “Lei Antiterror”, que prevê pena de até 20 anos de prisão para aqueles que publicam mensagens “prejudiciais” ao regime. Esta lei autoritária permite ao Estado cortar sinais de TV, como os recentes casos de “Caracol Television” e CNN espanhol.

Por último, é importante relatar os eventos sangrentos ocorridos recentemente.

Durante as manifestações populares contra a ditadura, centenas de pessoas foram presas, outras tantas foram mortas, na verdade assassinadas e executadas sumariamente por pistoleiros a mando do governo, e milhares de outras foram gravemente feridas e agredidas, como resultado de diversas ações truculentas, nunca antes vistas na América do Sul, nem

mesmo no período dos regimes militares, da década de 1960 ou 1970.

Contudo, os intelectuais, que (corretamente) denunciam os abusos da ditadura militar na América Latina e no Brasil, mantêm-se calados quando os abusos são perpetrados por ditaduras relacionadas a governantes alinhados à sua ideologia.

Acusam um suposto golpe aqui, criando matérias em faculdades públicas (com dinheiro público!), olvidam os crimes praticados por governantes de sua estima e consideração, sob alegação (sempre) de perseguição política, e, por fim, se calam diante de uma inquestionável ditadura (Venezuela), sob a escusa simplista de que cada país tem sua soberania. É triste, mas isso deve ser exposto, para o bem da academia e da ciência.

Abusos sexuais também foram relatados. Dez jovens foram presos em 15 de maio, no estado de Aragua, e submetidos a diversos abusos, incluindo estupros. Um dos jovens foi forçado a ajoelhar-se, teve os braços imobilizados, com um capuz na cabeça e teve o ânus perfurado por um cabo, sem falar outras situações vexatórias e violentas. E não foi um caso isolado.

Em 70% dos casos relatados, houve algum tipo de abuso sexual: os detidos estavam nus, acabaram sendo tocados, e forçados a permanecer em posições vexatórias, mostrando suas partes íntimas e alguns foram vítimas de estupro, diz a advogada Tamara Suju, diretora dos estudos para América Latina baseada na República Tcheca, que analisa as democracias da região.

Várias organizações internacionais apontaram os atos criminosos praticados pelo regime de Maduro. Esses relatórios comprovam a violação sistemática dos direitos humanos.

Tamara Sujú, que coordenou o Fórum Criminal da Organização Não Governamental, visitou várias prisões venezuelanas desde 2002, quando surgiram as primeiras acusações de tortura; de acordo com a advogada, a ONG já “documentou 600 casos de tortura, dos quais 200 ocorreram após 2014”.

Diante disso, seria oportuno indagar, ficando *de público a pergunta*: quando o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em seu movimentado seminário internacional, fará um painel sobre o assunto, chamando estudiosos e movimentos que vêm apontando os abusos, porque, até hoje, salvo engano,

a questão ainda não foi tratada ou, salvo melhor juízo, foi completamente olvidada.

Erika Guevara, diretora da Anistia Internacional para as Américas, declara que

[...] o que está acontecendo na Venezuela é sem precedentes na história recente do país, é muito preocupante [...] É uma das piores violações dos direitos humanos na continente, devido à seriedade dos fatos, à sua natureza sistemática, à falta de independência dos Poderes e à impunidade que existe [...].

Mesmo o Escritório das Nações Unidas para os Direitos Humanos do Alto Comissariado (ONU) preparou um estudo muito profícuo e detalhado, expondo todas as violações e abusos de direitos humanos no contexto dos protestos, especialmente entre abril e julho de 2017.

E o Human Rights Watch e o Fórum Penal documentaram 88 casos envolvendo pelo menos 314 pessoas que foram vítimas de graves violações dos direitos humanos.

Os fatos descritos acima, de forma mais resumida, para a proposta deste texto, apontam para uma direção: o surgimento de um Estado Ditatorial e Criminoso na Venezuela, uma verdadeira Organização Criminosa Paralela que se apoderou do Estado Democrático de Direito.

Os crimes contra a humanidade colocam a teoria da responsabilidade internacional do Estado numa nova perspectiva, devido à violação das normas internacionais.

O Direito Internacional Penal foi concebido e instituído para situações graves, como as mencionadas acima, ofensas a valores básicos de convivência interna e internacional, falta de respeito pelos direitos humanos, especialmente quando não há observância pelo Estado, sendo ele, na verdade, o principal agressor desses princípios.

Conforme mencionamos em nossa denúncia, quando as instituições internas de um Estado não têm meios de reprimir os ataques aos direitos humanos, quando o Estado é, de fato, o agente criminoso, o Direito Internacional deve intervir.

Nunca se deve esquecer com que facilidade a violência pode ser sistematicamente aplicada por aqueles que têm o controle exclusivo da força. A História o demonstra.

O Tribunal Penal Internacional, por meio da competência — para não dizer missão — atribuída a si, é um importante instrumento internacional que mantém viva a memória da história da humanidade, para que não esqueçamos quem somos, o que o ser humano é capaz de fazer, ou melhor, *o que nunca se deve permitir voltar a ocorrer*.

Espera-se, com fé em Deus, e nos valores basilares da Humanidade e da Democracia, que esta

investigação preliminar levada a cabo no Tribunal Penal Internacional, baseada também em nosso pedido, que teve a sua contribuição para tanto, surta os seus devidos e esperados efeitos, a fim de que um ditador seja responsabilizado por seus atos, e que mais outra ditadura (disfarçada de social-democracia) sucumba na América Latina, libertando o seu povo das misérias morais, intelectuais e materiais de todo e qualquer regime Totalitarista!

Hely Lopes Meirelles e o novo Direito Administrativo*

Arnoldo Wald**

Quero salientar, inicialmente, a importância e a atualidade da obra de Hely, como verdadeiro fundador do Direito Administrativo brasileiro moderno.

Os seus livros constituem a linha divisória entre as obras da primeira metade do século XX e as que se seguiram¹.

A sua atualidade decorre do senso prático da sua obra, que sistematizou o Direito Administrativo, o simplificou e o renovou.

Hely abandonou conceitos ultrapassados e conseguiu vencer o que se denominou “*a armadilha do obsoletismo*”².

Substituiu as discussões e teorias mais abstratas das obras anteriores, por estudos e pareceres destinados a dar soluções concretas aos problemas do nosso tempo.

Inaugurou o que poderíamos denominar o Direito Administrativo de Soluções e também o Direito Administrativo do Estado de Direito.

Deu prevalência à lei sobre a vontade do príncipe, defendendo também o interesse público (que não é o do príncipe ou do partido no poder), exigindo do administrador um alto nível de probidade, de coerência e de senso cívico.

Dominam a sua obra e a sua vida quatro princípios:

- a prevalência do interesse público.
- a moralidade administrativa, abrangendo o repúdio à corrupção, à fraude e à improbidade sob todas as suas formas.
- a condenação do formalismo inútil e o culto da eficiência.

• a criatividade e o pragmatismo ético, também denominado por alguns autores “*construtivismo pragmático*”³.

A situação da sua obra no cenário jurídico brasileiro se explica por motivos históricos.

O Direito Administrativo surgiu como limitação do Poder Público. Decorre, em grande parte, do Estado de Direito, que substitui o arbítrio do Poder Público pela Regulação.

Na França e nos Estados Unidos o Direito Administrativo surgiu com a Revolução Francesa e a Independência da América.

No Brasil, se formou, na sua concepção atual, mais recentemente, há 70 anos, com o Estado de Direito, que implementamos a partir da Constituição de 18/09/1946, elaborada após o fim do Estado Novo.

No Império, não havia propriamente uma separação de Poderes, embora já se estudasse o Direito Administrativo, em várias obras e nas faculdades⁴. Na República, de 1889 a 1930, tivemos uma democracia claudicante dominada pelo que Raymundo Faoro chamava “*os donos do poder*”⁵ e Victor Nunes Leal “*a ditadura dos coronéis*”⁶. Algumas obras refletiam mais a doutrina estrangeira e uma estrutura das nossas instituições.

De 1930 a 1945, tivemos o Estado Novo, que não foi Estado de Direito, não obstante uma tentativa de democratização com a Constituição de 1934, que não vigorou mais de três anos, substituída que foi pela Carta de 1937. Os estudos de Direito Administrativo da época ainda não refletem uma sistemática normativa

* Seminário “Hely Lopes Meirelles – 100 anos”, promovido pelo IASP, em conjunto com a APDA, 18/09/2017.

** Advogado. Parecerista. Doutor em Direito e livre-docente da Faculdade Nacional de Direito. Professor catedrático de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor *honoris causa* da Universidade de Paris II.

¹ WALD, Arnoldo. Prefácio. In: WALD, Arnoldo (Coord). *O direito na década de 80*. Estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. ix.

² TOFFLER, Alvin; TOFFLER, Heidi. *Revolutionary wealth*. New York: Alfred A. Knopf, 2006, Chapter 17, “The obsoledge trap”, p. 111.

³ CARVALHO, André Castro; SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. O construtivismo pragmático de Hely Lopes Meirelles e o seu legado para o direito administrativo brasileiro. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 162-182.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 55.

⁵ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1958.

⁶ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

com limitações reais ao Poder Público, que não existiam no “Estado Novo”.

Até Pedro Calmon, catedrático de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito, trocou o nome de sua matéria para ensinar “Teoria Geral do Estado”, pois reconhecia existir uma verdadeira estrutura constitucional que se fundamenta na separação dos Poderes.

O Direito Público, até aquela época, não enfrentava a realidade da vida cotidiana do País.

É, pois, com a Constituição de 1946, que se estabelece o Estado de Direito que vai ensejar uma renovação do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, deixando de ser matérias teóricas.

O pioneiro dessa revolução do Direito Administrativo, que construiu os pilares da sua versão moderna foi, incontestavelmente, Hely Lopes Meirelles, tendo como parceiro ou coadjuvante Caio Tácito, cujo centenário também estamos comemorando⁷.

Fomos amigos e colaboradores, de ambos, por mais de vinte anos.

Conheci o professor Hely no início de 1970, quando ele estava com cerca de 53 anos e eu com 38.

Na ocasião ele já tinha uma carreira rica de magistrado, de estadista e de jurista.

Fora, por mais de vinte anos, magistrado, juiz no interior e na capital e chegou ao Tribunal de Alçada, tendo sido um exemplo de eficiência e de inovação.

Brilhou e ensinou em áreas tão distintas como a luta contra a fraude nas importações, a proteção da infância, a organização municipal, a solução das crises decorrentes de chuvas torrenciais.

Evidenciou, além da sua dedicação integral ao Judiciário, uma extraordinária eficiência e uma capacidade de trabalho invejável, deixando sempre as suas varas em dia e ainda tendo tempo para elaborar vários projetos de diplomas legislativos.

Simultaneamente, ensinou direito na Escola de Engenharia de São Carlos, criando praticamente a estrutura de um novo direito — o Direito de Construir

—, que se tornou disciplina autônoma e foi objeto de importante livro que escreveu⁸.

Na faculdade, defendeu o direito de livre manifestação dos estudantes, aos quais a congregação pretendia aplicar sanções em virtude de críticas feitas a alguns dos professores.

Quando estava no Tribunal de Alçada, o Governador Abreu Sodré, que tinha sido seu colega no ginásio, o convidou para a Secretaria de Interior, onde reorganizou a administração dos municípios, que estavam muito abandonados, montou uma prefeitura modelo e trabalhou na Lei Orgânica dos Municípios, tratou do *impeachment* dos prefeitos e da contribuição de melhoria.

A sua equipe foi das mais competentes, tendo como chefe de gabinete José Afonso da Silva, auxiliado por Adilson Dallari e outros, que vieram a ser professores da Faculdade de Direito e os maiores especialistas nas suas respectivas áreas.

Posteriormente, ocupou a Secretaria de Segurança, na fase difícil do Regime Militar, tentando assegurar os direitos individuais ameaçados pelo Governo Federal. Em alguns casos, nos quais perseguidos políticos com prisão decretada o procuravam, mandava dizer que não podia atender, mas que estava tratando da revogação das prisões e que, no momento, o melhor para os perseguidos seria não aparecer até que ele conseguisse uma solução construtiva que negociava com as autoridades militares.

Foi o que fez com um opositor do regime, cuja prisão pôde, em seguida, obter que fosse revogada pelo comando militar. Tratava-se do futuro Governador André Franco Montoro.

Foi o único civil a ser secretário de Segurança na época, sendo militares todos os secretários da mesma pasta nos outros estados.

Tendo conflitos com as autoridades militares, delas divergiu em muitos casos, em que obteve soluções justas e adequadas.

Na repressão aos estudantes, entendeu que não podiam ser usados cães pastores para persegui-los, o que ocasionou a demissão do comandante da Polícia Militar e o pedido de Hely para sair do Governo.

⁷ Caio Tácito, 1917-2005, foi professor de Direito Administrativo, reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, parecerista e autor de várias obras especializadas.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

O Governador Abreu Sodré decidiu, então, colocá-lo na Secretaria de Educação e depois na de Justiça, onde fez excelente trabalho.

Da sua atividade administrativa tirou o seu livro sobre *Direito Municipal*⁹, que em seguida, desdobrou para dele extrair e desenvolver o seu *Direito Administrativo*, hoje na 42ª edição¹⁰, enquanto o seu *Mandado de Segurança*, que atualizamos com Gilmar Mendes, está na sua 37ª edição¹¹.

É um dos autores jurídicos que mais livros não só publicou, mas também vendeu aos advogados e estudantes, em virtude de sua grande capacidade didática. O seu *Direito de Construir* teve prefácio de Vicente Rao, que reconheceu o mérito do autor de sistematizar, em todas as suas obras, a legislação, a jurisprudência e a doutrina.

O próprio Hely esclareceu que a sua obra não pretendia inovar, mas tão somente sistematizar e dar coerência ao sistema, fazendo o que denominou a “legalização da técnica”, ou seja, a adaptação do Direito à modernidade.

O Direito, afirmou Hely, é instrumento de trabalho e não uma tertúlia acadêmica.

É, simultaneamente, teoria, realidade e vivência, arte e ciência.

Hely também foi um inovador, não só no seu modo de expor e ensinar o Direito Administrativo, mas, também, em textos legislativos pioneiros. Foi o que fez na regulamentação das licitações e dos contratos administrativos, no regime do solo criado, na concessão de uso do espaço e na organização das regiões metropolitanas. Algumas das suas iniciativas foram no campo do Direito estadual, mas acabaram servindo de modelo para a lei federal, como se reconheceu em relação ao regime das licitações e contratos.

Em outros casos, os seus projetos foram diretamente utilizados pela União, como no caso do espaço aéreo e na lei de ação popular, na qual colaborou.

Em 1970, quando nos encontramos, Hely tinha ampla experiência da magistratura e do Executivo e já tinha publicado os seus livros de Direito Administrativo, embora os atualizasse nas sucessivas reedições. Eu tinha 38 anos, já tinha sido procurador-geral da Justiça da Guanabara (hoje Estado do Rio de Janeiro) (1965-1967) e acabara de conquistar a cátedra de Direito Civil da UERJ, após ter publicado vários livros, como as minhas teses de concurso e o meu Curso de Direito Civil¹².

Ambos tínhamos decidido voltar à advocacia e dela fazer a nossa principal ocupação. Eu estava procurando um correspondente em São Paulo para as questões de Direito Público, e meu colega e amigo Jurandir Portella me indicou o Hely.

Desde a nossa primeira conversa, verificamos que havia, entre nós, uma grande convergência de ideias e de formação jurídica, que muito nos aproximou. Ambos tínhamos escrito livros sobre o mandado de segurança e tentávamos liberar o Direito Administrativo da burocracia e do excessivo formalismo inútil, para encontrar soluções justas, eficazes e humanas, destinadas a facilitar a vida do cidadão e aprimorar os mecanismos do Estado.

Já vimos que Hely foi o pioneiro em vários setores e, do meu lado, tinha sido um dos primeiros juristas a estudar, no Brasil, a correção monetária¹³, as dívidas de valor¹⁴, a alienação fiduciária¹⁵ e o *leasing*¹⁶.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações constitucionais*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹² *O mandado de segurança*. Prefácio do Ministro Cunha Vasconcellos Filho, Presidente do Tribunal Federal de Recursos. Rio de Janeiro: DASP, 1955;

A cláusula de escala móvel: um meio de defesa contra a depreciação monetária. São Paulo: Max Limonad, 1956. [Tese (Doutorado) – Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil];

Curso de direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lux, 1962, [inicialmente com 5 volumes] e atualmente na 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 8 volumes.

¹³ WALD, Arnoldo. *A cláusula de escala móvel*: um meio de defesa contra a depreciação monetária. São Paulo: Max Limonad, 1956.

¹⁴ *Aplicação da teoria das dívidas de valor às pensões decorrentes de atos ilícitos*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1958. Tese (Cátedra de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal.

¹⁵ WALD, Arnoldo. Da alienação fiduciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 400, pp. 25-30, fev. 1969.

¹⁶ WALD, Arnoldo. A introdução do “*leasing*” no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 415, pp. 9-14, maio 1970.

Havia, pois, uma convergência no sentido de criar novas técnicas jurídicas, sem abandonar os valores tradicionais. Foi o que fizemos, juntos ou cada um *de per si*, nos 20 anos seguintes, até o falecimento do Hely, em 04/08/1990.

Efetivamente, ele se dedicou especialmente aos pareceres jurídicos, que hoje foram publicados em 11 volumes, e que constituem uma grande contribuição para a evolução do nosso Direito Administrativo¹⁷, além da atualização das suas obras.

Publicamos numerosos artigos nas revistas jurídicas, em São Paulo e no Rio de Janeiro. Advogamos juntos, em algumas causas relevantes. Uma delas merece ser lembrada, pois tratava da necessidade de se reconhecer a validade de ato administrativo que, embora ilegal ou irregular, beneficiava a parte de boa-fé, cuja situação jurídica decorrente tinha sido consolidada por longo decurso de tempo, produzindo importantes efeitos jurídicos¹⁸. Era a consagração da boa-fé como fator de estabilização do direito.

No Supremo Tribunal Federal, tivemos contra a nossa tese um voto do Ministro Leitão de Abreu, que fez longo e erudito estudo para analisar a doutrina francesa do Conselho de Estado francês, no caso “*Dame Cachet*”, citando vasta doutrina, mas concluindo que a tese não se aplicava no Direito brasileiro. Na realidade, a tese de Hely da distinção entre anulação e revogação do ato administrativo ainda não estava totalmente consolidada, embora já aprovada a Súmula 473¹⁹.

Mas, no caso, a nossa tese foi mais longe, juntando os efeitos da prescrição e da boa-fé, como faria o Supremo Tribunal Federal, vinte anos depois, a partir de acórdão de Gilmar Mendes que não admitiu a mudança de orientação dos órgãos da Previdência Social, algumas décadas depois de proferida decisão considerada ilegal ou irregular. O entendimento que defendemos, na década de 1980, no STF, acabou prevalecendo, com e após a decisão do Ministro Gilmar

Mendes, que firmou a jurisprudência da Suprema Corte neste sentido²⁰.

Em 1977, logo após ter perdido o seu filho caçula, Hely foi convidado para ser ministro do Supremo Tribunal, por indicação do Governador Paulo Egydio Martins. Em virtude da doença de sua mulher muito afetada pelo luto recente, Hely não aceitou a missão, embora tivesse muita vontade de renovar a jurisprudência administrativa do nosso mais alto Tribunal. Não sei se além das circunstâncias personalíssimas, não influíram nele o receio de lhe não ser assegurada a independência que sempre tivera como magistrado, forçando-o a se demitir muito rapidamente, como tinha ocorrido com outro ministro. Tivemos na ocasião longas conversas a respeito da difícil opção que devia fazer, mas finalmente decidiu continuar advogando, sendo, nos tribunais e em pareceres, o defensor do Estado de Direito.

Os contratos administrativos foram a matéria mais tratada nos seus estudos, mas defendeu clientes nas questões mais variadas, dando-me o ensejo de colaborar, por várias vezes, nos seus trabalhos em companhia de outros colegas de escritório, como Antonio Marcello da Silva e Toshio Mukai.

²⁰ MS 24.268-MG, j. 05/02/2004, RTJ 191/922.

Ementa: 1. Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito Constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que depende da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971-1991.

¹⁸ Recurso Extraordinário 86.214/SP, j. 05/05/1978, RTJ 88/264.

¹⁹ STF Súmula 473, “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Quando o Tribunal de Justiça de São Paulo teve um litígio que dividiu os desembargadores em relação à composição do corpo eleitoral para escolha do seu presidente, e a matéria veio a ser decidida pelo STF, Hely sugeriu o meu nome para defender a posição da corrente majoritária. O Tribunal não queria que a defesa da Corte fosse feita por advogado paulista que pudesse estar vinculado a um dos dois grupos de desembargadores. Coube-me pois, como advogado carioca, defender o TJSP no STF, com muita honra, o que fiz com entusiasmos, acabando ganhando a causa em virtude de excelente voto do Ministro Decio Miranda, que foi acompanhado pela maioria dos integrantes do Tribunal.²¹

Também, juntos, fizemos várias palestras em São Paulo, inclusive em relação ao pedágio, cuja constitucionalidade era impugnada na época e que ambos defendemos arduamente, tendo como companheiros na defesa da nossa tese eminentes juristas, como Pontes de Miranda e Seabra Fagundes²².

Quando Hely publicou a sua 13ª edição do *Mandado de Segurança*, em 1989, me disse que tinha pelo livro um amor paterno e não gostaria que desaparecesse se ele não mais pudesse atualizá-lo. Prometi-lhe que tentaria fazer a atualização e, já depois do seu falecimento, publicamos mais 24 edições, sendo a última de 2016, passando o livro de 197 páginas para 944 páginas, em virtude de lhe termos acrescentado, ainda com o consentimento do autor, uma parte referente às ações constitucionais²³.

Em 1985, publicamos pela editora *Revista dos Tribunais* um livro em homenagem ao Hely por ocasião dos seus 70 anos, no qual colaboraram ministros do STF, como Carlos Mario da Silva Velloso, professores da Faculdade de São Paulo, como Celso Antonio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva e José Cretella Junior, e do Rio, como Caio Tácito, além de eminentes juristas como Miguel Seabra Fagundes, presidente da OAB e antigo ministro da Justiça²⁴.

Diz Eurico de Andrade²⁵ que a edição do livro muito comoveu Hely, cuja simplicidade não imaginava tal homenagem coletiva.

Decorridos cem anos do nascimento de Hely e 50 anos da publicação inicial das suas primeiras obras²⁶, assim como 30 anos do primeiro livro em sua homenagem, pareceu-nos, a Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira e a mim, que era hora de lembrar o mestre cujas lições nos parecem tão atuais e oportunas na defesa da democracia e da independência dos Poderes, no combate à corrupção, nas relações entre o Estado de Direito, a sociedade civil e o cidadão.

Lembrando-nos que o presente não deixa de ser a continuidade do passado e que a história não deve ser esquecida, foi essa a razão que nos mobilizou para publicar o livro do centenário, com mais de 70 artigos, em homenagem ao fundador do Direito Administrativo moderno, contando com as colaborações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Edson Fachin e de numerosos outros professores e magistrados, entre os quais queremos destacar o diretor da excelente Revista do TRF da 1ª Região, Desembargador Antonio Souza Prudente, que nos honrou com a sua presença no Seminário do IASP, em São Paulo, no qual foi lançada a obra.

²¹ STF, Representação 1.075-9, j. 03/12/1981, *RTJ* 103/43.

Ementa: Constitucional. Tribunal de Justiça. Eleição de seus dirigentes. Órgão Especial, constituído com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, nos Tribunais de Justiça com mais de vinte e cinco desembargadores, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais antes cometidas ao Tribunal Pleno (Constituição, art. 144, v). Sua instituição, no Estado de São Paulo, pela Lei Complementar 225, de 13/11/1979, que o denominou "plenário" e o compôs dos vinte e cinco desembargadores mais antigos, sendo vinte de carreira e cinco do quinto constitucional reservado a advogados. A inclusão, no elenco de suas atribuições, de eleição para os cargos de Presidente do Tribunal, vice-presidente e corregedor, consoante o Assento Regimental 52, de 1979, do Tribunal de Justiça, não desatende aos arts. 115, i, e 144, v, da Constituição Federal e ao art. 102 da Lei Complementar 35, de 14/03/1979 (Loman).

²² *O pedágio: constitucionalidade e legalidade*. São Paulo: Dersa, 1971.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações constitucionais*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, 944p.

²⁴ WALD, Arnoldo (Coord.). *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, 316p.

²⁵ "Retrato de Hely Lopes Meirelles", *MDA* 204/134 e republicado In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 41.

²⁶ *Direito Municipal Brasileiro*, 1. ed. 1957; *Direito de Construir*, 1. ed. 1961; *Direito Administrativo Brasileiro*, 1. ed. 1964; *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 1. ed. 1967, *Licitação e Contratos Administrativos*, 1. ed. 1973.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 13.630, de 28/02/2018.

Altera a Lei 13.606, de 9 de janeiro de 2018, para prorrogar o prazo de adesão ao Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) para 30 de abril de 2018.

Publicada no *DOU* de 1º/03/2018.

Lei 13.631, de 1º/03/2018.

Dispõe sobre a contratação, o aditamento, a repactuação e a renegociação de operações de crédito, a concessão de garantia pela União e a contratação com a União realizadas com fundamento nas Leis Complementares 156, de 28 de dezembro de 2016, e 159, de 19 de maio de 2017, e sobre a realização de termos aditivos a contratos de refinanciamento celebrados com a União com fundamento na Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014.

Publicada no *DOU* de 02/03/2018.

Lei 13.638, de 22/03/2018.

Altera a Lei 8.686, de 20 de julho de 1993, para estabelecer novo valor para a pensão especial devida à pessoa com a deficiência física conhecida como Síndrome da Talidomida, instituída pela Lei 7.070, de 20 de dezembro de 1982.

Publicada no *DOU* de 23/03/2018.

Medida Provisória 822, de 1º/03/2018.

Altera a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, para dispor sobre a dispensa de retenção de tributos federais na aquisição de passagens aéreas pelos órgãos ou entidades da administração pública federal.

Publicada no *DOU* de 02/03/2018.

Decreto 9.297, de 1º/03/2018.

Altera o Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

Publicada no *DOU* de 02/03/2018.

Decreto 9.305, de 13/03/2018.

Dispõe sobre a composição e as competências do Conselho de Participação do Fundo Garantidor do Fundo de Financiamento Estudantil - Fies e trata da integralização de cotas do Fundo Garantidor do Fies pela União.

Publicada no *DOU* de 14/03/2018.

Decreto 9.310, de 15/03/2018.

Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União.

Publicada no *DOU* de 16/03/2018.

Decreto 9.311, de 15/03/2018.

Regulamenta a Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e a Lei 13.001, de 20 de junho de 2014, para dispor sobre o processo de seleção, permanência e titulação das famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária.

Publicada no *DOU* de 16/03/2018.

Decreto 9.312, de 19/03/2018.

Cria a Área de Proteção Ambiental do Arquipélago de Trindade e Martim Vaz e o Monumento Natural das Ilhas de Trindade e Martim Vaz e do Monte Columbia.

Publicada no *DOU* de 20/03/2018.

Decreto 9.313, de 19/03/2018.

Cria a Área de Proteção Ambiental do Arquipélago de São Pedro e São Paulo e o Monumento Natural do Arquipélago de São Pedro e São Paulo.

Publicada no *DOU* de 20/03/2018.

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Quinta Turma

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Fornecimento de informações requisitadas pelo Ministério Público Federal, relativas a contas bancárias destinatárias de verbas públicas, para fins de subsidiar investigação alusiva a práticas ilícitas envolvendo recursos financeiros federais. Recusa da instituição financeira (Banco Bradesco S/A). Invocação do sigilo bancário. Descabimento.

I. A orientação jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se no sentido de que “o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal” (MS 33340, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015, processo eletrônico, DJe-151, divulg. 31/07/2015, public. 03/08/2015), de que “o poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas” (MS 21729, rel. p/ acórdão Min. Néri da Silveira, STF. Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ de 19/10/2001) e de que “o direito ao sigilo não é absoluto. A quebra do sigilo bancário e fiscal compatibiliza-se com o art. 5º X e XII da CF, quando por fundadas razões, houver interesse jurídico maior do Estado” (MS 0054771-94.1999.4.01.0000/RR, rel. Juiz Hilton Queiroz, Segunda Seção, DJ, p. 52, de 21/02/2000).

II. Na hipótese dos autos, afigura-se indevida a invocação do sigilo bancário para recusar-se o fornecimento, por instituição financeira, de informações requisitadas pelo Ministério Público Federal, especificamente no tocante a contas bancárias destinatárias de verbas públicas, para fins de subsidiar investigação policial alusiva a práticas ilícitas envolvendo recursos financeiros federais.

III. O acesso às informações alusivas aos dados e documentos em referência, contudo, não exime o Ministério Público Federal de manter o seu conteúdo sob a sua custódia, preservando-lhe o caráter sigiloso em relação a terceiros, sob pena de responsabilidade do agente infrator, nas esferas civil, criminal e disciplinar, assegurando-se, assim, aos titulares das contas bancárias descritas nos autos o exercício do direito fundamental à imagem e à dignidade das pessoas jurídicas envolvidas na investigação.

IV. Apelação provida. Sentença reformada. Ação procedente.

(Apelação Cível 0017012-74.2014.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 05/03/2018, p. 426)

Primeira Seção

Previdenciário. Ação rescisória. Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de período especial. Exposição a agentes insalubres ou perigosos. Atividade especial por mais de 25 (vinte e cinco) anos. Art. 57 da Lei 8.213/1991 e EC 20/1998. Cumprimento das regras de transição (idade mínima e pedágio). Necessidade.

I. Sustenta que a presente ação rescisória encontra suporte no art. 966, V, do NCPC, sob o fundamento de que houve ofensa ao art. 57 da Lei 8.213/1991 e EC 20/1998.

II. Não há controvérsia quanto ao tempo de serviço exercido em condições especiais reconhecido em sede judicial. A irrisignação do INSS volta-se apenas contra não imposição das regras de transição dos arts. 3º e 9º da EC 20/1998.

III. Não poderá ser utilizado no cálculo do benefício na forma proporcional do requerido o tempo de serviço posterior à Emenda Constitucional 20/1998, mormente pelo fato de que não havia cumprido o requisito etário, uma vez que possuía idade inferior a 53 anos em 16/12/1998.

IV. "No caso do direito adquirido em relação à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda. Preenchidos os requisitos de tempo de serviço até 15/12/98 é devida ao segurado a aposentadoria proporcional independentemente de qualquer outra exigência, podendo este escolher o momento da aposentadoria." (Agedag 200501976432, Gilson Dipp, STJ – Quinta Turma, Dj de 10/04/2006, p. 281.)

V. Quanto ao tempo de serviço posterior à Emenda Constitucional 20/1998, o entendimento esposado pelo STF é no sentido de que, se o segurado quiser agregar tempo de serviço posterior à referida emenda, tem de se submeter ao novo ordenamento, com observância das regras de transição, tanto em relação ao pedágio, como no que concerne à idade mínima.

VI. Pedido da ação rescisória julgado procedente, para rescindir o v. acórdão proferido nos autos de número 0006826-21.2003.4.01.3800/MG, apenas para excluir do cálculo do benefício da parte-ré o tempo de serviço laborado em data posterior a 16/12/1998, sem prejuízo da execução sob esse limite.

VII. Honorários advocatícios fixados, nesta demanda, no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais) suspensa a execução em razão do fato da parte-ré litigar sob o pálio da justiça gratuita.

(Ação Rescisória 0007594-12.2014.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), unânime, e-DJF1 de 26/02/2018, p. 35)

Segunda Seção

Mandado de segurança em matéria criminal. Multa ao defensor (art. 265 do CPP). Desconstituição do advogado. Abandono da causa não configurado. Ato omissivo isolado. Ordem concedida.

I. A orientação jurisprudencial firmou-se no sentido de que a sanção processual legalmente estabelecida pelo art. 265 do Código de Processo Penal não viola os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Precedentes.

II. O abandono indireto da causa deve ser aferido pelo conjunto da ação do advogado no curso do processo. Mero ato isolado de omissão temporária acerca do cumprimento da ordem judicial não configura abandono da causa a ensejar a desconstituição do causídico e a aplicação da multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal. Sobretudo quando o advogado é reconstituído pelo seu representado numa demonstração de preservação da confiança e, em seguida, é protocolada a peça judicial, dando efetividade à decisão judicial.

III. Segurança concedida para reformar a decisão que aplicou a penalidade de multa e desconstituiu o advogado, ora impetrante.

(Mandado de Segurança Criminal 0039135-58.2017.4.01.0000/TO, rel. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado), unânime, e-DJF1 de 08/03/2018, p. 485)

Terceira Seção

Civil e Processual Civil. Embargos infringentes. Proagro. Cobertura securitária. Perda da produtividade por evento climático (estiagem). Alegação de prescrição não conhecida. Exame do mérito propriamente dito. Prevalência dos votos vencedores do acórdão embargado. Necessidade de pagamento do seguro. Embargos infringentes desprovidos.

I. A questão discutida nos autos diz respeito ao pagamento de cobertura contratada no âmbito do Proagro, negada administrativamente ao fundamento de que o plantio da lavoura em questão fora realizada em imóvel diverso do contratado, bem como no que toca à ciência do fato pelo agente financeiro.

II. Prejudicial de prescrição não conhecida, por decisão majoritária.

III. Quanto ao mérito propriamente dito, alega o embargante que o empreendimento segurado fora implantado em local diverso daquele indicado no instrumento contratual, o que estaria em desacordo com as normas legais e regulamentares concernentes ao crédito rural.

IV. Todavia, a perda da lavoura deu-se por força de evento climático (estiagem) que atingiu toda a região, e não apenas a área em que desenvolvido o empreendimento agrícola em questão (plantio de arroz), de modo que, contratado o seguro e ocorrido o sinistro, deve o agente financeiro responder pela cobertura na forma legal.

V. Ademais, e conforme destacado no voto vencedor do aresto embargado, a alteração do local do plantio foi comunicada, à época, ao agente financeiro, e em data anterior à estiagem, sem contar o fato de que, de acordo com a vistoria do agente financeiro, a circunstância relevante para a perda da lavoura foi, de fato, o referido evento climático.

(Embargos Infringentes 0032026-66.2003.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 13/11/2017, p. 4)

Quarta Turma

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Art. 2º, caput e § 1º, da Lei 8.176/1991. Art. 55 da Lei 9.605/1998. Materialidade. Índícios suficientes de autoria. Medidas cautelares diversas da prisão. Monitoramento eletrônico. Ordem denegada.

I. O paciente foi preso cautelarmente em 20/12/2016 em razão de ter sido flagrado portando minério (ouro) e R\$20.000,00 (vinte mil reais) que confessou serem provenientes de extração ilegal (minério) e faturamento semanal da mineração (dinheiro).

II. Do conjunto probatório que se fez acompanhar da presente impetração de *habeas corpus*, assim como das informações prestadas pela autoridade coatora, deve-se concluir que não merece reforma a decisão confrontada pelo *habeas corpus*, tendo em vista que o impetrante não trouxe aos autos elementos de prova suficientes para afastar a necessidade das medidas cautelares impostas.

III. A defesa alega constrangimento ilegal na manutenção da medida de monitoramento eletrônico, pois o paciente exerceria a função de motorista de caminhão, atuando na cidade de Jaru/RO, prestando serviço à empresa transportada e precisa se deslocar por toda a região que ladeia a cidade de Jaru/RO.

IV. A fixação de medida cautelar prevista no art. 319, CPP não é ilegal quando motivada em fundamentação que apresenta elementos concretos do caso, aferindo-se a necessidade e adequação (HC 330.108/MG, rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, rel. p/ acórdão Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe de 09/05/2016).

V. O paciente, em seu interrogatório policial, afirmou categoricamente que atuava há anos na extração de minérios, possuindo, atualmente, sete funcionários empenhados na extração de ouro em garimpos diversos.

VI. Não há falar em constrangimento ilegal, pois a medida cautelar ora fustigada se mostra necessária à garantia da ordem pública, ou seja, a monitoração eletrônica possui motivos para subsistir, mormente face ao fato de que o delito não é fato isolado na vida do paciente, que, ao que tudo indica, faz do garimpo ilegal meio de vida.

VII. A medida cautelar encontra-se justificada no art. 321 do Código de Processo Penal, e mostra-se realmente necessária, especialmente para garantir a ordem pública. Assim, as medidas cautelares diversas da prisão determinadas, especialmente o monitoramento eletrônico, mostram-se compatíveis com as circunstâncias do caso concreto.

VIII. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(*Habeas Corpus* 0005966-80.2017.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 15/03/2018, p. 796)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Quinta Turma

Constitucional, Administrativo, Civil e Processual Civil. Ação reivindicatória de domínio cumulada com pleito possessório. Bem imóvel de propriedade da União. Contrato de promessa de compra e venda. Inobservância da norma do art. 188, § 1º, da Constituição Federal. Nulidade absoluta. Convalidação pelo decurso de prazo. Impossibilidade. Ocupação por particulares. Benfeitorias úteis e necessárias. Indenização. Descabimento. Prejudicial de prescrição. Razões do recurso parcialmente dissociadas dos fundamentos do julgado. Não conhecimento, no ponto.

I. Não se conhece de pretensão recursal que deixa de impugnar, especificamente, os fundamentos da sentença recorrida, como na espécie dos autos, em que a preliminar de prescrição suscitada pelos promovidos limita-se a reiterar as razões deduzidas em sede de contestação, devidamente rechaçadas pelo juízo monocrático. Ademais, em se tratando de negócio jurídico à margem dos atos normativos de regência e, por isso, absolutamente nulo, como no caso, não se convalida pelo decurso de prazo, posto que não corre a prescrição em favor de atos fraudulentos. Não conhecimento da prejudicial de prescrição.

II. Nos termos do art. 188, § 1º, da Constituição Federal, "a alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional."

III. Na hipótese dos autos, constatada a ocorrência de divisão fraudulenta de área de imóvel inserido no domínio da União, com a finalidade de furta-se à incidência da referida norma constitucional, afiguram-se absolutamente nulos os contratos de promessa de compra e venda celebrados entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e os particulares supostamente ocupantes das respectivas áreas de parcelamento do solo, não produzindo, por conseguinte, qualquer efeito jurídico nem se convalidando com o passar do tempo, eis que sequer chegaram a se aperfeiçoar, à míngua de um de seus elementos essenciais.

IV. Caracterizada a ocupação irregular de área pública, como na espécie, afigura-se incabível o pagamento de indenização, por acessões ou benfeitorias, nem o reconhecimento do direito de retenção, pois, como o imóvel público é insuscetível de usucapião, nos termos do art. 183, § 3º, da Constituição Federal, o particular jamais poderá ser considerado possuidor, senão mero detentor, sendo irrelevante falar-se em posse de boa ou de má-fé. Precedentes.

V. Apelação conhecida, em parte, e, nessa extensão, desprovida. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer, em parte, da apelação e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 04/04/2018.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Relatório

O Sr. Exmo. Des. Federal Souza Prudente: — Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ji-Paraná/RO, Dr. Manoel Pedro Martins de Castro Filho, nos autos da ação ajuizada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra contra Augusto Nascimento Tulha e outros, em que se reivindica o domínio e a posse dos imóveis rurais descritos nos autos, constituídos pelas fazendas Recanto da Paz, Terra Boa e Bom Futuro, localizadas no Município de Costa Marques/RO, bem assim, a declaração de nulidade dos contratos de promessa de compra e venda celebrados com os promovidos.

A controvérsia instaurada nestes autos restou resumida, na sentença monocrática, com estas letras:

Trata-se de AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE OU RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA, CUMULADA COM REIVINDICATÓRIA E CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA, em face de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, LÚCIA NASCIMENTO TULHA, FERNANDO NASCIMENTO TULHA, FERNANDO NASCIMENTO TULHA FILHO, LUIZ NASCIMENTO TULHA, CELSO DE MARIA GLERAN, ROBERTO NASCIMENTO TULHA, HELVECIO SIQUEIRA, RICARDO NASCIMENTO TULHA, AUGUSTO ZAGO, JARNI MELO TORRES, ABRÃO MOISÉS ALTMAN, ARI VIANNA NOGUEIRA JUNIOR, NATAN KOGOS, PAULO CESAR NASCIMENTO DE OLIVEIRA, EVALDO MARSOL, VITOR DE SOUZA, ROMILDO JOAQUIM SOBRAL, CAMILLO TRIPPA, GUILHERME ALVEZ PAMPLONA, BAIARDO DE BRITO PEREIRA, CARLOS NICOLA ABBAMONTE e ARMANDO ABBAMONTE.

Em síntese, consta da petição inicial que:

a) LÚCIA NASCIMENTO TULHA, FERNANDO NASCIMENTO TULHA e FERNANDO NASCIMENTO TULHA FILHO pleitearam administrativamente, em 30 de outubro de 1984, a regularização das fazendas RECANTO DA PAZ, TERRA BOA e BOM FUTURO que reunidas somam, aproximadamente, 9.000 ha;

b) O executor do Projeto Fundiário Guajará-Mirim – INCRA/RO manifestou-se, em 15 de setembro de 1987, pelo indeferimento da regularização pretendida, tendo em vista a extensão da área e a inexpressividade das benfeitorias realizadas, de acordo com o art. 6º da Lei nº 4.947/66 e 11 da Portaria MIRAD/GM nº 839, de 10 de junho de 1988;

c) Aos 13 dias do mês de março de 1989, AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, ao tomar ciência da impossibilidade de regularização dos imóveis na forma inicialmente pretendida, procedeu à divisão da FAZENDA RECANTO DA PAZ em 6 (seis) lotes, da FAZENDA TERRA BOA em 6 (seis) lotes e FAZENDA BOM FUTURO em 11 (onze) lotes, cada um com área aproximada de 400 a 500 ha, em ato registrado na Comarca de Santos/SP;

d) Ato contínuo, surgiram 20 (vinte) novos posseiros, requerendo, em 20 (vinte) novos processos, regularização de seus respectivos lotes, ficando os 3 (três) interessados originais cada um com um lote, sendo todos eles representados por AUGUSTO NASCIMENTO TULHA;

e) Em 17 de maio de 1991 foram celebrados 23 (vinte e três) Contratos de Promessa de Compra e Venda entre o INCRA e as pessoas indicadas como ocupantes dos lotes, vínculos contratuais estes que foram pagos nos anos de 1992 e 1993 mediante Títulos da Dívida Agrária;

f) Em seguida, AUGUSTO NASCIMENTO TULHA pleiteou a expedição de ordem de serviço para medição e demarcação topográfica, com vistas a substituir os Contratos de Promessa de Compra e Venda por titulação definitiva;

g) Em 4 de novembro de 2002, o INCRA realizou vistoria nos imóveis, constatando a concentração da área de aproximadamente 9.000 ha na pessoa de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, concluindo que a interposição de pessoas diversas na condição de posseiros para fins de divisão da área em vários lotes teve por finalidade ocultar situação de fato contrária a legislação vigente à época que estabelecia o limite máximo de 500 ha (quinhentos) hectares para a alienação de terras públicas (art. 11 da Portaria MIRAD/GM nº 839/88);

h) Segundo o INCRA, verificou-se na vistoria que: 1) poucos lotes possuíam benfeitorias e que apenas 8 (oito) pessoas residiam em toda a área (sete em um lote da FAZENDA BOM FUTURO e uma em um lote da FAZENDA TERRA BOA); 2) os trabalhadores que prestam serviço nos lotes de uma fazenda são os mesmos que prestam serviço nos das outras duas, de modo que a estrutura concentrada em alguns lotes exerce a administração sobre toda a área, sendo insustentável o argumento de que há posse ou ocupação individualizada de cada lote;

i) O próprio AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, em reunião realizada em 3 de junho de 2004 na sede da Procuradoria Regional do INCRA/RO, admitiu, expressamente, ser o verdadeiro possuidor dos lotes, afirmando, ainda, que pretendia doá-los à Universidade Federal de Rondônia;

Nessa contextura, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária indeferiu o requerimento de expedição de ordem de serviço para medição e demarcação topográfica com vistas a substituir os Contratos de Promessa de Compra e Venda por titulação definitiva; notificou o senhor AUGUSTO NASCIMENTO TULHA e os demais interessados figurantes dos Contratos de Promessa de Compra e Venda, cientificando-os de todas as irregularidades apuradas no processo administrativo em relação à posse dos imóveis, do indeferimento do pedido formulado e da ordem de desocupação das áreas ou apresentação de defesa no prazo de 15 (quinze) dias.

No tocante às questões jurídicas, afirma o INCRA que:

a) Possui legitimidade ativa ad causam;

b) É cabível a propositura da ação reivindicatória;

c) A área objeto da presente demanda é de domínio da União;

d) Os Contratos de Promessa de Compra e Venda são nulos por violação ao disposto no art. 188, § 1º, da Carta da República (“A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional”);

e) Houve ofensa ao disposto nos arts. 2º, I (“Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a: I - alienação e concessão de terras públicas, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação destinados à exploração de serviços de radiodifusão de sons ou radiodifusão de sons e imagens”) e 8º (“A alienação e a concessão de terras públicas, na faixa de Fronteira, não poderão exceder de 3000 ha (três mil hectares), sendo consideradas como uma só unidade as alienações e concessões feitas a pessoas jurídicas que tenham administradores, ou detentores da maioria do capital comuns”) da Lei nº 6.634/79, haja vista que no período compreendido entre 2 de maio de 1979 e a promulgação da Constituição da República a área máxima para titulação de terras localizadas na Faixa de Fronteira, de 150 KM (cento e cinquenta quilômetros), era de 3.000 ha, exigindo-se, em todos os casos, o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, hoje, Conselho de Defesa Nacional;

f) Houve fraude quanto à observância dos requisitos legais para a celebração dos Contratos de Promessa de Compra e Venda, tendo em vista que 21 (vinte e um) dos 23 (vinte e três) interessados não residem nos lotes e o fato de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA ser médico e residir em Santos/SP, o que atrita com os requisitos plasmados nas alíneas “c” e “d” do art. 1º da Portaria MIRAD/GM nº 839/88 (“a alienação de terras públicas federais, destinadas à atividade agropecuária, nos termos do art. 6º da Lei nº 6 de abril de 1966, fica condicionada ao implemento, pelo respectivo pretendente, dos seguintes requisitos: c) manter residência no imóvel ou em local próximo que possibilite a sua exploração; d) ter na agropecuária a sua principal atividade”);

g) As cláusulas contratuais foram inadimplidas, pois todos os lotes foram classificados, de acordo com a vistoria do INCRA, como de posse média improdutivo, ou seja, sem a devida destinação, em desarmonia com o postulado da função social da terra. Outrossim, constatou-se a preservação da reserva legal ou o cumprimento dos Termos de Compromisso para Averbação de Reserva Legal firmados com o IBAMA em apenas 5 (cinco) lotes;

h) Não há que se falar em direito a indenização por benfeitorias por parte dos demandados, porquanto flagrante a má-fé e os danos causados ao meio ambiente;

i) As áreas devem ser desocupadas e restituídas ao INCRA.

Em grau de arremate, requer:

a) Liminarmente, a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para que seja determinada a desocupação dos imóveis no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), incidente, inclusive, no caso de retorno dos réus ao imóvel, após o cumprimento da entrega da coisa;

b) A declaração de nulidade dos Contratos de Promessa de Compra e Venda, em virtude da fraude perpetrada, ou, alternativamente, da resolução do contrato de pleno direito por inadimplemento;

c) A expedição de ordem judicial para desocupação do imóvel em caráter definitivo, bem como a condenação dos réus ao pagamento de taxa de ocupação mensal correspondente a 5% sobre o valor da terra, pelo período em que permaneceram na posse, devida desde o fim do prazo assinalado pelo INCRA até a efetiva entrega da coisa;

d) A Condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos ambientais causados pela ocupação irregular das terras.

e) Inicial instruída com os documentos de fls. 21-438.

Decisão de fls. 448-450 indeferindo a antecipação dos efeitos da tutela.

Agravo de Instrumento interposto pelo INSTITUTO DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, conforme noticiado às fls. 458-468.

Contestação apresentada às fls. 484-495. Em suma, alegaram os réus:

a) Inépcia da petição inicial e impossibilidade jurídica do pedido, nos termos preconizados no inciso IV do art. 267, do CPC/73, pois não cabe reivindicatória contra quem detêm título de domínio, ainda que passível de anulação, tal como ocorre na espécie, de acordo com o disposto no art. 1228 do CC/02 (“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”), combinado com o art. 7º do Decreto-Lei nº 2.375/1987 (“Os termos, contratos e títulos, expedidos pela União, pelos Estados, Municípios, Territórios, ou antes de sua administração descentralizada, que se destinem a instrumentalizar a alienação, concessão, arrecadação ou o reconhecimento de domínio sobre terras públicas rurais, terão, para todos os efeitos, valor e eficácia de escritura pública”);

b) Carência de ação, na medida em que o INCRA exigiu o cumprimento de uma obrigação (restituição dos imóveis) sem antes adimplir com a sua própria (indenização das benfeitorias úteis e necessárias);

c) A pretensão de anulação dos Contratos de Promessa de Compra e Venda já esta acobertada pela prescrição, conforme precedente do TRF1 (AC nº 96.01.45538-8/DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ 16/05/1997);

d) A decisão do TRF1 colacionada na petição inicial não se aplica ao caso, pois não houve aquisição de bem público por via transversa, mas, sim, transferência legítima da esfera pública para a privada mediante outorga de título, não se aplicando, portanto, o princípio da imprescritibilidade;

e) Os Contratos de Promessa de Compra e Venda firmados entre as partes são títulos de transferência de domínio, de acordo com o disposto no art. 7º do Decreto-Lei nº 2.375/1987, com força e eficácia de escritura pública;

f) Tendo o INCRA transferido o domínio pleno dos imóveis aos réus e, ocorrendo o pagamento do valor exigido, bem como a demarcação e exploração dos respectivos imóveis, não há que se falar em anulação dos Contratos de Promessa de Compra e Venda;

g) A pretensão autoral ofende os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eticidade, haja vista que os imóveis, embora titulados somente em 1991, são ocupados pelos demandados desde 1982;

h) A ocupação da área se deu em conformidade com a legislação ambiental, inclusive quanto à obrigação de efetiva exploração, sem descuidar da proteção do bioma da região;

i) Todas as obrigações contratuais foram cumpridas, eis que os réus exploraram a área em regime de condomínio, exercendo o extrativismo madeireiro de forma consorciada com a agricultura e a pecuária, de modo que nenhum dos imóveis pode ser considerado improdutivo;

j) A intenção de destinação dos imóveis pretendida pelo INCRA é ilegal, visto que a maioria da área é coberta por vegetação nativa, o que obsta a realização de qualquer assentamento de trabalhadores na localidade.

Por fim, pugnam pelo acolhimento das preliminares aventadas, ou, caso não seja esse o entendimento do juízo, pela total improcedência da presente demanda, com a condenação do INCRA ao pagamento de honorários advocatícios e demais consectários legais.

Acostaram os documentos de fls. 496-571.

Pedido de tramitação prioritária formulado à fl. 572 e deferido à fl. 577.

Às fls. 581-582, alega AUGUSTO NASCIMENTO TULHA que a presente demanda perdeu o objeto com a entrada em vigor da Lei nº 11.952/2009, tendo em vista a moratória por ela estabelecida no art. 19 (“No caso de inadimplemento de contrato firmado com o Incra até 10 de fevereiro de 2009, ou de não observância de requisito imposto em termo de concessão de uso ou de licença de ocupação, o ocupante terá prazo de 3 (três) anos, contados a partir de 11 de fevereiro de 2009, para adimplir o contrato no que foi descumprido ou renegociá-lo, sob pena de ser retomada a área ocupada, conforme regulamento”). PRELIMINAR

Em réplica à contestação, o INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA argumenta que:

a) Não há que se falar em inépcia da inicial, na medida em que os réus são possuidores injustos dos lotes, o que autoriza a propositura da demanda reivindicatória, com fulcro nos arts. 1228 e 1359 do CC/2002;

b) Não procede a tese defensiva de carência de ação, visto que a prévia indenização das benfeitorias existentes no imóvel não constitui condição especial para a propositura da presente reivindicatória, mas, sim, pretensão exercitável pelo devedor em face do credor através do direito de retenção, no corpo da peça de defesa;

c) Inocorrência da prescrição, eis que o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 só se aplica às pretensões de caráter pecuniário, não se estendendo aos casos de inadimplemento de cláusula contratual para fins de resolução de propriedade, sob pena de malferimento, por via transversa, ao disposto no art. 191, parágrafo único, do texto constitucional, que obsta a aquisição de terras públicas via usucapião;

d) O INCRA, ao firmar os Contratos de Promessa de Compra e Venda não transferiu o domínio pleno, mas, sim, a propriedade resolúvel dos lotes;

e) Os réus, ao procederem à concentração fundiária dos lotes, inadimpliram a Cláusula X dos Contratos de Promessa de Compra e Venda (“Pelo não cumprimento de qualquer disposição legal aplicável à espécie, bem como das condições estipuladas neste Contrato, fica o INCRA, desde já, autorizado pelo OUTORGADO, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, a reverter o imóvel ao patrimônio da União Federal, ou ao seu patrimônio, quando couber, indenizadas as benfeitorias úteis e necessárias existentes com resilição de pleno direito da posse e uso, ressalvado os créditos bancários que recaiam sobre o imóvel”), ensejando, destarte, a resolução da propriedade em favor da União;

f) Não se aplica ao caso a moratória prevista no art. 19 da Lei nº 11.952/2009, em virtude do preceito plasmado no § 3º do art. 6º do mesmo diploma normativo (“Não serão regularizadas ocupações que incidam sobre áreas objeto de demanda judicial em que seja parte a União ou seus entes da administração indireta, até o trânsito em julgado da respectiva decisão”).

[...]

Deferimento do pedido de produção de provas pericial e documental formulado por AUGUSTO NASCIMENTO TULHA (fl. 621).

Quesitos apresentados pelos réus às fls. 622-623.

[...]

Laudo apresentado pelo perito RODRIGO NUNES DE SOUSA e autuado como Anexo I, conforme certificado à fl. 698.

Petição de fls. 725-727 na qual os réus se manifestam acerca do laudo pericial, afirmando que a prova técnica comprovou que os imóveis são adequadamente explorados e cumprem sua função social, não merecendo prosperar o pedido reivindicatório deduzido na peça vestibular. Ainda, colacionaram julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AC nº 2000.41.00.000421-6/RO) em que reconhecida a decadência da pretensão do INCRA em anular título de domínio em caso semelhante ao veiculado nos presentes autos.

Às fls. 733-737, o INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA alega que:

a) A concentração dos imóveis na pessoa de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA viola o disposto no art. 188, § 1º, da CF/88, e a regra prevista no art. 11 da Portaria MIRAD/GM nº 839/1988;

b) O laudo pericial confirmou a existência da indevida concentração quando, em resposta ao quesito INCRA nº 3, assentou que “a análise de forma individualizada é impossível, tendo em vista que ao todo são 5.435 animais sem distinção de lote a lote, cadastrados atualmente em um único imóvel, cito a Fazenda Bom Futuro, sob um único cadastro, do Sr. Augusto Nascimento Tulha”. Tal constatação, prossegue, foi reafirmada ao final da resposta ao quesito nº 4 formulado pelo INCRA, no qual o perito atestou que “o imóvel vem sendo explorado pelo Sr. Augusto Nascimento Tulha”;

c) Os imóveis se localizam em faixa de fronteira e foram alienados sem o assentimento do Conselho de Defesa Nacional, infringindo o art. 8º da Lei nº 6.634/1979 (“A alienação e a concessão de terras públicas, na faixa de fronteira, não poderão exceder de 3000 ha (três mil hectares), sendo consideradas como uma só unidade as alienações e concessões feitas a pessoas jurídicas que tenham administradores, ou detentores da maioria do capital comuns. § 1º O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional e mediante prévia autorização do Senado Federal, poderá autorizar a alienação e a concessão de terras públicas acima do limite estabelecido neste artigo, desde que haja manifesto interesse para a economia regional”);

d) Houve descumprimento das cláusulas contratuais dos Contratos de Promessa de Compra e Venda, ante a não observância dos requisitos estampados nas alíneas “c” e “d” do art. 1º da Portaria MIRAD/GM nº 839/1998 (“A alienação de terras públicas federais, destinadas à atividade agropecuária, nos termos do art. 6º da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, fica condicionada ao implemento, pelo respectivo pretendente, dos seguintes requisitos: a) não ser proprietário de imóvel rural; b) explorar direta e pessoalmente, por mais de um ano, o imóvel ocupado; c) manter residência no imóvel ou em local próximo que possibilite a sua exploração; d) ter na agropecuária a sua principal atividade”), pois: c.1) AUGUSTO NASCIMENTO TULHA é médico e reside em Santos, no Estado de São Paulo, decorrendo destas circunstâncias a impossibilidade de, por si só, explorar os 23 (vinte e três) lotes, motivo pelo qual se vale de eventuais “laranjas” ou “caseiros” para tanto; c.2) A vistoria realizada pelo INCRA em 11/2002 classificou os lotes como de posse “médica improdutivo”, constatando, ainda, violação da legislação ambiental, visto a não preservação da Floresta Natural para efeito de Reserva Legal e a implantação de pastagens em Áreas de Preservação;

e) A FAZENDA RECANTO DA PAZ não cumpriu totalmente as condições especificadas na Autorização de Ocupação, na Licença de Ocupação e nos itens II e III do Contrato de Promessa de Compra e Venda, não tendo havido exploração da área, motivo pelo qual o imóvel foi classificado como improdutivo, em flagrante vilipêndio ao princípio da função social;

f) As FAZENDAS BOM FUTURO e TERRA BOA cumpriram parcialmente as condições especificadas na Autorização de Ocupação, não observando, no entanto, os itens II e III do Contrato de Promessa de Compra e Venda, motivo pelo qual os imóveis foram classificados como improdutivos pela vistoria realizada pelo INCRA, ante o não cumprimento da função social da terra. Ainda, não houve preservação da Reserva Legal e da Área de Preservação Permanente;

g) O laudo pericial levou em consideração a realidade fática existente ao tempo da propositura da demanda, não podendo a causa ser decidida com base na classificação atual do imóvel, sob pena de se validar postura ilegal dos demandados de cumprir com a função social da terra apenas após o ajuizamento do presente feito.

Alegaões finais apresentadas pelo órgão de representação judicial do INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, reproduzindo, na integralidade, os mesmos argumentos já declinados no petitório de fls. 733-737.

Por sua vez, os réus, em memoriais acostados às fls. 777-781, aduziram e repisaram que:

a) A demanda deve ser julgada à luz do previsto no art. 19 da Lei nº 11.952/2009, conforme determinado pelo art. 462 do Código de Processo Civil de 1973 (“Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”);

b) Os réus possuem direito de retenção, não havendo a possibilidade do INCRA reivindicar o imóvel sem antes indenizá-los pelas benfeitorias úteis e necessárias existentes na área;

c) A pretensão autoral já se encontra fulminada pela prescrição;

d) Com a expedição dos Contratos de Compromisso de Compra e Venda e o pagamento dos valores correspondentes, houve a transferência definitiva da propriedade dos lotes aos demandados, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.375/1987 (“Os termos, contratos e títulos, expedidos pela União, pelos Estados, Municípios, Territórios, ou antes de sua administração descentralizada, que se destinem a instrumentalizar a alienação, concessão, arrecadação ou o reconhecimento de domínio sobre terras públicas rurais, terão, para todos os efeitos, valor e eficácia de escritura pública”), combinado com o art. 19 da Lei nº 11.952/2009 (“No caso de inadimplemento de contrato firmado com o Incra até 10 de fevereiro de 2009, ou de não observância de requisito imposto em termo de concessão de uso ou de licença de ocupação, o ocupante terá prazo de 3 (três) anos, contados a partir de 11 de fevereiro de 2009, para adimplir o contrato no que foi descumprido ou renegociá-lo, sob pena de ser retomada a área ocupada, conforme regulamento”);

e) O autor não comprovou que os imóveis estão efetivamente localizados em faixa de fronteira;

f) Os imóveis estão registrados na Comarca de São Miguel do Guaporé/RO que abrange o Município de Seringueiras/RO, tal como se pode verificar das certidões de fls. 499, 502, 505, 508, 511, 514, 517, 520, 523, 526, 529, 532, 535, 538, 541, 544, 547, 550, 553, 556, 559, 562 e 565 e foram registrados, originalmente, na Comarca de Alvorada D'Oeste/RO, cuja comarca pertencia então ao Município de Seringueiras/RO;

g) O fato da Gleba maior, donde foram destacados os imóveis, ter sido registrada na Cidade de Guajará Mirim/RO, não significa que os imóveis estejam localizados na faixa de fronteiras, pois, à época do registro da gleba, só existiam duas comarcas em Rondônia, Porto Velho e Guajará Mirim;

h) O dispositivo legal que exige autorização do Conselho de Segurança Nacional para alienar a terceiros imóveis na faixa de fronteira (art. 8º da Lei nº 6.634/1979), não foi recepcionado pela Carta Republicana;

i) O art. 20, § 2º, do texto constitucional condiciona a "ocupação" da faixa de fronteira ao regulamento de lei, e não a "alienação" de imóveis rurais;

j) Não existe lei definindo quais áreas são "fundamentais para a defesa do território nacional" ou vedando a alienação de imóveis rurais a particulares;

k) Os lotes estão localizados ao lado de um projeto de assentamento inicialmente denominado "cujubim" onde se situa, atualmente, a sede do Município de Seringueiras/RO, região em que foram assentadas centenas de famílias que tiveram seus imóveis regularizados há anos;

l) A área não é fundamental para a defesa do território nacional, pois não foi assim definida pelas forças armadas ou pelo Congresso Nacional mediante a edição de lei.

Com esteio em tais argumentos, pugnam os réus pela total improcedência do pedido veiculado na peça vestibular, ou, na improvável hipótese de procedência, o reconhecimento do direito de retenção dos demandados até a efetiva indenização das benfeitorias.

[...].

Às fls. 793-802, o Parquet opinou pela procedência parcial do pedido do autor para que seja declarada a nulidade de todos os contratos avençados entre o INCRA e os demandados, tornando sem efeito todo e qualquer ato, inclusive registral, deles decorrentes, resguardando-se, entretanto, o direito à indenização pelas benfeitorias realizadas até o ano de 1991. Além disso, postulou pela concessão da tutela antecipada na sentença a fim de que seja determinada a desocupação dos imóveis em questão, com fixação de multa diária em caso de descumprimento.

[...]

Após regular instrução do feito e rejeitar as preliminares suscitadas nos autos, o juízo monocrático, em 14/11/2016, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para "declarar a nulidade absoluta de todos os 23 (vinte e três) Contratos de Compromisso de Compra e Venda registrados no Registro de Imóveis da Comarca de São Miguel do Guaporé/RO" e "deferir o pleito reivindicatório, determinando aos demandados que desocupem a área de 9.000 (nove mil) hectares referente às fazendas *Recanto da Paz, Terra Boa e Bom Futuro* no prazo impostergável de 30 (trinta) dias contatos da ciência inequívoca desta sentença, sob pena de condenação ao pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo de requisição de força policial para a efetivação ou restabelecimento da ordem judicial ora exarada, na forma dos arts. 297, 536, § 1º, e 537, todos do Novo Código de Processo Civil".

Rejeitou, contudo, os pedidos alusivos ao pagamento de taxa de ocupação no valor de 5% (cinco por cento) sobre o valor da terra, de indenização por danos ambientais e de indenização pelas benfeitorias existentes no imóvel até 1991, formulado pelo Ministério Público Federal.

Houve, ainda, a condenação dos promovidos no pagamento das custas e despesas processuais, bem assim, de honorários advocatícios, fixados em R\$ 52.015,28 (cinquenta e dois mil, quinze reais e vinte e oito centavos), devidamente atualizados pelo IPCA-E, nos termos do art. 85, *caput*, e §§ 3º, I e II, e 5º, todos do Novo Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, insistem os recorrentes na prejudicial de prescrição do direito postulado, destacando que o precedente jurisprudencial deste egrégio Tribunal em que teria se amparado a sentença recorrida não se aplicaria à hipótese dos autos, mormente por ter sido posteriormente reformado em sede de agravo interno, asseverando que, no caso, a pretendida anulação contratual já estaria alcançado pelo lustro prescricional, eis que transcorridos 16 (dezesseis) anos entre a celebração dos contratos e o ajuizamento da demanda. No mérito, sustenta, em resumo, a regularidade dos contratos descritos nos autos, na linha de argumentação deduzida em sua peça de defesa.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria Regional da República pela manutenção da sentença recorrida.

Processou-se, neste Tribunal, o Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0000376-25.2017.4.01.0000, em cujos autos, o Juiz Federal convocado Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, deferiu o pleito ali formulado, para determinar a suspensão da ordem de desocupação ordenada no julgado recorrido.

Este é o relatório.

Voto

O Sr. Exmo. Des. Federal Souza Prudente: — Não prospera a prejudicial de prescrição veiculada pelos recorrentes, na medida em que não conseguem infirmar as razões da sentença recorrida, na espécie.

Com efeito, impende consignar, inicialmente, que, diferentemente do que sustentam os suplicantes, ao rejeitar a prejudicial de decadência (e não de prescrição), o juízo monocrático não se amparou no precedente jurisprudencial por eles apontado como sendo inaplicável à hipótese dos autos (Ap 2000.41.00.000421-6), conforme se extrai da leitura da sentença monocrática, *in verbis*:

2.2.2. DA DECADÊNCIA.

Na visão dos demandados, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária já decaiu do direito de anular o título de domínio, conforme entendimento sedimentado pelo próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos de Apelação Cível nº 2000.41.00.000421-6/RO.

Sem razão.

Inicialmente, é imperioso destacar que o precedente mencionado pelos réus diz respeito à prescrição da pretensão de resolução de contrato por inadimplemento de cláusula, contexto este absolutamente diverso do examinado nos presentes autos que, tal como já mencionado, refere-se à análise da validade jurídica de pacto contratual firmado em desarmonia com o disposto no art. 188, §, da Carta de Outubro.

Para que não restem dúvidas quanto a incompatibilidade entre o precedente citado pelos processados e a lide ora apreciada, traslado o inteiro teor do voto do relator acolhido, à unanimidade, por todos os integrantes da 4ª Turma Suplementar do Egrégio Tribunal Regional Federal ad 1ª Região:

[...]

Nesse contexto, tendo em vista que o presente caso não se refere a resolução por inadimplemento contratual, mas, sim, a validade jurídica de pacto firmado em desconformidade com preceito constitucional expresso (art. 188, § 1º, da CF/88), não merece prosperar a tese defensiva. Nem ser argumente que o caso em questão se enquadraria no disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, que prevê o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a Administração Pública anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para terceiros destinatários, visto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já sedimentou entendimento no sentido de que situações fático-jurídicas incompatíveis com o texto constitucional não se convalidam com o passar do tempo. Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. 6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-Agr/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira

Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-Agr/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-Agr/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-Agr/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-Agr/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencher os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada (MS 28279, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00014 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 421-436).

Nessa linha, rejeito a alegação de decadência suscitada pelos demandados.

Conforme se vê, o referido juízo não tomou por suporte o apontado precedente jurisprudencial para afastar a prejudicial em referência, conforme assim, equivocadamente, sustentam os recorrentes.

De igual forma, ao rejeitar a aventada prescrição, aquele mesmo juízo assim se pronunciou:

2.2.3. DA PRESCRIÇÃO.

Argumentam os réus que a pretensão de anulação dos Contratos de Promessa de Compra e Venda já está acobertada pelo manto da prescrição, conforme decidido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos de Apelação Cível nº 96.01.45538-8/DF.

Ato contínuo, reiteram a mesma tese defensiva afirmando que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já consolidou entendimento no sentido de que o INCRA se sujeita ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos para exercer a pretensão de resolução contratual por inadimplemento da parte contrária, vide Apelação/Reexame Necessário nº 00000042-06.2000.401.4100, 6ª Turma; 0002533-70.2006.4.01.4101 e 0005792- 42.2007.4.01.4100, concluindo que tais precedentes abrangem todos os contratos expedidos pela autarquia, não sendo mais possível demandar no judiciário a anulação de tais títulos.

Por sua vez, a Procuradoria Federal alega inoccorrência de prescrição, eis que o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 só se aplica às pretensões de caráter pecuniário, não se estendendo aos casos de inadimplemento de cláusula contratual para fins de resolução de propriedade, sob pena de malferimento, por via transversa, ao disposto no art. 191, parágrafo único, do texto constitucional, que obsta a aquisição de terras públicas via usucapião.

Não assiste razão aos demandados.

As decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos de Apelação Cível nº 96.01.45538-8/DF, Apelação/Reexame Necessário nº 00000042-06.2000.401.4100, Apelação Cível nº 0005792-42.2007.4.01.4100 e Apelação Cível nº 0002533-70.2006.4.01.4101 se referem, todas elas, a demandas judiciais relacionadas à resolução por inadimplemento contratual, e à ilegitimidade ativa do INCRA para vindicar um imóvel que, ao contrário do presente feito, estava registrado em nome da União.

[...]

Conforme explanado alhures, a celeuma instaurada nos presentes autos se refere à validade jurídica ou não de contratos de promessa de compra e venda firmados entre o INCRA e os demandados com inobservância expressa do preceito plasmado no art. 188, § 1º, do texto constitucional, hipótese absolutamente diversa, portanto, daquelas julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

No mais, reitere-se que o Supremo Tribunal Federal, tal como anteriormente mencionado, já sedimentou entendimento no sentido de que situações flagrantemente incompatíveis com a Carta da República não se convalidam com o passar do tempo (MS 28279, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00014 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 421-436).

Tese defensiva rejeitada.

Como visto, em ambas as situações, ao rejeitar as preliminares de decadência e de prescrição suscitadas pelos demandados, o juízo monocrático amparou-se no fundamento de que os contratos de promessa de compra e venda descritos nos autos teriam sido celebrados sem a observância da norma do art. 188, § 1º, da Constituição Federal, segundo a qual *“a alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional”*, medida essa não adotada, na espécie, do que resultaria a flagrante e absoluta nulidade dos referidos contratos, o quais, nessa condição, não produzem qualquer efeito jurídico nem se convalidam com o passar do tempo, eis que sequer chegaram a se aperfeiçoar, à míngua de um de seus elementos essenciais.

Tais fundamentos, conforme já consignado, sequer foram objeto de enfrentamento nas razões recursais, porquanto os recorrentes se limitaram a sustentar que o precedente jurisprudencial deste egrégio Tribunal supostamente utilizado pelo juízo monocrático e que, na espécie, a pretendida anulação contratual já estaria alcançado pelo lustro prescricional, eis que transcorridos 16 (dezesesseis) anos entre a celebração dos contratos e o ajuizamento da demanda, deixando, contudo, de enfrentar as razões lançadas na sentença recorrida, do que resulta a sua inadmissibilidade, quanto a tais temas, conforme orientação jurisprudencial de nossos tribunais, no sentido de que, “não guardando correspondência as razões do recurso de apelação com os fundamentos da sentença monocrática, como no caso [...], afigura-se inepto o recurso, não merecendo, por isso, ser conhecido.” (AC 2004.32.00.005463-0/AM, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 de 13/10/2008) e de que, não sendo impugnado um dos fundamentos do julgado, incide, na espécie, os enunciados da Súmula 238/STF, na dicção de que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” e da Súmula 182/STJ, na inteligência de que “é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

Ademais, ainda que assim não fosse, não se vislumbra, na espécie, a aventada prescrição, na medida em que, em se tratando de contratos nulos de pleno direito, como no caso, formalizado fraudulentamente contra texto expresso da Carta Pública Federal, não produzem qualquer efeito jurídico nem se convalidam com o passar do tempo, conforme orientação jurisprudencial do colendo Supremo Tribunal Federal, referida na sentença monocrática.

Não conheço, assim, da preliminar em referência, à minguada de impugnação dos fundamentos lançados na sentença recorrida.

No mérito, o juízo monocrático, examinou e resolveu a controvérsia instaurada nestes autos, com estas letras:

2.3. MÉRITO.

2.3.1. DA VALIDADE DOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA.

De acordo com a peça vestibular, LÚCIA NASCIMENTO TULHA, FERNANDO NASCIMENTO TULHA e FERNANDO NASCIMENTO TULHA FILHO ocuparam a integralidade da área relativa às fazendas RECANTO DA PAZ, TERRA BOA e BOM FUTURO, postulando a concessão de título de propriedade perante o INCRA em 30 de outubro de 1984.

Em 15 de setembro de 1987, o executor do Projeto Fundiário Guajará-Mirim – INCRA/RO indeferiu o pleito administrativo, entendendo que a regularização requerida violava o disposto no art. 6º da Lei nº 4.947/66 e 11 da Portaria MIRAD/GM nº 839, de 10 de junho de 1988, tendo em vista o tamanho da propriedade (9.000 ha) e o número ínfimo de benfeitorias realizadas à época.

Aos 13 dias do mês de março de 1989, AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, ao tomar ciência da impossibilidade de regularização dos imóveis na forma inicialmente pretendida, procedeu à divisão da FAZENDA RECANTO DA PAZ em 6 (seis) lotes, da FAZENDA TERRA BOA em 6 (seis) lotes e da FAZENDA BOM FUTURO em 11 (onze) lotes, cada um com área aproximada de 400 a 500 ha, em ato registrado na Comarca de Santos/SP.

Em seguida, surgiram 20 (vinte) novos posseiros, requerendo, em 20 (vinte) novos processos, regularização de seus respectivos lotes, ficando cada um dos 3 (três) interessados originais com um lote, sendo todos eles representados por AUGUSTO NASCIMENTO TULHA.

Em 17 de maio de 1991 foram celebrados 23 (vinte e três) Contratos de Promessa de Compra e Venda entre o INCRA e as pessoas indicadas como ocupantes dos lotes, tendo havido pagamento nos anos de 1992 e 1993 com Títulos da Dívida Agrária.

Em seguida, AUGUSTO NASCIMENTO TULHA pleiteou a expedição de ordem de serviço para medição e demarcação topográfica, com vistas a substituir os Contratos de Promessa de Compra e Venda por titulação definitiva.

Em 4 de novembro de 2002, o INCRA realizou vistoria nos imóveis, constatando a concentração da área de aproximadamente 9.000 ha na pessoa de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, concluindo que a interposição de pessoas diversas na condição de posseiros para fins de divisão da área em vários lotes teve por finalidade ocultar situação de fato contrária a legislação vigente à época que estabelecia o limite máximo de 500 ha (quinhentos) hectares para a alienação de terras públicas (art. 11 da Portaria MIRAD/GM nº 839/88).

Destarte, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária indeferiu o requerimento de expedição de ordem de serviço para medição e demarcação topográfica com vistas a substituir os Contratos de Promessa de Compra e Venda por titulação definitiva, notificando o senhor AUGUSTO NASCIMENTO TULHA e os demais interessados figurantes dos Contratos de Promessa de Compra e Venda de todas as irregularidades apuradas no processo administrativo em relação à posse dos imóveis, bem como do indeferimento do pedido formulado e respectiva ordem de desocupação das áreas ou apresentação de defesa no prazo de 15 (quinze) dias.

Em seguida, foi interposto recurso administrativo que, embora intempestivo, foi conhecido e não provido pelo Presidente do INCRA em 10 de dezembro de 2004.

A partir do exame do contexto factual, fica evidenciado que os réus ocuparam irregularmente imóvel de propriedade do INCRA, criando estratégias para tentar conferir aparência de legitimidade a comportamento flagrantemente incompatível com preceito constitucional expresso.

Em consonância com o art. 188, § 1º, da Carta da República, a alienação ou concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

Da análise dos autos, extrai-se que os processados ocuparam área pública de aproximadamente 9.000 (nove mil) hectares, pelo menos, desde 30 de outubro de 1984, data em que formalizaram requerimento administrativo perante a autarquia agrária visando à obtenção de título dominial.

Com a improcedência do pleito, os interessados realizaram divisão artificial do imóvel em lotes de 400 (quatrocentos) a 500 (quinhentos) hectares, celebrando com o INCRA 23 (vinte e três) Contratos de Promessa de Compra e Venda em 17 de maio de 1991.

Nessa toada, faz-se mister pontuar que a concentração de todos os lotes em uma única área sob mesma administração se evidencia, inicialmente, pela resposta dada pelo perito ao quesito número 3 (três) da autora, nos termos adiante reproduzidos (fl. 19 do Anexo I):

Pode o Sr. Perito discriminar a quantidade de animais encontrados na área de cada um dos ocupantes?

Resposta: A análise de forma individualizada é impossível, tendo em vista que ao todo são 5.435 animais sem distinção de lote a lote, cadastrados atualmente em apenas um único imóvel, cito a Fazenda Bom Futuro, sob um único cadastro, do Sr. Augusto Nascimento Tulha.

A tal elemento de prova, agregue-se o fato de que AUGUSTO NASCIMENTO TULHA é o único dos interessados que possui registro na Agência de defesa Sanitária Agrosilvipastoril do Estado de Rondônia - IDARON no tocante ao imóvel denominado FAZENDA BOM FUTURO, no município de Seringueiras/RO, na forma adiante especificada, conforme informações extraídas da fl. 20 do laudo constante do Anexo I:

Discriminação	Machos	Fêmeas
Animais de 0 a 8 meses	560	423
Animais de 09 a 12 meses	159	292
Animais de 13 a 24 meses	631	910
Animais de 25 a 36 meses	793	240
Animais com + de 36 meses	258	1169
Sub-total animais por sexo	2401	3034
TOTAL DE ANIMAIS	5.435	

Como se pode verificar, à época, em 10 de março de 2014, data em que realizado o laudo pericial, o expert constatou a presença de 5.435 cabeças de gado localizados na totalidade das três fazendas, todos eles registrados no nome de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA no IDARON, circunstância esta a evidenciar flagrante concentração da totalidade da propriedade em nome do mencionado interessado.

Ademais, chama a atenção o fato de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA ter sido constituído como procurador de todos os supostos interessados dos 23 (vinte e três) lotes em que artificialmente dividida a área total de 9.000 hectares.

Nessa perspectiva, insta salientar que o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ao se manifestar nos autos, apresentou valorosas ponderações no mesmo sentido do entendimento perfilhado por este juízo no tocante a existência incontestável de concentração da totalidade da área relativa às fazendas RECANTO DA PAZ, TERRA BOA e BOM FUTURO (fls. 793-802).

Particularmente, merece menção o fato de que os interessados, ao tomarem conhecimento do indeferimento administrativo de regularização fundiária na forma inicialmente pretendida, forjaram situação de fato consistente na divisão da terra em lotes de 400 a 500 hectares, em nome das seguintes pessoas doravante especificadas:

Lucia Nascimento Tulha – pedagoga especializada	Rua Alvares Machado, n 892, apt 5, Campinas/SP	20/09/84	Regularização de uma área de terra rural, denominado "Recanto da Paz", de mais ou menos 3.000ha [...] Costa Marques/RO (fl. 498)
Fernando Nascimento Tulha - comerciante	Rua Saldanha Marinho, n. 1498, São José do Rio Preto/SP	13/08/84	Regularização de uma área de terra rural denominada "Terra Boa" [...] Costa Marques/RO (fl. 501)

Fernando Nascimento Tulha Filho – engenheiro agrônomo	Rua Saldanha Marinho, n. 1498, São José do Rio Preto/SP	17/09/84	Regularização de uma terra rural denominada “Bom Futuro” [...] Costa Marques/RO [...] com mais ou menos 3.000ha (fl. 504)
Luiz Nascimento Tulha -agricultor	Av. Presidente Wilson, n. 1955, apt, 1003, Santo/SP	17/05/85	Regularização de área de terras rurais [...] Costa Marques, Estado de Rondônia (fl. 507)
Celso de Maria Glerean – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	[...] a legalização de cessão de direitos do 4º Lote com 500 ha e todas as benfeitorias nele existentes e realizadas. Este é o 4º lote do norte para sul cerca de 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Terra Boa [...] (fl. 510)
Roberto Nascimento Tulha – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	21/03/89	Regularização e administração de uma área de terra rural denominada Bom Futuro [...] Costa Marques/RO [...] Lote de 500ha mais ou menos (fl. 513).
Helvecio Siqueira – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Legalização de cessão direitos do 3º Lote com 500ha e todas as benfeitorias [...] Este é o lote n. 3 conforme mapa anexo de um área maior da Fazenda Bom Futuro (fl. 516)
Ricardo Nascimento Tulha - comerciante	Rua Regente Feijó, n. 1161, São José do Rio Preto/SP	14/02/89	Regularização da documentação referente a uma gleba de terras no lugar denominado Bom Futuro [...] área de 500ha [...] Costa Marques/RO (fl. 519)
Augusto zago - agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Legalização de cessão de direitos do 4º Lote com 500ha e todas as benfeitorias [...] Esse é o lote n. 4 conforme mapa anexo de uma área maior da Fazenda Bom Futuro (fl. 522)
Jarni Melo – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 6º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 6º lote conforme mapa anexo de uma área maior da fazenda Bom futuro (fl. 525)
Jalmar Torres – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Legalização da cessão de direitos do 5º Lote com 500ha e todas as benfeitorias [...] Esse é o lote n° 5 conforme mapa anexo de uma área maior da Fazenda Bom Futuro (fl. 528)
Abrão Moises Altman – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 7º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 7º lote conforme mapa anexo de uma área maior da fazenda Bom futuro (fl. 531)
Ari Vianna Nogueira Júnior – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Legalização da cessão de direitos do 9º Lote com 500ha e todas as benfeitorias [...] Esse é o lote n° 9 conforme mapa anexo de uma área maior da Fazenda Bom Futuro (fl. 534)

Natan Kogos – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 10º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 10º lote conforme mapa anexo de uma área maior da fazenda Bom futuro (fl. 537)
Paulo Cesar Nascimento de Oliveira – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Legalização da cessão de direitos do 11º Lote com 500ha e todas as benfeitorias [...] Esse é o lote nº 11 conforme mapa anexo de uma área maior da Fazenda Bom Futuro (fl. 540)
Evaldo Marsola – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 3º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 3º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Recanto da Paz (fl. 543)
Vitor de Souza - agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 3º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 5º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Terra Boa (fl. 546)
Romildo Joaquim Sobral – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 2º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 2º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Terra Boa (fl. 549)
Camilo Trippa – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 3º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 3º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Terra Boa (fl. 552)
Guilherme Alves Pamplona – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 1º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 1º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Recanto da Paz (fl. 555)
Baiardo Brito Pereira – agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 2º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 2º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Recanto da Paz (fl. 558)
Carlos Nicola Abbamonte - agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 5º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 5º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Recanto da Paz (fl. 561)

Armando Abbamonte - agricultor	Av. Conselheiro Nebias, n. 730, Santos/SP	31/03/89	Regularização da cessão de direitos do 4º Lote com 500ha, com todas as benfeitorias [...] Esse é o 4º lote do norte para o sul, 1/6 de toda a área antes ocupada pela Fazenda Recanto da Paz (fl. 564)
--------------------------------	---	----------	--

A partir do quadro descritivo acima trasladado é possível constatar que todos os outorgantes das procurações passadas em favor de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA possuem domicílio na cidade de Santos/SP, o que corrobora a tese da autora de que os interessados nunca residiram nos lotes provenientes da divisão da área de 9.000 hectares.

Em acréscimo, impende destacar as afirmações feitas pelo próprio interessado AUGUSTO NASCIMENTO TULHA nas razões do recurso interposto contra a decisão que, na via administrativa, indeferiu a expedição de títulos definitivos no que tange aos lotes decorrentes da divisão arditosa das três fazendas objeto da presente demanda (fls. 63-66):

“UM BREVE HISTÓRICO DA EXPLORAÇÃO DOS IMÓVEIS.

Os Recorrentes, desde 1980, por iniciativa do Dr. AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, constataram haver, onde se localizam os imóveis, hoje, terras de boa qualidade totalmente inexploradas.

Naquela época em que a política de Segurança Nacional da Escola superior de Guerra tinha como lema INTEGRAR PARA NÃO ENTREGAR, os Recorrentes, foram recebidos pelo Executor do PF Guajara-Mirim Engenheiro Agrônomo, LUIZ GONZAGA DA SILVA, que os atendeu com toda atenção e respeito.

Com base no lema INTEGRAR PARA NÃO ENTREGAR, o INCRA á época, os incentivou a trazerem capital para cá, para desenvolver a região, extremo leste do país e, assim, começou o êxodo de todo o patrimônio da família e amigos, representados pelo Dr AUGUSTO N. TULHA.

Tomando todos os cuidados, em relação a reservas florestais, reservas indígenas e outras áreas, cuja exploração pudesse ser vedada, os Recorrentes assumiram a posse dessa porção de terras.

Para se chegar á área, necessário se fazia toda uma infra-estrutura, pois ia se de Porto Velho para Costa Marques de Avião da TABA e, de Costa Marques até o local, subia-se o Rio Guaporé, até a foz do Rio São Miguel até a área, sendo que, no inverno Amazônico, chegava se em dois dias e no verão demorava-se três dias de "rabeta".

Esse trecho foi feito por sete vezes, somente para identificação da área ideal, concludo-se por delimitar as áreas que foram requeridas por, LUCIA NASCIMENTO TULHA, denominada Recanto da Paz, Bom Futuro, requerida por FERNANDO NASCIMENTO TULHA FILHO e uma terceira denominada Fazenda Terra Boa, requerida por FERNANDO NASCIMENTO TULHA.

Nesta época, não havia a BR 429 e, portanto, não havia Bom Princípio, atual Município de Seringueiras e, Alvorada D'Oeste era apenas uma corruptela de casas, sem acesso por estrada.

Logo em seguida foi criado e implementado o projeto de assentamento Bom Princípio, onde o INCRA respeitou as áreas delimitadas pelos Recorrentes.

Para supervisão e, efetiva implementação do projeto o Procurador dos Recorrentes Dr. AUGUSTO N. TULHA fazia, em média, seis viagens por ano ao local, implicando em altíssimas despesas com transporte e todo o apoio necessário para a longa jornada que representava cada viagem dessas.

E importante ressaltar que, para conciliar a exploração da Gleba com outros afazeres, necessários a obtenção de recursos necessários para exploração, as viagens eram realizadas sempre durante as festas natalinas, feriados de carnaval, semana santa, semana da pátria e principalmente nas férias pessoais do Dr. AUGUSTO. O pessoal necessário à implantação das benfeitorias no geral, foram transportados por táxi aéreo de Pimenta Bueno até o Distrito de Limoeiro donde, seguia-se de barco, pelo Rio São Miguel, até o local.

O primeiro gado colocado nas pastagens tratava-se de búfalos P. O. trazidos do Vale da Ribeira - SP até Vila Bela da Santíssima Trindade - MT, onde ficavam até 45 dias em função dos atrasos das balsas que os transportavam, descendo o Rio Guaporé até a foz do Rio São Miguel, donde subia até o local, onde estavam implantadas as benfeitorias.

Em 1984 já com o percentual de benfeitoria exigido para regularização das áreas efetivamente realizadas, os Recorrentes postularam, via do devido processo administrativo, a regularização das áreas junto ao INCRA.

Importa ressaltar que, já ha época, nada parecia lógico no âmbito desta Autarquia, pois, em um momento os processos se encontravam em Guajará-Mirim, em outro momento em Costa Marques, num terceiro momento em Pimenta Bueno e, às vezes em Porto Velho.

Parecia um teatro do absurdo ou um jogo de esconde/esconde, fatos esses que corroeram os ânimos, os recursos e a paciência dos empreendedores.

Em 1984 com a abertura da BR 429 o acesso já se tornara menos difícil pois da BR 364 pela 429 chegava-se ao Rio São Miguel e de lá se descia de barco até a fazenda - 12 horas no tempo das águas.

Já então se tornou possível o assentamento da Gleba Bom Princípio que como já antes foi referido respeitou, integralmente a topografia das três fazendas.

Com esse assentamento foi aberto a linha 14 que vai da BR na sua margem esquerda até perto do Rio São Miguel no Km 13 da linha 14 da origem a linha 32 em que no seu Km 02 está o limite da Fazenda Terra Boa.

Os postulantes desse local construíram uma estrada de 14Km, ligando esta área até o RIO Miguel em cuja a margem ficava a sede da Fazenda Bom Futuro podendo-se assim dessa época em diante atravessar todas as fazendas por terra e alcançar também por terra através da linha 32 e linha 14 a BR. Na Fazenda Terra Boa construiu-se uma serraria em que funcionou até integralmente legalizada a aprovada (vide documentos anexo), com a finalidade de assegurar a propriedade com o fruto do seu trabalho ajudar na realização de novas benfeitorias.

E assim conforme já expulsemos antes ficamos andando de Seca a Meca sem nenhuma definição do INCRA. Em decorrência da Constituição de 1988 não se podendo legalizar terras em Fórum Estaduais acima de 500Há, os postulantes foram orientadas pelo INCRA para que as três fazendas fossem em 23 Lotes conforme documentação de partilha anexa, divisão essa que além dos três primeiros postulantes foi acrescentada de outro 20, parentes ou afins da mesma família pleiteando cada uma área de até 500 Há. A fazenda Recanto da Paz foi dividida em 06 lotes de até 500Ha, sendo que o lote 06 continuou com LUCIA NASCIMENTO TULHA antiga proprietária de toda a Fazenda Recanto da Paz. A fazenda Terra Boa foi dividida em 06 lotes de até 500Ha sendo que o lote 01 permaneceu em nome de FERNANDO NASCIMENTO TULHA, antigo proprietário de toda a Fazenda Terra Boa. A fazenda Bom Futuro foi dividida em 11 lotes de até 500Ha ficando o seu antigo proprietário FERNANDO NASCIMENTO TULHA FILHO com o lote 08.

É por esse, motivo que em decorrência dessa nova divisão haja o fato de existir lotes com percentuais diferentes de benfeitorias. Há lotes com até 500 Há totalmente formado enquanto que outros têm 50% ou 20% de benfeitorias conforme a legislação em vigor na época em que foram elaborados. Os postulantes continuaram a sua peregrinação no INCRA até que em 1984 saíram os CPCV's ocasião em que para recebê-los o Dr. AUGUSTO NASCIMENTO TULHA compareceu ao INCRA (PVH) onde negaram a lhe entregar os documentos só o conseguido com a intermediação do seu advogado.

Alguns desses CPCV's, foram integralmente pagos em 1992 e os restantes em 1993 para o recebimento dos títulos definitivos os postulantes foram orientados a contratar uma firma topográfica credenciada pelo INCRA e assim desconhecendo os meandros legais, os postulantes forma lesados duas vezes pela NUPLAN.

Esses fatos culminaram com o desalento dos proprietários fazendo com que muitos deles abrissem glebas em outros estados da União e tanto esses como os demais mostraram em 1996 firme decisão de não continuarem com o empreendimento negociando com o Dr. AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, seus créditos e débitos referentes as áreas e por contrato particular de compra e venda registrados em cartório venderam suas posses ao SR. AUGUSTO NASCIMENTO TULHA motivando com que este tivesse que se aposentar no INAMPS e fechar seu consultório particular para que pudesse sozinho dirigir o empreendimento o que fez com que ele a partir do final de 1996 viesse a residir nas Glebas, na Sede da Fazenda Bom Futuro.

Devido às infrutíferas tentativas de recebimento dos títulos definitivos das terras o Dr. Augusto Nascimento Tulha tinha definitivamente desistido de voltar ao assunto com o INCRA não tendo mais condições emocionais para tanto devido já a sua idade e julgando ser do INCRA a falha na entrega desses títulos.

Em 2002 conversando com o Sr. Joel Mauro Magalhães este lhe expôs que o Dr. Augusto era a pessoa mais injustiçada no INCRA de Rondônia, ocasião em que o Dr. Augusto foi orientado a mandar fazer nova topografia por profissional credenciado pelo INCRA e, assim foi gasto pela terceira vez sendo que agora o profissional topográfico nada teve a ver com o fato.

Um outro motivo. Na Fazenda Recanto da Paz, além de cada um de seus Lotes ter 20% de benfeitoria (conforme documentos anexos) em conjunto tem PMFS (Plano de Manejo Florestal Sustentado, conforme documentos anexos) de 1500 ha e, neste ano representado pelo seu engenheiro florestal Dr. Cláudio Selivon, viu sua solicitação de novo PMFS ser negado pela Procuradoria jurídica do INCRA em Porto Velho.

Por solicitação do engenheiro florestal e de proprietários de várias serrarias da região que prescindem desse PMFS para as suas atividades e apenas na região são as Glebas do Sr" Augusto Nascimento Tulha aquelas que estão totalmente legalizadas, essas pessoas com insistência pediram que o mesmo fosse a Porto Velho; Lá indo, e tratando e sendo tratado cortesmente pela Procuradoria Jurídica, expôs os fatos acima relatados. Em decorrência disso e pela primeira vez recebeu correspondência jurídica e acusatória. Nestas circunstâncias tem que constituir advogado que embasado no histórico acima e nos documentos comprobatórios procura mostrar a outra face da História.

Embora várias vezes tendo solicitado documentos e na última vez, época do fato relacionado com a pé _ candidatura do Sr" Renato, documentação extensa foi solicitada pelo Sr" Francisco em Ji-Paraná, não sendo dado ao Dr. Augusto qualquer recibo ou prova de ter sido protocolada. Apenas uma vez através do Dr" Leri, em 1997 sua solicitação foi protocolada e como sempre nunca oficialmente respondida.

Dr. Augusto acrescenta ainda que a Reserva Florestal do conjunto de lotes numa área de 8000Ha, que devia ser protegida pela UNIÃO, o é na realidade, feita pelo mesmo, conforme ocorrências em anexo.

Este item é a narração *ipsis literis* do Dr. AUGUSTO NASCIMENTO TULHA a respeito do histórico dos fatos.

O cotejo analítico realizado entre os fatos narrados pelo interessado e os dados extraídos das escrituras públicas acostadas às fls. 33-62 do Anexo I conduz à conclusão inquestionável de que todo o procedimento de obtenção de titulação definitiva foi arquitetado e direcionado por AUGUSTO NASCIMENTO TULHA em seu próprio benefício, em flagrante ofensa a dispositivo constitucional expresso que obsta a alienação de terras públicas superiores a 2.500 (dois mil e quinhentos) hectares sem prévia aprovação do Congresso Nacional (art. 188, § 1º, da CF/88).

Tal convicção resta fortalecida a partir do exame do acervo fotográfico constante às fls. 185-200 do Anexo I, a demonstrar, de forma robusta, que não há divisão da área total de 9.000 (nove mil) hectares em diversos lotes, mas, sim, faixa contínua em que o interessado AUGUSTO NASCIMENTO TULHA ocupou de forma ilegítima para realizar enorme empreendimento empresarial em proveito próprio.

Deste modo, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA para declarar a nulidade absoluta de todos os Contratos de Compromisso de Compra e Venda referente a cada um dos 23 (vinte e três) lotes, porquanto amplamente demonstrada a existência de simulação inaceitável e absolutamente incompatível com a regra veiculada no art. 188, § 1º, da Carta da República.

Por fim, não há espaço para se argumentar que tal conclusão resultaria em vilipêndio ao princípio da segurança jurídica, eis que o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento que a situações contrárias ao texto constitucional não se convalidam com o transcurso do tempo. Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações inseridas na Constituição Federal.

Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada (MS 28279, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00014 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 421-436).

2.3.2. TESES DEFENSIVAS.

No transcorrer de toda relação jurídico-processual, os demandados, no legítimo exercício dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), desenvolveram as seguintes teses defensivas, que passo a afastar, uma a uma, por se encontrarem, todas elas, em desconformidade com o consistente arcabouço probatório aportado aos autos e os preceitos que dão conformidade à ordem jurídica brasileira, tal como já exaustivamente demonstrado no item 2.3.1 desta sentença.

Alega a defesa que a decisão do TRF1 colacionada na petição inicial não se aplica ao caso, pois não houve aquisição de bem público por via transversa, mas, sim, transferência legítima da esfera pública para a privada mediante outorga de título, não se aplicando, portanto, o princípio da imprescritibilidade.

Sem razão.

Os elementos de prova e de direito consignados no item 2.3.1 desta sentença já demonstraram, de forma incontestada, que AUGUSTO NASCIMENTO TULHA forjou situação de fato absolutamente diversa com o fito de adquirir faixa de terra pública total de 9.000 (nove mil) hectares sem aprovação do Congresso Nacional, na forma exigida pelo art. 188, § 1º, da Lei Maior, restando

clarividente que a divisão da área em lotes de 400 (quatrocentos) a 500 (quinhentos) hectares se deu de forma artificiosa e com o específico desiderato de contornar exigência constitucional expressa.

Ainda, sustenta a defesa que os Contratos de Promessa de Compra e Venda firmados entre as partes são títulos de transferência de domínio, de acordo com o disposto no art. 7º do Decreto-Lei nº 2.375/1987, com força e eficácia de escritura pública, de modo que, tendo o INCRA transferido o domínio pleno dos imóveis aos réus e, ocorrendo o pagamento do valor exigido, bem como a demarcação e exploração dos respectivos imóveis, não há mais que se falar em anulação dos Contratos de Promessa de Compra e Venda.

Sem razão.

Conforme amplamente explanado no item 2.3.1 desta sentença, os vínculos contratuais são nulos de pleno direito, porquanto firmados em contrariedade com o disposto no art. 188, § 1º, da Carta Magna Brasileira, já tendo o Supremo Tribunal Federal consolidado entendimento no sentido de que situações flagrantemente inconstitucionais não se convalidam com o passar do tempo. Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento d e serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações inseridas na Constituição Federal.

6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencherá os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada (MS 28279, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00014 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 421-436).

Argumentam os demandados que a pretensão autoral ofende os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eticidade, haja vista que os imóveis, embora titulados somente em 1991, são ocupados pelos demandados desde 1982, e tal ocupação se deu em conformidade com a legislação ambiental, inclusive quanto à obrigação de efetiva exploração, sem descuidar da proteção do bioma da região.

Sem razão.

O quadro fático-jurídico delineado no item 2.3.1 desta sentença elucidou, com clareza solar, que a pretensão autoral é procedente no que tange à declaração de nulidade absoluta dos Contratos de Compromisso de Compra e Venda firmados, tendo em vista a existência de simulação ilegítima de divisão da área total de 9.000 (nove mil) hectares em lotes de 400 (quatrocentos) a 500 (quinhentos) hectares, de modo a conferir aparência de legitimidade à aquisição de titulação definitiva de todos os três imóveis referentes às fazendas RECANTO DA PAZ, TERRA BOA e BOM FUTURO por parte de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, em flagrante ofensa ao disposto no art. 188, § 1º, da Lei das Leis.

Portanto, não há que se falar em ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eticidade, haja vista que a situação de simulação e celebração irregular dos Contratos de Compromisso de Compra e Venda se deu por atuação do próprio interessado AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, podendo-se concluir que a adoção da tese defensiva por ele suscitada consubstanciaria flagrante ofensa ao postulado venira contra factum proprium, princípio geral de direito que veda comportamentos contraditórios.

Por sua vez, a alegação da defesa de que todas as obrigações contratuais foram cumpridas, eis que os réus exploraram a área em regime de condomínio, exercendo o extrativismo madeireiro de forma consorciada com a agricultura e a pecuária, de

modo que nenhum dos imóveis pode ser considerado improdutivo, em nada socorre os demandados, eis que, conforme explanado, os contratos firmados são nulos de pleno direito por ofensa ao disposto no § 1º do art. 188 do texto constitucional.

No mesmo passo, afirma a defesa que a intenção de destinação dos imóveis pretendida pelo INCRA é ilegal, visto que a maioria da área é coberta por vegetação nativa, o que obsta a realização de qualquer assentamento de trabalhadores na localidade.

Sem razão.

Não cabe aos demandados perquirir acerca da eventual ilegitimidade ou ilegalidade da destinação que o INCRA pretende dar à área de 9.000 (nove mil) hectares. Primeiro, porque o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária representa autarquia criada pela União para promover a reforma agrária no país, cabendo, portanto, a tal entidade integrante da Administração Pública Indireta Federal avaliar, sob a perspectiva da política agrária nacional, a melhor utilização do imóvel objeto da presente demanda, sob a perspectiva socioeconômica e ambiental, na forma do art. 16 da Lei nº 4.504/64 (“Art. 16. A Reforma Agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio. Parágrafo único. O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária será o órgão competente para promover e coordenar a execução dessa reforma, observadas as normas gerais da presente Lei e do seu regulamento”). Segundo porque tal conjectura por parte da defesa não elide o fato de que os Contratos de Compromisso de Compra e Venda são nulos de pleno direito.

Sustenta a defesa que com a expedição dos Contratos de Compromisso de Compra e Venda e o pagamento dos valores correspondentes houve a transferência definitiva da propriedade dos lotes aos demandados, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.375/1987 (“Os termos, contratos e títulos, expedidos pela União, pelos Estados, Municípios, Territórios, ou entes de sua administração descentralizada, que se destinem a instrumentalizar a alienação, concessão, arrecadação ou o reconhecimento de domínio sobre terras públicas rurais, terão, para todos os efeitos, valor e eficácia de escritura pública”), combinado com o art. 19 da Lei nº 11.952/2009 (“No caso de inadimplemento de contrato firmado com o Incra até 10 de fevereiro de 2009, ou de não observância de requisito imposto em termo de concessão de uso ou de licença de ocupação, o ocupante terá prazo de 3 (três) anos, contados a partir de 11 de fevereiro de 2009, para adimplir o contrato no que foi descumprido ou renegociá-lo, sob pena de ser retomada a área ocupada, conforme regulamento”).

Por derradeiro, afirma a defesa que: a) autor não comprovou que os imóveis estão efetivamente localizados em faixa de fronteira; b) os imóveis estão registrados na Comarca de São Miguel do Guaporé/RO que abrange o Município de Seringueiras/RO, tal como se pode verificar das certidões de fls. 499, 502, 505, 508, 511, 514, 517, 520, 523, 526, 529, 532, 535, 538, 541, 544, 547, 550, 553, 556, 559, 562 e 565, e foram registrados, originalmente, na Comarca de Alvorada D’Oeste/RO, cuja comarca pertencia então ao Município de Seringueiras/RO; e c) o fato da Gleba maior, donde foram destacados os imóveis, ter sido registrada na Cidade de Guajará Mirim/RO, não significa que os imóveis estejam localizados na faixa de fronteiras, pois, à época do registro da gleba, só existiam duas comarcas em Rondônia, Porto Velho e Guajará Mirim.

Sem razão.

Conforme externado no item 3.2.1 desta sentença, pouco importa se a área total de 9.000 (nove mil) hectares objeto da presente demanda está ou não localizada em faixa de fronteira, mas, sim, que os Contratos de Compromisso de Compra e Venda são nulos de pleno direito por violação ao disposto no art. 188, § 1º, da Carta da República, hipótese dos autos, tal como explicitado de forma extenuante ao longo desta decisum.

[...]

2.3.5. DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA pleiteou a concessão de tutela antecipada para que fosse determinada a desocupação dos imóveis no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), a incidir, inclusive, no caso de retorno dos demandados à área após a entrega do imóvel.

Às fls. 448-450, o juiz federal HERCULANO MARTINS NACIF indeferiu, em sede de cognição sumária, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, entendendo, à época, pela ausência do pressuposto relativo à aparência de direito.

Nesse momento, entendo que os argumentos lançados na decisum não mais subsistem, motivo pelo qual revogo a decisão exarada às fls. 448-450 com o fim de conceder a tutela antecipada, ante a presença, na espécie, dos requisitos legalmente estabelecidos para o seu deferimento, conforme doravante demonstrado.

O advento do Novo Código de Processo Civil ensejou significativa reestruturação metodológica no que tange ao regime normativo da até então denominada tutela antecipada, hoje melhor definida como tutela provisória.

Com efeito, a legislação processual anterior regulamentava a técnica processual da antecipação dos efeitos da tutela no art. 273 do CPC/73, deferindo ao magistrado a possibilidade de antecipar, total ou parcialmente, os efeitos pretendidos com a obtenção do provimento jurisdicional final, desde que presentes os seguintes requisitos: a) requerimento da parte; b) existência de prova inequívoca a demonstrar a verossimilhança das alegações; e, alternativamente: c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou; d) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Por fim, fazia-se imprescindível que a concessão da medida emergencial não configurasse situação irreversível do ponto de vista fático ou jurídico (art. 273, § 3º, do CPC/73).

Com a superveniência da Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), inseriu-se na ordem jurídica brasileira o instituto da tutela provisória que pode ser por pedra angular a urgência ou a evidência.

No primeiro caso, o deferimento da tutela provisória emergencial demanda a presença conjunta dos seguintes elementos: a) requerimento da parte interessada (art. 299 do CPC/15); b) existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito; c) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; e d) ausência de risco de irreversibilidade dos efeitos fáticos ou jurídicos da decisão (art. 300, § 3º, do CPC/15).

Ao revés, a tutela de evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, desde que: a) haja abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; e d) a petição inicial esteja instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Firmadas tais premissas, passo ao exame do pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pela autora. E, ao fazê-lo, entendo que a pretensão veiculada na inicial no que concerne a concessão da tutela provisória é procedente, devendo ser analisada à luz das disposições encartadas na nova codificação processual civil, em consonância com a teoria do isolamento dos atos processuais consagrada no art. 14 do CPC/15 ("A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada").

Inicialmente, faz-se mister destacar que a autarquia agrária formalizou pedido de antecipação dos efeitos da tutela, posteriormente ratificado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL à fl. 802-verso. Portanto, resta adimplido o pressuposto plasmado no art. 299 do CPC/15.

Quanto ao requisito atinente à existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado pelo processante consubstanciado no brocardo *fumus boni iuris*, os fatos elementos de prova carreados aos autos, mormente no Anexo I, atestam, de forma robusta, que a ocupação da terra pública se deu de forma irregular, mediante o emprego de estratégias e simulações ardilosas com o fim de obter titulação definitiva da área de 9.000 (nove mil) hectares sem prévia autorização do Congresso Nacional, conforme exigido pelo art. 188, § 1º, da Carta da República, o que resulta, por consequência, na nulidade absoluta dos 23 (vinte e três) Contratos de Compromisso de Compra e Venda, insuscetível de convalidação pelo transcurso do tempo, por se tratar de ofensa direta ao próprio texto constitucional, tal como já externado pelo Supremo Tribunal Federal (MS 28279, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00014 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 421-436).

Ademais, pontuo que as alegações veiculadas na peça vestibular se alinham à jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a ocupação irregular de terras públicas, tal como na hipótese dos autos, não induz posse, mas, sim, mera detenção, não ensejando direito à retenção e, tampouco, direito a indenização por benfeitorias (REsp 1055403/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 22/06/2016; AgRg no REsp 824.129/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016; REsp 1194487/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010; AgRg no REsp 799.765/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 04/02/2010).

Na mesma toada, o perigo de dano ao direito vindicado e ao resultado útil do processo se fazem presentes e aumentam dia após dia, na proporção em que a marcha processual não chega ao seu fim, permitindo que a pernicioso ocupação irregular da área vindicada crie raízes cada vez mais fortes, causando prejuízos crescentes e irreversíveis não apenas ao Poder Público, mas, também, e principalmente, a centenas de beneficiários e detentores do direito fundamental à consecução da reforma agrária (arts. 5º, §§ 1º e 2º, combinados com o art. 189, todos da CF/88).

Por derradeiro, não há que se falar em irreversibilidade fática ou jurídica da medida ora deferida, eis que eventual modificação da decisão pela via recursal possibilitará aos demandados a formalização de pedido de indenização o restabelecimento da situação a quo, na longínqua hipótese da jurisprudência dos tribunais superiores sofrer revolucionária viragem copernicana.

Desta maneira, DEFIRO a tutela provisória emergencial postulada, determinando a desocupação dos demandados da faixa de terra de 9.000 (nove mil) hectares referente às fazendas RECANTO DA PAZ, TERRA BOA e BOM FUTURO, no prazo impostergável de 30 (trinta) dias, contatos da ciência inequívoca desta sentença, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo de requisição de força policial para a efetivação da presente ordem judicial.

3. DISPOSITIVO.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão veiculada na petição inicial, na forma do art. 487, I, do Novo Código de Processo Civil, para:

a) DECLARAR a nulidade absoluta de todos os 23 (vinte e três) Contratos de Compromisso de Compra e Venda registrados no Registro de Imóveis da Comarca de São Miguel do Guaporé/RO;

b) DEFERIR o pleito reivindicatório, DETERMINANDO aos demandados que desocupem a área de 9.000 (nove mil) hectares referente às fazendas RECANTO DA PAZ, TERRA BOA e BOM FUTURO no prazo impostergável de 30 (trinta) dias contados da ciência inequívoca desta sentença, sob pena de condenação ao pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo de requisição de força policial para a efetivação ou restabelecimento da ordem judicial ora exarada, na forma dos arts. 297, 536, § 1º, e 537, todos do Novo Código de Processo Civil;

c) INDEFERIR o pedido de condenação dos demandados ao pagamento de taxa de ocupação no valor de 5% (cinco por cento) sobre o valor da terra, tendo em vista a ausência de previsão legal e a vedação extraída do princípio geral de direito segundo o qual não é dado a nenhum sujeito de direito beneficiar-se da própria torpeza;

d) INDEFERIR o pedido de condenação dos processados ao pagamento de indenização por danos ambientais, ante a ausência de prova no que tange à ocorrência efetiva do evento lesivo, conforme demandado pelo art. 373, I, do Novo Código de Processo Civil;

e) INDEFERIR requerimento formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL de pagamento de indenização aos demandados por benfeitorias existentes no imóvel até 1991, eis que a ocupação da área pública se deu, desde o início, de forma indevida, não havendo que se falar em direito de retenção e de indenização, tal como sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1055403/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 22/06/2016; AgRg no AREsp 824.129/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016; REsp 1194487/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010; AgRg no REsp 799.765/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 04/02/2010).

CÓPIA DO ITEM 3 DESTA SENTENÇA VALERÁ COMO MANDADO DE IMISSÃO NA POSSE Nº 363/2016 EM FAVOR DO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA.

OFICIE-SE ao Registro de Imóveis de São Miguel do Guaporé/RO para que registre o cancelamento de toda e qualquer anotação nas matrículas dos imóveis constantes às fls. 33-62 referente aos Contratos de Promessa de Compra e Venda firmados entre AUGUSTO NASCIMENTO TULHA, quer em nome próprio ou na condição de representante dos demais demandados, com o consequente registro da CONSOLIDAÇÃO da propriedade de todos os lotes em favor do INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA no prazo de 10 (dez) dias contados da ciência inequívoca desta sentença, sob pena de condenação ao pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento, a incidir sobre a pessoa física do respectivo cartorário responsável.

Comunique-se o Departamento da Polícia Federal em Ji-Paraná, o Comando da Polícia Militar, o Secretário de Segurança Pública do Estado de Rondônia, a Polícia Ambiental e a Força Nacional para ciência desta sentença.

CÓPIA DO ITEM 3 DESTA SENTENÇA VALERÁ COMO OFÍCIO GABJUS Nº 59/2016.

Condeno os réus ao pagamento das custas e despesas processuais, nos termos do art. 82 do Novo Código de Processo Civil.

Condeno os demandados ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência calculados sobre o valor da causa (R\$ 606.191,06 – seiscentos e seis mil cento e noventa e um reais e seis centavos), na forma adiante especificada: a) incidência do percentual de 10% sobre R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), equivalente ao importe de 200 (duzentos salários mínimos); b) incidência do percentual de 8% sobre o valor de R\$ 430.191,06 (quatrocentos e trinta mil e cento e noventa e um reais e seis centavos).

Nesse contexto, a quantia total devida solidariamente pelos demandados a título de honorários advocatícios de sucumbência será de R\$ 52.015,28 (R\$ 17.600,00 + R\$ 34.415,28) – cinquenta e dois mil e quinze reais e vinte e oito centavos – devidamente atualizados pelo IPCA-E, nos termos do art. 85, caput, e §§ 3º, I e II, e 5º, todos do Novo Código de Processo Civil.

Sentença não sujeita a reexame necessário” (fls. 891vº/910vº).

Acerca do tema, além dos lúcidos fundamentos da sentença recorrida, confirmam-se, ainda, as razões lançadas pela douta Procuradoria Regional da República, *in verbis*:

[...]

O cerne da questão refere-se a existência de direito de propriedade pelos demandantes ou não e a validade ou não dos negócios jurídicos de promessa de compra e venda.

Prima face, no dia 30 de outubro de 1984, o apelante requereu administrativamente a regularização das fazendas Recanto da Paz, Terra Boa e Bom Futuro. Ao tomar conhecimento, no dia 13/03/1989, do indeferimento da regularização dos imóveis, procedeu à divisão da Fazenda Recanto da Paz em 6 (seis) lotes, da Fazenda Terra Boa em 6 (seis) lotes, e Fazenda Bom Futuro em 11 (onze) lotes, cada um com área aproximada de 400 a 500 há.

Dessa forma, surgiram 20 (vinte) novos posseiros, os quais requereram, em 20 (vinte) processos, a regularização de seus respectivos lotes.

No dia 17 de maio de 1991 foram celebrados 23 (vinte e três) contratos de promessa de compra e venda entre o INCRA e as pessoas indicadas como ocupantes dos lotes.

Ato contínuo, o apelante pleiteou a expedição de ordem de serviço para medição e demarcação topográfica, com o escopo de substituir os contratos de promessa de compra e venda por titulação definitiva.

O INCRA realizou vistoria nos imóveis, constatando a concentração da área aproximada de 9.000ha na pessoa do apelante, concluindo, assim, que a interposição de várias pessoas na condição de posseiros para fins de divisão da área em vários lotes teve o objetivo de ocultar situação de fato contrária a legislação vigente à época, a qual estabelecia limite máximo de 500 há (quinhentos hectares) para alienação de terras públicas. (art. 11 da Portaria MIRADIGM n° 839/88)

Pois bem.

Houve fraude quanto à observância dos requisitos legais para a celebração dos Contratos de Promessa de Compra e Venda, tendo em vista que 21 (vinte e um) dos 23 (vinte e três) interessados não residem nos lotes e o fato de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA ser médico e residir em Santos/SP,

Art. 1º, Portaria MIRAD/GM n° 839188. A alienação de terras públicas federais, destinadas à atividade agropecuária, nos termos do art. 6º da Lei n° 6 de abril de 1966, fica condicionada ao implemento, pelo respectivo pretendente, dos seguintes requisitos:

[...]

c) manter residência no imóvel ou em local próximo que possibilite a sua exploração;

d) ter na agropecuária a sua principal atividade.

Ora, o Sr. Augusto Nascimento Tulha é médico e reside em Santos, no Estado de São Paulo. Nessa senda, resta clara a impossibilidade de, por si só, explorar os 23 (vinte e três) lotes.

Todos os outorgantes das procurações passadas em favor de AUGUSTO NASCIMENTO TULHA possuem domicílio na cidade de Santos/SP, ou sejam os interessados nunca residiram nos lotes provenientes da divisão da área de 9.000 hectares.

É inegável que todo o procedimento de obtenção de titulação definitiva foi arquitetado e direcionado pelo apelante em seu próprio benefício, em flagrante ofensa a dispositivo constitucional expresso que obsta a alienação de terras públicas superiores a dois mil e quinhentos hectares sem prévia aprovação do Congresso Nacional.

Observa-se que desde o início o propósito do apelante era obter, para si, a propriedade de 9000 hectares com violação do art. 8º da Lei n° 6.634/1979 e do art. 188, §1º e § 2º da Constituição Federal de 1988.

Confira-se:

Art. 8º. A alienação e a concessão de terras públicas, na faixa de Fronteira, não poderão exceder de 3000 há (três mil hectares), sendo consideradas como uma só unidade as alienações e concessões feitas a pessoas jurídicas que tenham administradores, ou detentores da maioria do capital comuns.

§ 1º. O Presidente da República, ouvido o conselho de Segurança Nacional e mediante prévia autorização do senado Federal, poderá autorizar a alienação e a concessão de terras públicas acima do limite estabelecido neste artigo, desde que haja manifesto interesse para a economia regional.

§ 2º. A alienação e a concessão de terrenos urbanos reger-se-ão por legislação específica.

Art. 188, CF188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

§1º A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do congresso Nacional.

§2º Excetuam-se do disposto n parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.

Depreende-se do dispositivo acima que não há incompatibilidade da norma em comento com a Constituição Federal de 1988, não havendo que se falar em não recepção.

Importante mencionar que os trabalhadores que prestam serviços nos lotes de uma fazenda são os mesmos que prestam serviço nos das outras duas, de modo que a estrutura concentrada em alguns lotes exerce a administração sobre toda a área, senda insustentável o argumento de que há posse ou ocupação individualizada de cada lote.

As cláusulas contratuais foram inadimplidas, pois todos os lotes foram classificados, de acordo com a vistoria do INCRA, como de posse média improdutiva, ou seja, sem a devida destinação, em desarmonia com o postulado da função social da terra. Outrossim, constatou-se a preservação da reserva legal ou o cumprimento dos Termos de Compromisso para Averbação de Reserva Legal firmados com o IBAMA em apenas 5 (cinco) lotes.

O próprio apelante admitiu, expressamente, na sede da Procuradoria Regional do INCRA/RO, em reunião realizada no dia 03 de junho de 2004, ser o verdadeiro possuidor dos lotes, afirmando, ainda, que pretendia doá-los à Universidade Federal de Rondônia

No tocante às benfeitorias, sabe-se que quem possui bem de boa-fé tem direito à indenização pelas benfeitorias produzidas. No caso sub judice, nota-se que o Sr. Augusto Nascimento Tulha não é possuidor de boa-fé, vez que simulou contratos para realizar objetivo vedado pela lei. Nesse diapasão, não devem ser indenizadas as benfeitorias realizadas antes de 1991, existentes à época. Não havendo que se falar em direito de retenção e de indenização, tal como sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp 10554031RJ, Rel. Ministro SERGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 22/06/2016; AgRg no AREsp 824.129/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016; Resp 1194487/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe25/10/2010; AgRg no Resp 7»9.7651DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA julgado em 17/12/2009, DJe 04/02/2010)“.

Vedação extraída do princípio geral de direito segundo o qual não é dado a nenhum sujeito de direito beneficiar-se da própria torpeza.

Diante da falta de provas relativas aos danos ambientais, não há que se falar em pagamento de indenização por dano ao meio ambiente, conforme artigo 373, 1, do Novo Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

A ocupação ilegítima de área pública não induz posse, mas, sim, mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito de retenção por benfeitorias. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULAR. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDENIZAÇÃO. SÚMULA 71STJ.

1. O acórdão regional encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que restando configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito de retenção por benfeitorias e o almejado pleito indenizatório à luz da alegada boa-fé.

2. Rever o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que não cabe indenização pela utilização irregular de bem público, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial. Súmula 071STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 824.129/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016)

Logo, não há que se falar em direito à indenização por benfeitorias realizadas pelos demandantes, porquanto flagrante a má-fé e os danos causados ao meio ambiente.

Por fim, todos os contratos de compromisso de compra e venda referente a cada um dos 23 (vinte e três) lotes, deverão ser anulados, em razão da existência, amplamente demonstrada, de simulação incompatível com a regra prevista no artigo 188, §1º, da CRFB.

Isto posto, opina o Ministério Público pelo não provimento do recurso de apelação interposto, mantendo-se a r sentença guerreada (fls. 1062/1064vº).

Como visto, a discussão travada nestes autos perpassa pelo exame da validade, ou não, dos contratos de promessa de compra e venda celebrados entre os promovidos e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, envolvendo a aquisição de imóvel rural com área aproximada de 9.000ha.

O conjunto fático-probatório produzido nestes autos não deixa quaisquer dúvidas acerca da ocorrência de fraude na divisão da referida área, a qual, diante da impossibilidade noticiada pela referida autarquia no tocante à pretendida regularização fundiária, foi intencionalmente dividida, de forma que as limitações territoriais das respectivas parcelas se adequassem ao limite previsto na legislação de regência, para essa finalidade, restando comprovado nos autos, contudo, que, a despeito dessa divisão, a sua propriedade se concentraria numa só pessoa, por afrontar à norma do art. 188, § 1º, da Constituição Federal.

De igual forma, também não vinga a pretendida indenização pelas benfeitorias realizadas, diante da sólida orientação jurisprudencial de nossos tribunais, no sentido de que não é cabível o pagamento de indenização por acessões ou benfeitorias, nem o reconhecimento do direito de retenção, na hipótese em que o particular ocupa irregularmente área pública, pois, como o imóvel público é insuscetível de usucapião, nos termos do art. 183, § 3º, da CF, o particular jamais poderá ser considerado possuidor, senão mero detentor, sendo irrelevante falar-se em posse de boa ou má-fé (REsp 1183266/PR, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe de 18/05/2011).

Nessa mesma inteligência, confira-se, dentre outros, precedente da colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, *in verbis*:

CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA AMPARADA NA ALEGAÇÃO DE DOMÍNIO. BEM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS - UFG. OCUPAÇÃO POR PARTICULARES. COMPROVAÇÃO DO DOMÍNIO. BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. ADIAMENTO DO JULGAMENTO. REJEIÇÃO. INDEFERIMENTO DA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO VÁLIDO PARA O DESENVOLVIMENTO REGULAR DO PROCESSO.

I - Encontrando-se a parte devidamente representada nos autos por diversos patronos, como no caso da Universidade Católica de Goiás neste feito, afigura-se desarrazoado o pedido de adiamento do julgamento por ela formulado, sob o fundamento de viagem de apenas um de seus advogados aqui constituídos. Rejeição da questão de ordem suscitada pela referida recorrente.

II - Encontrando-se todos os promovidos devidamente nominados na petição inicial, afigura-se descabida a preliminar de ausência de pressuposto válido para o desenvolvimento regular do processo, mormente à míngua de qualquer prejuízo à recorrente, na espécie.

III - Caracterizada a ocupação irregular de área pública, como no caso, afigura-se incabível o pagamento de indenização, por acessões ou benfeitorias, nem o reconhecimento do direito de retenção, pois, como o imóvel público é insuscetível de usucapião, nos termos do artigo 183, § 3º, da Constituição Federal, o particular jamais poderá ser considerado possuidor, senão mero detentor, sendo irrelevante falar-se em posse de boa ou má-fé. Precedentes.

IV - Embargos infringentes providos. Acórdão reformado, em parte. Sentença confirmada.

(EIAc 0027281-53.2006.4.01.0000/GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.87 de 09/07/2015).

Com estas considerações, *conheço, em parte*, do recurso de apelação interposto, e nessa extensão, *nego-lhe provimento*, restando mantida a sentença recorrida, em todos os seus termos.

Determino que se oficie ao Sr. Tabelião do Registro de Imóveis de São Miguel do Guaporé/RO, para que proceda, no prazo de 05 (cinco) dias, ao cancelamento de toda e qualquer anotação nas matrículas dos imóveis constantes às fls. 33-62 referentes aos contratos de promessa de compra e venda firmados entre *Augusto Nascimento Tulha*, quer em nome próprio ou na condição de representante dos demais demandados, com o consequente registro de *consolidação* da propriedade de todos os lotes em favor do *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra*, a contar do recebimento deste ofício, por *e-mail*, sob pena de multa coercitiva no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento deste acórdão mandamental, a ser pago pela oficial responsável pelo cartório do referido registro imobiliário.

Oficie-se, também, ao senhor presidente do Incra, ao senhor superintendente da Polícia Federal em Ji-Paraná, ao senhor comandante da Polícia Militar e ao senhor secretário de Segurança Pública do Estado de Rondônia, bem assim ao senhor comandante da Força Nacional, para dar integral cumprimento a este acórdão mandamental, ordenando a desocupação da área de 9.000 (nove mil) hectares, referentes às Fazendas Recanto da Paz, Terra Boa e Bom Futuro, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, submetendo-se os ocupantes a multa coercitiva no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso nessa desocupação, sem prejuízo das sanções criminais cabíveis na espécie, nos termos do art. 139, inciso IV c/c o disposto no art. 536, § 3º e 537 do CPC vigente.

Expeça-se, de logo, carta de ordem ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Ji-Paraná, para acompanhar os atos de execução desse acórdão mandamental, noticiando o seu cumprimento a esta relatoria, no prazo supracitado.

Este é meu voto.

(Apelação Cível 0014133-52.2010.4.01.4100/RO, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 11/04/2018, p. 1.823)

Administrativo. Ensino superior. Programa Universidade para Todos – Prouni. Comprovação de regularidade fiscal (Lei 11.128/2005). Entidade educacional sem fins lucrativos. Instituto de natureza confessional e filantrópica. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c). Inaplicabilidade da exigência legal. Superioridade hierárquica da garantia constitucional. Cobrança indireta de tributos. Impossibilidade.

I. A Lei 11.128/2005 acrescentou à adesão da instituição de ensino superior ao Prouni a exigência de regularidade fiscal, determinando que a respectiva mantenedora comprovasse, ao fim de cada ano-calendário, a quitação de tributos e contribuições federais, sob pena de desvinculação do programa.

II. Na espécie, contudo, a aludida exigência não se aplica, uma vez que a parte-autora constitui entidade educacional sem fins lucrativos, de natureza confessional e filantrópica, nos termos do estatuto social, registrada no Conselho Nacional de Assistência Social, conforme atestado de registro expedido pelo Ministério da Educação e Cultura e Conselho Nacional de Assistência Social.

III. Ademais, a promovente se encontra acobertada pela imunidade tributária do art. 150, VI, c, da Constituição Federal, que assenta ser vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir tributos sobre patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e de assistência social, no que diz respeito às finalidades essenciais. Em sendo assim, a exigência de comprovação de regularidade fiscal, prevista na Lei 11.128/2005, afigura-se hierarquicamente inferior à mencionada garantia constitucional, de modo a não prevalecer sobre esta, mostrando-se, ainda, logicamente incompatível com a imunidade assegurada pela Constituição Federal.

IV. Ressalte-se, também, conforme entendimento jurisprudencial já consagrado no âmbito desta egrégia Corte, afigura-se abusiva e ilegal cobrança indireta de tributos, na espécie.

V. Apelação provida, para julgar procedente o pedido inicial e condenar a União Federal a abster-se de exigir a comprovação de regularidade fiscal e parafiscal, mediante a exibição específica de Certidão Negativa de Débitos (CND), perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, para fins de adesão ou de continuidade do vínculo com o Proni.

(Apelação Cível 0052550-69.2012.4.01.3400/DF, Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 20/04/2018, p. 14.847)

Sexta Turma

Administrativo, Constitucional e Processual Civil. Ação civil pública. Saúde. Obrigação de fazer. Tratamento cirúrgico. Prova documental. Preliminares: agravo retido. Ilegitimidade ativa do MPF e inadequação da via eleita e ilegitimidade passiva dos entes públicos. Descentralização do SUS. Responsabilidade solidária. Princípios da isonomia e da reserva do possível.

I. Considerando o vínculo jurídico entre o Hospital das Clínicas, e o fato de dispor de plenas condições para executar o procedimento médico, objeto do pedido, e a Universidade Federal de Uberlândia – UFU, integrantes do SUS, bem como o sistema integrado existente entre todos os entes jurídicos de direito público interno e, ainda, a responsabilidade solidária da prestação dos serviços congêneres à prestação da saúde, forçoso reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* da UFU.

II. A legitimidade ativa do órgão ministerial para defesa dos direitos individuais indisponíveis decorre de expressa disposição constitucional, a teor do art. 127 da Carta Magna, na qual se inclui a tutela de pessoa individualmente considerada. A indisponibilidade do direito à vida é suficiente para fundamentar a legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

III. Nos termos do art. 196 da Constituição da República, incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. Portanto, é possível o ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais.

IV. Proferida sentença de mérito na ação principal, opera-se a perda de objeto do agravo retido interposto de decisão que deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, posto que já não mais subsistiria tal decisão, sendo integralmente substituída pela sentença concessiva da ordem. Agravo retido interposto pela União prejudicado.

V. Hipótese em que a obrigação de fazer consiste em reconhecer o direito da paciente Maria Calistene Londe Ribeiro ao tratamento cirúrgico pleiteado na inicial e ao material necessário para sua realização (kit comunicação interatrial), por meio do Sistema Único de Saúde, com a conseqüente responsabilidade solidária dos réus, sendo que à Universidade Federal de Uberlândia coube exclusivamente a realização da cirurgia.

VI. Recursos de apelação e remessa necessária de que se conhece e a que se nega provimento.

(Apelação Cível e Reexame Necessário 0030435-38.2014.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 19/12/2017, p. 2.269)

Sétima Turma

Administrativo. Tributário. Ação civil pública. Conselho Regional de Enfermagem. Clínica de oxigenoterapia hiperbárica. Manutenção de enfermeiros no período integral de atendimento. Desnecessidade.

I. A lei de regência do exercício profissional na área de enfermagem, Lei 7.498/1986, determina que as atividades desempenhadas pelos técnicos e auxiliares de enfermagem sejam supervisionadas pelo enfermeiro, de forma global, no interior dos estabelecimentos de saúde, durante o horário integral de funcionamento.

II. Todavia, no rol de atividades exclusivas do profissional enfermeiro, nos termos dos arts. 11 ao 15 da Lei 7.498/1986, não consta a supervisão dos procedimentos de medicina hiperbárica.

III. A supervisão na modalidade de tratamento clínico com a aplicação da técnica de oxigenoterapia hiperbárica é de competência exclusiva do médico, não constituindo especialidade da área de enfermagem. Afinal, o procedimento pode ser executado por técnicos capacitados ao manuseio do equipamento e preparo do paciente, devidamente orientados por um médico, nos termos da Resolução 1.457/1995 do Conselho Federal de Medicina – CFM.

IV. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0004738-14.2015.4.01.3307/BA, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, e-DJF1 de 16/03/2018, p. 1.284)

Decisões Monocráticas

Agravo de Instrumento 0042695-08.2017.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Juína – MT, nos autos da ação ajuizada por Eliane Rodrigues de Oliveira da Silva, representada por sua mãe, Lourdes Jesus de Melo, contra a União Federal e o Estado de Mato Grosso, em que se busca a concessão de antecipação da tutela, no sentido de que seja assegurada a internação compulsória da autora bem assim ao tratamento psiquiátrico, prescritos pelo médico que a assiste, a qual é indicada para o tratamento de dependência química em álcool e drogas ilícitas (maconha e cocaína).

O juízo monocrático indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado nos aludidos autos, sob o fundamento de que *“não é lícito ao Poder Judiciário, cuja primazia de seu exercício se volta, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo limitadamente na modelagem desses atos, apenas com base no princípio programático e utilizando-se de argumentos genéricos ou eficácia normativa dos direitos fundamentais, ignorar a realidade que permeia o sistema público de saúde e escolher, ao alvedrio do Poder Competente a ordem de prioridades, sem qualquer competência para tanto”. [...] Com efeito, é praticamente impossível a reversibilidade de uma tutela antecipada nos termos propugnados, em virtude do custo financeiro a ser gerada a partir da sua efetivação, com deslocamento de equipamentos transporte e profissionais, situação na qual o legislador processual civil entende, como razão, prima facie, de indeferimento da medida. E mais. Quando se acolhe o pedido individual, acrescentam-se fatores multiplicadores que trabalham para um efeito inverso, ocasionando um ciclo vicioso e criando um sobrepeso para o atendimento da política pública vigente, sem falar de outros aspectos extraprocessuais com prejuízos inconsequentes à coletividade”*.

Em suas razões recursais, insiste a recorrente na concessão da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, em face de tutela já reconhecida como legítima, conforme entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito de nossos tribunais sobre a matéria, mormente em se cuidando de tratamento de doença psiquiátrica gravíssima, como no caso.

Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1019, I, do CPC, a autorizar a concessão integral da almejada antecipação da tutela recursal, em face do seu caráter nitidamente preventivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal.

Em que pese a suspensão dos processos que discutem o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos não incluídos em lista do Sistema Único de Saúde (SUS), determinada em razão da afetação do Recurso Especial 1.657.156-RJ, da relatoria do Min. Benedito Gonçalves, para julgamento como representativo de demanda repetitiva, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou, à unanimidade, que caberá ao juízo de origem apreciar as medidas de urgência, ao fundamento de que *“Os recursos repetitivos não foram criados para trancar o julgamento das ações, mas para uniformizar a interpretação de temas controvertidos nos tribunais de todo o país. Por isso, não deve haver a negativa da prestação jurisdicional”* (rel. Min. Benedito Gonçalves) e portanto a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que o juiz decida, em qualquer fase do processo, medidas de urgência e faça cumprir as que já foram deferidas, nos termos dos arts. 300, 314 e 982, § 2º, todos do CPC/2015,

Ademais, a pretensão deduzida nos autos de origem, no sentido de possibilitar-se ao autor da demanda o exercício do seu direito à vida e à assistência médica, encontra abrigo na garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material, na linha do entendimento jurisprudencial já firmado no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se vê dos seguintes julgados:

AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A legislação

que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF). - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República. DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário, que, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, busca reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local (fls. 171/179), consubstanciada em acórdão que reconheceu incumbir, a essa unidade federada, com fundamento no art. 196 da Constituição da República, a obrigação de fornecer, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolverem pacientes destituídos de recursos financeiros e que sejam portadores do vírus HIV. Cumpre destacar, desde logo, a incidência, na presente causa, como obstáculo insuperável ao conhecimento do recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, do enunciado inscrito na Súmula 283/STF, cujo teor revela ser inadmissível o apelo extremo, quando a decisão recorrida - como no caso - assentar-se em mais de um fundamento suficiente, apto, por si só, a conferir, a tal ato decisório, existência autônoma. Com efeito, o acórdão emanado do Tribunal local, como assinalado, também possui fundamento de caráter infraconstitucional (fls. 176), pois o julgamento nele consubstanciado encontra suporte em legislação ordinária editada pela União Federal (Lei nº 9.313/96) e pelo Estado do Rio Grande do Sul (Lei nº 9.908/93): “[...] segundo centenas de decisões das Câmaras integrantes do egrégio Primeiro Grupo Cível, às quais está afeta a matéria pertinente à saúde pública, este é um direito do cidadão e um dever do Estado (CF, arts. 6º e 196; CE, art. 241), que tem, inclusive, legislação específica - Leis-RS nºs 9.828, de 5.2.1993, e 9.908, de 16.6.1993, e o Decreto-RS nº 35.056, de 7.1.1994 - para atendimento dos doentes sem condições de prover seu tratamento e em caso de emergência ou excepcional. [...] a Lei nº 9.313, de 13.11.1996, da União, não dispensa os Estados e os Municípios de fornecerem os medicamentos necessários ao tratamento das vítimas de AIDS, pois, com a União, tornaram-se e continuam, através desse diploma legal, executores responsáveis pelo Sistema Único de Saúde - SUS -, o órgão público encarregado de distribuir gratuitamente os medicamentos (arts. 1º e 2º) - os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” Ressalte-se, por necessário, que o Estado do Rio Grande do Sul, embora podendo questionar, em sede de recurso especial, esse fundamento de índole meramente ordinária, deixou de fazê-lo, viabilizando, desse modo, em função da própria ausência de impugnação recursal específica, a subsistência autônoma do acórdão emanado do Tribunal local. Impende acentuar, ainda, que a alegação de desrespeito ao art. 167, I e VI, da Constituição Federal, não basta, só por si, para legitimar o acesso à via recursal extraordinária, pois, acaso configurada a suposta transgressão, esta importaria, quando muito, em situação caracterizadora de conflito indireto com o texto da Carta Política, insuficiente para justificar a utilização do apelo extremo (RTJ 105/704 - RTJ 127/758 - RTJ 132/455). Com efeito, basta examinar-se o acórdão ora recorrido, para confirmar-se tal asserção (fls. 177/178): “A Lei nº 8.666, de 21.6.1993, alterada pela Lei nº 8.883, de 8.6.1994, ambas da União, além de aquela permitir a dispensa de licitação para a aquisição de medicamentos para situações emergenciais e de urgência (art. 24, inc. IV), e o art. 37 (princípio da legalidade) da Carta da República não estabelecem que o Administrador seja imprevidente ou que só venha a atender os cidadãos depois dos fatos consumados e de gerada a conseqüente necessidade. Ao contrário, a ausência de previsão é evidência de que aos homens públicos falta capacidade de administrar a coisa pública e prover o bem comum. A ausência de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes.” De qualquer maneira, no entanto, mesmo que tais aspectos formais pudessem ser afastados, ainda assim revelar-se-ia inacolhível a postulação recursal deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul, especialmente em face do mandamento constitucional inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifei) Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa. A imposterabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento dos pleitos recursais ora deduzidos na presente causa. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. A legislação gaúcha - consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 -, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, dá efetividade a

preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Todas essas considerações - que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal local - levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no exame da matéria (RE 236.200-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 247.900-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 264.269-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RE 267.612-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.): "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido." (RE 242.859-RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei) "PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto

reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RE 232.335-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) “PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RE 271.286-RS (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando, ainda, os precedentes mencionados, não conheço do presente recurso extraordinário”

(RE nº 241630/RS – Rel. Ministro Celso de Melo – DJU de 03/04/2001).

“PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes”.

(RE-AgR 393175/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Segunda Turma – unânime – DJU de 02/02/2007).

Nessa mesma linha de entendimento, confirmam-se, dentre outros, o seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA, EM SEDE DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO.

[...]

II - A prescrição de medicamento, na dosagem e quantidade indicadas pelo médico responsável pelo acompanhamento da autora, é medida que se impõe, possibilitando-lhe o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material.

III - A antecipação da tutela poderá ser concedida, liminar ou incidentalmente, nos termos dos arts. 273, caput, e respectivos §§ 6º e 7º, c/c o art. 461, § 3º do CPC, e revogada ou modificada a qualquer tempo, afigurando-se legítimo o seu deferimento, inclusive, em sede de recurso de apelação.

IV - Apelação da autora provida. Sentença anulada, para o regular prosseguimento do feito. Antecipação da tutela deferida.

(AC 0050304-71.2010.4.01.3400/DF, Relator p/Acórdão Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 16/03/2012).

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DOS FUNDAMENTOS DO ATO DECISÓRIO AGRAVADO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE CARÁTER SATISFATIVO: POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DA PARCIAL PROVIMENTO.

I - “Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (AgRg no Ag 88.974/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 20.09.2007, DJ 29.10.2007 p. 208).

II - Incumbe à parte irresignada com ato decisório contra si prolatado a impugnação específica dos fundamentos nele adotados, de forma a permitir a exata compreensão da controvérsia.

III - Admite-se o deferimento de medida satisfativa quando imprescindível para evitar o perecimento de direito, requisito satisfeito nas hipóteses em que se pretende a concessão de medicamento indispensável à garantia do direito à saúde e à vida. Precedentes desta Corte.

IV - Agravo de instrumento a que se da parcial provimento.

(AG 0066839-90.2010.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 p.156 de 12/03/2012).

Registre-se, por oportuno, que, diante da sólida orientação jurisprudencial acima referida, impõe-se a concessão da tutela pretendida pela suplicante, a fim de que se lhe seja fornecido o tratamento médico que lhe fora prescrito pelo médico que o assiste, o qual, no exercício regular da sua profissão, responde pela correta indicação do mencionado tratamento, não cabendo ao juiz do feito interferir no âmbito dessa deliberação, de cunho eminentemente médico-científico da inteira responsabilidade do profissional médico que acompanha o paciente.

Ademais, em casos assim, há de se prestigiar o princípio *in dubio pro vita*.

Com estas considerações, *deiro* o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para assegurar a internação compulsória da recorrente em clínica especializada, para tratamento psiquiátrico, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

(Agravo de Instrumento 0042695-08.2017.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 27/11/2017, p. 1.825)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Terceira Turma

Penal. Processo Penal. Crime ambiental. Art. 40 c/c § 1º do art. 40-A, ambos da Lei 9.605/1998. Prescrição da pretensão punitiva. Não ocorrência. Floresta Nacional do Tapajós (Flona). Unidade de uso sustentável. Decreto 99.274/1990. Princípio da legalidade. Zona de amortecimento (entorno de 10 km da unidade de conservação). Desmatamento de 25,27 hectares sem autorização do órgão competente (Ibama). Auto de infração. Termo de embargo e interdição. Análise multitemporal de uso e ocupação do solo. Materialidade e autoria. Comprovação. Confissão. Depoimentos corroborados pelo conjunto probatório. Atipicidade. Descabimento. Dosimetria da pena mantida.

I. O *Parquet* considerou como data de nascimento o dia de expedição da identidade do réu, quando, na verdade, este nasceu em 23/01/1976, tendo quando da prolação da sentença (14/01/2014) 37 (trinta e sete) anos de idade, pelo que não é aplicável o art. 115 do CPP. Logo, não há falar em prescrição da pretensão punitiva do Estado.

II. Conforme a denúncia, recebida em 04/02/2010, o réu, em 30/03/2009, “foi autuado pelo Ibama, por destruir 25,27 hectares de floresta, objeto de especial preservação, sem autorização do órgão ambiental competente”, “no entorno da Floresta Nacional do Tapajós”, “(Comunidade São Raimundo), área sob o domínio da União Federal”.

III. A materialidade e autoria do crime ficaram demonstradas pelo auto de infração, termo de embargo e interdição, relatório e análise multitemporal de uso e ocupação do solo.

IV. O Decreto 99.274/1990 (que regulamenta as Leis 6.902/1981 e 6.938/1981, que dispõem, respectivamente, sobre a criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente) estabelece em seu art. 27: “Nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo Conama”.

V. “Consoante decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 49607/SP, ‘A divisão em dois grupos feita pela nova lei [Lei 9.985/2000] às ‘Unidades de Conservação’ não possui qualquer utilidade para fins penais, eis que prevaleceu a sua definição mais abrangente e que mais se coaduna com a ampla proteção visada pelo legislador constitucional’. Não houve, portanto, a descriminalização da conduta de causar danos ambientais a área classificada como Unidade de Conservação de Uso Sustentável, desde que esta ação delitiva já estava prevista no caput do art. 40 da Lei nº 9.605/98, cuja redação foi mantida após a reforma da Lei nº 9.985/2000.” (TRF-5, APN 00036256820134058000, rel. Des. Marcelo Navarro, Pleno, DJe de 24/11/2014).

VI. O próprio acusado “confirma haver promovido, por intermédio de auxiliares da comunidade, a limpeza da área descrita na denúncia”.

VII. Segundo o STF, “A alegação de inépcia da denúncia está preclusa quando suscitada após a sentença penal condenatória (RHC 50.548/SP, Relator(a): Min. Antonio Neder - RT J 64/344). Precedentes.” (RHC 105730, rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 08/05/2014).

VIII. O MM. juiz singular, atento à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do réu, bem como ao motivo e circunstâncias do crime, calculou corretamente a dosimetria da pena.

IX. Apelo parcialmente provido apenas para corrigir erro material quanto ao nome do réu.

(Numeração única: 0000261-79.2010.4.01.3902/PA, Apelação Criminal 2010.39.02.000130-2/PA, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), unânime, e-DJF1 de 19/12/2017, p. 1.562)

Penal. Processual Penal. Crime ambiental. Corte de árvores em área de preservação permanente. Lei 9.605/1998, art. 39. Delito de usurpação de matéria-prima da União. Lei 8.176/1991, art. 2º, caput. Materialidade delitiva demonstrada. Não há elementos probatórios aptos a apontar a autoria delitiva. Manutenção da absolvição. Recurso de apelação não provido.

I. Na espécie, resta inquestionável a materialidade delitiva. No entanto, quanto à autoria, não obstante exista procuração conferindo amplos poderes à acusada para realizar atos de administração junto à mencionada empresa, é certo que a acusação não logrou carrear aos autos elementos probatórios aptos e suficientes a apontá-la como a responsável penal pela perpetração dos delitos em análise.

II. “Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que foi cometido um ilícito penal e que seja ela autora. Para isso, deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a ideia que forma em sua mente se ajusta perfeitamente com a realidade dos fatos. Da apuração dessa verdade, trata a instrução”

III. Manutenção da r. sentença absolutória.

IV. Recurso de apelação não provido.

(Apelação Criminal 0001542-12.2014.4.01.3100/AP, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), unânime, e-DJF1 de 17/01/2018, p. 41)

Penal. Processual Penal. Crime ambiental. Furto tentado. Concurso material. Madeira. Reserva indígena. Materialidade e autoria comprovadas. Dolo. Princípio da consunção. Dosimetria da pena. Causa de aumento prevista no Estatuto do Índio (art. 59 da Lei 6.001/1973). Justiça gratuita.

I. Incide nos tipos penais descritos no art. 155, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, c/c o art. 50-A da Lei 9.605/1998, em concurso material, o agente que desmata floresta e tenta subtrair madeira de terra indígena.

II. Não há se falar em aplicação do princípio da consunção quando os delitos praticados possuem bem jurídicos distintos tutelados. O art. 50-A da Lei 9.605/1998 tutela o meio ambiente considerado patrimônio de uso comum do povo e essencial a uma qualidade de vida saudável. O art. 155 do CP (furto), por seu turno, protege o patrimônio configurado na posse ou propriedade de determinado bem.

III. A extração de madeira no interior de reserva indígena devidamente consignada na denúncia autoriza a incidência da causa de aumento prevista no art. 59 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio).

IV. A ausência de precisão no dimensionamento do dano ambiental causado, que foi valorado por estimativa, mormente pelo fato de a perícia ter sido realizada três meses após a data do fato, não justifica a majoração da pena-base.

V. Não há vedação legal à prática de deixar para o juízo da execução a especificação da pena restritiva de direito.

VI. À vista da situação de hipossuficiência do acusado, deve ser concedido o benefício da justiça gratuita, ressalvado o disposto no art. 804 do Código de Processo Penal quanto à necessidade de condenação do vencido em custas, suspensa a exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 98, § 3º, da Lei 13.105, de 16/03/2015.

VII. Apelações do Ministério Público Federal e do réu parcialmente providas.

(Apelação Criminal 2008.36.01.002723-6/MT, rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, e-DJF1 de 05/03/2018, p. 255)

Quinta Turma

Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Demarcação de terra indígena. Área denominada “Boca do Mucura”. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Fundamentação suficiente à resolução da controvérsia. Omissão estatal configurada. Inércia superior a dez anos para a deflagração do processo administrativo. Reconhecimento da natureza fundamental do direito à posse da terra pelos povos indígenas. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Inexistência. Inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível. Precedentes.

I. Trata-se de apelações interpostas pela União e pela Funai, em desfavor da sentença pela qual o MM Juízo Federal da 1ª Vara Subseção Judiciária de Tefé/AM julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na inicial, para condená-los “a ultimar o processo administrativo para a demarcação da Terra Indígena Boca do Mucura, localizada no Município de Fonte Boa/AM e ocupada por indígenas da etnia Kokama, consoante as etapas e prazos fixados no Decreto nº 1.775/96 e para que conclua no prazo máximo de 36 meses, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 por mês, a ser revertido em favor da própria comunidade organizada.”

II. Segundo a documentação presente nos autos, o pleito de reconhecimento e demarcação da referida área indígena remonta pelo menos ao ano de 2005, sendo certo, por outro lado, que depois de decorridos mais de dez anos do referido requerimento, a Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação da Funai emitiu a Nota Técnica 20, de 29 de fevereiro de 2016, informando que “até o presente momento não existe procedimento de demarcação em curso no âmbito desta Fundação para realizar estudos na área reivindicada pelo povo Kokama na área denominada Boca do Mucura e se encontra atualmente em qualificação.”

III. Ainda que o *decisum* sob censura tenha enfrentado a controvérsia enfeixada nos autos sem se debruçar com maior minudência sobre a afirmação de que a escassez de recursos impossibilitaria a Funai de dar cumprimento às suas obrigações institucionais com a presteza desejável, a questão foi abordada na sentença de forma suficiente à resolução da controvérsia. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

IV. É uníssona a compreensão de que a posse da terra constitui um direito fundamental dos povos indígenas, forte em que a relação destes com seu *habitat* transcende a concepção de uma relação eminentemente civil e patrimonialista, constituindo-se em parte integrante de seus chamados direitos imemorais, dentre os quais também se incluem as suas crenças, línguas, costumes e tradições, como expressamente definido no art. 231 da Constituição Federal.

V. É nesse cenário que o direito à posse da terra se consolida como um direito fundamental e originário, justamente porque era originária e imemorial a sua ocupação e porque ele instrumentaliza a proteção à própria identidade das comunidades indígenas. A garantia à posse da terra, portanto, não é apenas uma medida vertical de proteção do Estado dispensada a quem não se pode autodeterminar, mas, antes, o reconhecimento de um direito àqueles que ao longo do processo secular de colonização foram paulatinamente despojados de seus tradicionais locais de habitação, vendo, também com isso, ser perigosamente comprometida a sua própria identidade cultural.

VI. A Constituição Federal garante ao Poder Judiciário a atuação pronta e independente nos conflitos de interesse que substanciem a ocorrência de lesão ou de ameaça de lesão a direito, conforme estabelecido no inciso XXXV do art. 5º do Texto Constitucional, dispositivo que estabeleceu o princípio da inafastabilidade da jurisdição, como um dos muitos mecanismos para a efetivação do Estado de Direito Democrático.

VII. A atuação jurisdicional vindicada pelo Ministério Público Federal não objetiva a indevida substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário na formulação de políticas públicas e na condução dos processos de demarcação das terras indígenas, porque a concepção da política pública em questão já foi previamente definida em suas linhas gerais pela própria Constituição Federal, vindo a ser validamente regulamentada pelo Poder Executivo mediante a edição do Decreto 1.775/1996, ditame normativo que em momento algum está sendo afastado ou manietado. Assim, a atuação jurisdicional provocada tem como causa a alegada mora do Estado-Administração na adoção das medidas necessárias à concretização de uma política pública que já foi pregressamente concebida e normativamente operacionalizada. Inexistente, portanto, a alegada violação ao princípio da separação dos Poderes.

VIII. Os tribunais pátrios edificaram a compreensão acerca da inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível como justificativa para o não atendimento de direitos fundamentais, à conclusão de que, em relação a eles, o Estado não tem espaço para recusas ou esquivas, devendo se esforçar e se esmerar para que as decisões políticas

fundamentais inseridas na Norma Matriz sejam concretizadas a partir da determinação do constituinte originário para que assim viesse a ser feito.

IX. Repetindo a regra presente no art. 128 do CPC de 1973, o legislador ordinário manteve no art. 141 do atual CPC a impossibilidade de o julgador decidir o mérito da lide desbordando dos limites propostos pelas partes, confirmando, assim, o descabimento do julgamento *ultra* e *extra petita*. Assim, inexistindo no feito pedido para que a União seja compelida a transferir numerário para a sua *longa manus*, essa lacuna não pode ser colmatada por ato de ofício do magistrado, sob pena de julgamento *extra petita*.

X. A fixação antecipada da multa pelo juízo da origem não guarda harmonia com a orientação desta Corte, no sentido de ser descabida a imposição prévia desse gravame contra a Fazenda Pública, porquanto inexistente notícia ou indicativo de que o comando judicial viria a ser desrespeitado.

XI. Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

(Apelação e Reexame Necessário 0000624-56.2015.4.01.3202/AM, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 19/12/2017, p. 1.806)

Constitucional. Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Comunidades indígenas. Implementação de políticas públicas: fornecimento de água potável. Prevalência do direito à vida e à saúde. Intervenção do Poder Judiciário. Possibilidade. Imposição de multa cominatória. Cabimento.

I. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais, inclusive nos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que, embora não competindo, em princípio, ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, limitando-se a sua atuação, em casos assim, ao exame dos aspectos da legalidade e da moralidade do ato administrativo, cabendo à Administração Pública decidir sobre os critérios de conveniência e oportunidade, constatada a inércia do Poder Público, com riscos iminentes de danos irreversíveis, notadamente em se tratando de interesses difusos e coletivos, como na hipótese em comento, afigura-se legítima a intervenção jurisdicional, para suprir a referida omissão, sem que isso represente violação ao princípio da separação dos Poderes.

II. Na hipótese dos autos, a tutela jurisdicional postulada — fornecimento de água potável para aldeias indígenas — possui natureza eminentemente cautelar e garantidora de condições existenciais mínimas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde pública, como garantias fundamentais asseguradas em nossa Carta Magna, mormente por se tratar da proteção de um direito de todos e de um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição Federal). Nesse sentido, não se mostra admissível a falta de fornecimento de água potável a determinadas aldeias indígenas por parte da Administração Pública, considerando-se a essencialidade do bem pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV, e 231, *caput* e respectivo § 3º).

III. Na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.” (ARE 639337 AgR,

rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177, divulg. 14/09/2011, public. 15/09/2011, Ement. Vol-02587-01, p. 125.)

IV. De igual modo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “*é possível a imposição de multa cominatória ao devedor quando há inadimplemento de obrigação de fazer, ainda que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes: REsp. 1.011.849/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 03/08/2009; REsp. 836.913/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31/05/2007; AgRg no REsp. 1.129.903/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 24/11/2010*” (AgRg no REsp 1169742/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/10/2016, DJe de 27/10/2016)

V. Agravo de instrumento desprovido, para manter a decisão agravada, em todos os seus termos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 07/03/2018.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juiz federal da Vara Federal da Subseção Judiciária de Teófilo Otoni/MG, nos autos, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal e outros, em que se busca a concessão de antecipação da tutela, no sentido de se determinar aos promovidos que providenciem o fornecimento de água potável à comunidade indígena descrita nos autos.

O juízo monocrático deferiu o pedido de tutela de urgência formulado nos aludidos autos, com estas letras:

Cuida-se de Ação Civil Pública, com pedido de liminar, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da União Federal, da Secretaria Especial da Saúde Indígena (SESAI) e do Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo, objetivando a condenação dos requeridos na obrigação de prover o fornecimento de água potável e adequada ao consumo humano para a comunidade indígena Nokuriñ, localizada no Córrego Pezinho, Município de Campanário/MG, inicialmente por meio de caminhões-pipa ou outro meio equivalente, e, posteriormente, por meio de sistema completo de captação, tratamento, armazenamento e distribuição de água, sob pena de multa. Requer, ainda, a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, causados pela omissão que privou os índios, por anos, de acesso a esse bem fundamental à vida humana.

Inicial instruída com os Inquéritos Cíveis Públicos n. 1.22.023.000100/2012-05 e 1.22.023.000421/2013-82.

Brevemente relatado, passa-se à DECISÃO.

Trata-se de ação civil pública cuja legitimidade do MPF não se questiona, eis que diante de interesses coletivos, transindividuais de natureza indivisível atinentes à comunidade indígena, cuja defesa de direito e interesses está contida na função institucional do MPF, nos termos do artigo 129, da CF/88.

Legitimado, portanto, o Ministério Público Federal para ajuizar a presente demanda, passa-se à apreciação da legitimidade passiva.

Verifica-se que o MPF ingressou com a presente ação contra a União Federal, a Secretaria Especial da Saúde Indígena (SESAI) e o Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo (DSEI). Contudo, analisando o art. 2º, II, f, do Decreto nº. 8.065/2013, observa-se que a Secretaria Especial de Saúde Indígena e o Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo compõem o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, sendo órgãos integrantes do Ministério da Saúde. Por não terem personalidade jurídica própria, a SESAI e o DSEI não detêm legitimidade passiva para figurar no presente feito, motivo pelo qual devem ser excluídos da lide.

Por outro lado, cabe frisar que a União, pessoa jurídica, da qual o Ministério da Saúde faz parte, já integra o pólo passivo da demanda.

Dessa forma, passa-se à análise da pretensão apenas em relação à União Federal.

Pois bem. Alega o douto representante do Órgão Ministerial que a etnia Nokuriñ está localizada no Córrego Pezinho, Município de Campanário/MG e que a demarcação da área está sob litígio (ação civil pública nº 6679-63.2011.4.01.3816).

Afirma que no local em que a comunidade indígena se encontra não possui condições mínimas de sobrevivência, seja pela precariedade de recursos naturais para a sustentabilidade do grupo, seja pela falta de prestação de serviços públicos, como o fornecimento de água potável.

Aduz o Parquet que, em 12/04/2013, recomendou ao Distrito Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo que analisasse a água fornecida à comunidade Nokuriñ e que procedesse aos ajustes necessários para o fornecimento de água adequada ao consumo humano, sendo informado pela referida autarquia que a solução definitiva havia ficado para o ano de 2015 e que até que se contratasse o serviço de caminhão-pipa seriam distribuídos filtros cerâmicos para melhorar a qualidade da água.

Contudo, narra o MPF que, até a presente data, a situação permanece inalterada.

Afirma que o cacique da Aldeia, Edson Erlon Xavier dos Santos, relata diversas violações aos direitos da etnia, sobretudo a ausência de sistema adequado de abastecimento de água saneamento. Ainda segundo o cacique, foi feita análise da água utilizada pela comunidade e se constatou a existência de coliformes fecais, o que a torna imprópria para o consumo.

Sustenta o MPF, ainda, que o Poder Público tem nas mãos os recursos necessários para prover a comunidade com o necessário sistema de abastecimento de água, fato que só não se concretizou pela sua negligência.

Pois bem. A concessão da tutela antecipada apenas é cabível quando o juiz, convencendo-se da verossimilhança das alegações sustentadas na inicial, mediante prova inequívoca carreada aos autos, vislumbre elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso em tela, consta do IPC nº 1.22.023.000100/2012-05 (fls. 08/24) que o grupo indígena da etnia Nokuriñ se encontra na região do atual Município de Itambacuri/MG desde 1860. Contudo, o território onde a comunidade está instalada não é considerado “terra indígena”, tanto que foi ajuizada ação civil pública (autos nº 6679-63.2011.4.01.3816) com tal finalidade.

Consta, também, que desde o ano de 2013, em que se solicitaram providências para o fornecimento de água potável à comunidade indígena, as únicas obras realizadas consubstanciam-se na construção de duas caixas d’água para armazenamento de água das chuvas captadas pelo telhado, e em um poço tubular profundo que abastece de água pequenos reservatórios instalados em pontos elevados que, por gravidade, abastecem as casas. Contudo, conforme perícia realizada no local, a solução é precária, pois em época de seca a água fica escassa (fls. 184/185).

Há, ainda, as declarações prestadas pelo cacique da Aldeia, Edson Erlon Xavier dos Santos, que relata a constatação de coliformes fecais na água utilizada, o que a torna imprópria para o consumo humano (fls. 155/157).

Nota-se, portanto, que as poucas medidas adotadas não são suficientes para solucionar o problema de abastecimento de água na comunidade indígena, pois não solucionam a escassez de água nem melhoram a qualidade desta.

Nesse contexto, o que se constata é uma atuação leniente por partes das autoridades responsáveis por resguardar os direitos indígenas. No jogo de empurra cada um dos órgãos envolvidos transfere para o próximo a responsabilidade pela inércia da administração, sendo este fato conjugado pela conhecida burocracia pública, levando a este fato deplorável de seres humanos vivendo em situação desumana, em verdadeira afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Logo, não há dúvidas da plausibilidade do direito invocado.

Já o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação se constata no fato da comunidade estar sofrendo com a escassez de água e com a utilização de água imprópria ao consumo humano, ficando, ainda, sujeitas a diversas doenças que colocam, diariamente, em risco a saúde de toda a população da Aldeia. A perdurar a situação corre-se o risco de muito breve não haver mais sobreviventes do grupo, ou, apenas um pequeno número de doentes abandonados à própria sorte, considerando que a comunidade, atualmente, é composta por apenas 40 pessoas.

Conforme explicitado no art. 231, caput, da Constituição da República de 1988, cabe à União a missão de proteger e de fazer respeitar todos os bens indígenas; assim como a promoção da saúde de todos os brasileiros “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços [...]”, conforme o art. 196, também da Lei Maior. Nos termos do Decreto n. 3.156/99, “o Ministério da Saúde estabelecerá as políticas e diretrizes para a promoção, prevenção e recuperação da saúde do índio, cujas ações serão executadas pela FUNASA”.

No âmbito infraconstitucional o Brasil, promulgou o Decreto n. 5.051, de 19/04/2004, incorporando ao direito nacional o texto da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra em 27/06/1989 e que estabelece a política geral a ser seguida pelos signatários.

Ao referendar as disposições da OIT, o Brasil se comprometeu a concretizar políticas de assistência sócio-econômicas voltadas aos membros das comunidades indígenas de forma a abolir diferenças evidenciadas entre os membros da comunidade nacional e o indígena. No mesmo sentido aponta o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73).

Cabendo à União a promoção da saúde, não só dos indígenas, mas de todos os brasileiros, o que dizer do direito à própria vida, insculpido no art. 5º da nossa Carta Magna e no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, imagine os pais assistindo seus filhos ingerirem água contaminada, esperando inertes pelo aparecimento de doenças ou por um fim ainda mais trágico.

Nessa linha, é preciso que se tome uma providência enérgica, acabando com o jogo de empurra entre os responsáveis pela solução do problema. Não se pode ficar jogando com vidas humanas é necessário que o problema seja resolvido o mais rápido possível, sem mais embaraços.

Isto posto, concedo a liminar requerida no item “a” (fls. 54/55), para determinar à União Federal que forneça água potável e adequada ao consumo humano, em quantidade suficiente, a todas as famílias residentes na comunidade indígena Nokuriñ,

localizada no Córrego Pezinho, Município de Campanário/MG, provisoriamente, através de caminhões-pipa (pelo menos três vezes por semana), ou por outro meio equivalente, a partir de no máximo 5 (cinco) dias da data da intimação da decisão. O fornecimento deverá ser contínuo até o início do efetivo funcionamento do sistema completo, perene e estável de abastecimento de água potável na aldeia, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser revertida em favor da comunidade.

Outrossim, entendo viável a realização de audiência de conciliação na tentativa de compor as partes para uma solução mais célere da lide. Assim, determino que a Secretaria da Vara agende audiência de conciliação, devendo todas as partes serem intimadas para comparecimento.

Deixo para analisar o pedido liminar requerido no item “b” (fls. 55), bem como reanalisar o pleito do item “a”, após a Audiência de conciliação e o oferecimento da contestação.

Excluo do pólo passivo da demanda a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI e o Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo em vista de não terem personalidade jurídica própria, sendo apenas órgãos integrantes do Ministério da Saúde, conforme art. 2º, II, f, do Decreto nº. 8.065/2013”.

Em suas razões recursais, sustenta a União Federal, em resumo, que, além de caracterizar violação ao princípio da separação dos Poderes, a determinação constante da decisão agravada afigurar-se-ia materialmente impossível de ser cumprida no exíguo prazo assinalado pelo juízo monocrático, “visto que o cumprimento das determinações judiciais concernentes a construção de redes de abastecimento de água potável é um procedimento moroso”, impondo-se, na espécie, a sua prorrogação pelo prazo de 60 (sessenta) dias. Sustenta, ainda, o descabimento de multa pecuniária em face da Fazenda Pública, pugnando, ainda, alternativamente, pela redução do valor arbitrado, sob essa rubrica.

Indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial e regularmente intimado, o Ministério Público Federal deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para contrarrazões recursais, pugnando, contudo, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Ao examinar o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na peça de ingresso, manifestei-me nestes termos:

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1019, I, do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal postulada na inicial, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada, notadamente em face do seu caráter nitidamente precautivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos condições existenciais mínimas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde pública, como garantias fundamentais asseguradas em nossa Carta Magna, não se podendo olvidar que, no caso, se trata da proteção de um direito de todos e de um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal).

Assim, não se mostra admissível a falta de fornecimento de água potável a determinadas aldeias indígenas por parte da Administração Pública, considerando-se a essencialidade do bem pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e 231, caput e respectivo parágrafo 3º).

Ademais, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Nessa inteligência, confirmam-se, dentre outros, os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL A ALDEIAS INDÍGENAS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. I - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal). II - No caso em exame, não se mostra admissível a falta de fornecimento de água potável a determinadas aldeias indígenas por parte da Administração Pública, considerando-se a essencialidade do bem pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e 231, caput e respectivo parágrafo 3º). III - Ademais, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, "a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança." (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJE-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). IV - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(REO 0005921-07.2012.4.01.3701 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.697 de 03/06/2015).

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. REFORMA ESTRUTURAL E SANITÁRIA DE CASA DE SAÚDE INDÍGENA. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INTERESSE PROCESSUAL. PRELIMINARES REJEITADAS. I - Na espécie dos autos, não merece prosperar a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que inexistente óbice legal ao ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal na defesa dos direitos indígenas, além de que os fundamentos que sustentam a insurgência da apelante confundem-se com o próprio mérito recursal, com o qual serão apreciados. De igual forma, não há que se falar em ausência de interesse processual, na medida em que, no caso em exame, as providências requeridas na petição inicial somente ocorreram em decorrência do deferimento da medida liminar, sendo que apenas a sentença de mérito produz coisa julgada formal e material. II - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal). Em sendo assim, afigura-se juridicamente possível, na espécie, condenar a promovida na obrigação de fazer consistente na implementação de reforma estrutural e sanitária de Casa de Saúde do Índio, com vistas à proteção de direito constitucionalmente assegurado aos povos indígenas. III - Nesta dimensão, o Supremo Tribunal Federal, no exame da ADPF nº 45/DF, firmou sua inteligência, no sentido de que "é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu postergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), pois "a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança." (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado

em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). IV - Apelação da União Federal desprovida.

(AC 0019156-89.2012.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.895 de 19/03/2015)

De ver-se, ainda, que, em casos assim, o colendo Supremo Tribunal Federal já sedimentou o entendimento, no sentido de que, "tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal." (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010) e de que "a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que se afigura legítima a atuação do Poder Judiciário Republicano, visando suprir eventual omissão do Poder Público, na implementação de políticas públicas, mormente em se tratando do exercício de garantia constitucional, como no caso". (AC 0002508-94.2005.4.01.4100/RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.294 de 10/01/2014).

De igual modo, no tocante à imposição de multa pecuniária, a "jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser possível a imposição de multa, ainda que contra a Fazenda Pública, em se tratando de obrigação de fazer" (AgRg no REsp 951.072/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 30/03/2009), não se vislumbrando, ainda, na espécie, qualquer afronta ao princípio da razoabilidade no montante da astreintes, fixado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no cumprimento do decisum impugnado, sob pena de frustrar-se a sua finalidade - inibir eventual descumprimento do julgado (AGRAC 0009520-02.2013.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 08/09/2016).

Por fim, no que pertine à aventada exiguidade do prazo assinalado na decisão agravada, a pretensão recursal ampara-se em premissa inexistente, eis que, em nenhum momento, se determinou a construção de redes de abastecimento de água potável, no prazo de 05 (cinco) dias, mas sim que, nesse prazo, seja iniciado o fornecimento de água potável à comunidade indígena descrita nos autos, em caráter provisório, por intermédio de caminhões-pipa, de forma contínua, até o início do efetivo fornecimento pelo sistema completo.

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

Como visto, na hipótese dos autos, a matéria alusiva à concessão da antecipação da tutela de urgência restou bem examinada, e resolvida, pelo juízo monocrático, conforme os lúcidos fundamentos constantes da decisão agravada, os quais, com o acréscimo das razões expostas no *decisum* acima transcrito, revelam a improcedência da pretensão recursal deduzida pela União Federal.

Com estas considerações, na linha da fundamentação constante da decisão inicialmente proferida nestes autos, nego provimento ao presente agravo de instrumento, mantendo-se o *decisum* impugnado em todos seus termos.

Este é meu voto.

(AI 6610884.2016.40.1.0000/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 21/03/2018, p. 1.073)

Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Degradação ambiental em zona costeira. Trânsito de veículos em faixa de areia de praia. Poder de polícia municipal (Código Nacional de Trânsito, art. 24, inciso I). Litisconsórcio ativo com a União Federal. Honorários advocatícios. Cabimento.

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 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 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. 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 consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) (CF, art. 225, § 1º, IV)” (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 172, de 12/06/2012).

II. No que pertine às medidas proibitivas, em áreas praianas e de proteção às tartarugas marinhas, conforme bem destacado na sentença recorrida, o Ibama editou a Portaria 10, de 30 de janeiro de 1995, que expressamente veda o trânsito de veículos na faixa de praia compreendida entre a linha de maior baixa-mar até 50m (cinquenta metros) acima da linha de maior preamar do ano (maré sizígia), no Estado da Bahia e outras áreas ali referidas, sobrevivendo, ainda, a edição da Lei Municipal 431, de 28 de janeiro de 1999, promulgada pelo município promovido, nesse mesmo sentido.

III. Na hipótese dos autos, existindo norma expressa coibindo o trânsito de veículos automotores e similares em faixa de areia de praias localizadas na circunscrição do Município de Camaçari/BA, cabe ao ente municipal, no exercício regular do seu poder de polícia, adotar as medidas que se fizerem necessárias, com vistas na eficácia plena das aludidas normas, procedendo-se, inclusive, à autuação de eventuais infrações, por força do que dispõe o art. 24, inciso I, da Lei 9.503/1997 (Código Nacional de Trânsito).

IV. Na ação civil pública, sagrando-se vencedor o Ministério Público, autor da demanda, são indevidos honorários advocatícios, em seu favor, por força do que dispõe art. 128, inciso II, § 5º, II, alínea *a*, da Constituição Federal, de aplicação, por simetria de tratamento, das disposições do art. 18 da Lei 7.347/1985. Figurando, porém, a União Federal na relação processual, na condição de litisconsorte ativa, como no caso, é devida a fixação de verba honorária. Precedentes.

V. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 21/03/2018.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Souza Prudente*: — Cuida-se de apelação interposta contra sentença proferida pelo Juiz Federal da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, Dr. Iran Esmeraldo Leite, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Município de Camaçari/BA, em que se busca a concessão

de provimento judicial, no sentido de que o promovido seja compelido a coibir e reprimir o trânsito e a permanência de veículos em praias localizadas em seu território.

A controvérsia instaurada nestes autos restou resumida, na sentença recorrida, com estas letras:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente Ação Civil Pública em face do MUNICÍPIO DE CAMAÇARI/BA, postulando, "... que seja julgado procedente, por sentença definitiva, o pedido liminar, para que o Município de Camaçari seja condenado na obrigação de fazer consistente em coibir e reprimir o trânsito e a permanência de veículos nas praias de seu território, exercendo o poder de polícia de trânsito e promovendo a efetiva fiscalização e a adoção das medidas administrativas cabíveis, especialmente, sinalização, bloqueio do acesso a essas áreas, apoio às ações do Centro Tamar, atuação de agentes de fiscalização em número satisfatório e a aplicação das sanções previstas no Código Brasileiro de Trânsito e na Lei Municipal nº 431/1999, sob pena de multa diária a ser arbitrada por este Juízo."

Formulou pedido liminar de idêntico teor.

Alega inicialmente, que a presente Ação Civil Pública tem por fundamento as provas colhidas nos Inquéritos Cíveis nº 1.14.000.000784/2009-71 e nº 1.14.000.001118/2012-56 instaurados no âmbito da Procuradoria da República do Estado da Bahia, para apurar danos ao meio ambiente decorrentes do tráfego de veículos em faixa de praia, no Município de Camaçari/BA.

Afirma que o trânsito de veículos em área de praia constitui atividade altamente nociva ao meio ambiente, acarretando graves danos, tais como supressão de vegetação, atropelamento de animais, destruição do habitat de diversas espécies e no caso do litoral norte da Bahia, impacta em uma das mais importantes áreas de desova de tartarugas marinhas do Brasil.

Afirma que segundo consignado no Ofício nº 009/2010 do Centro Tamar, 'O Trânsito de veículos pode interferir em etapas fundamentais do ciclo de vida das tartarugas marinhas, como: Alterar o comportamento das fêmeas no momento em que sobem à praia para desovar assustando-as e colocando-as em risco de atropelamento; Provocar a compactação da areia do ninho impedindo a saída dos filhotes, a troca de gazes e umidade do ninho; Causar atropelamento dos filhotes no momento em que deixam o ninho e caminham em direção ao mar; Criar armadilhas quando os trilhos (sulcos) deixados pelos veículos na praia transformam-se em barreiras para os filhotes, que durante a caminhada até o mar caem nas mesmas ficando presos e morrendo por desidratação ou gastam energia fundamental necessária para atravessar seus desafios'.

Relata que as espécies de tartarugas marinhas existentes no Brasil se encontram ameaçadas de extinção, consoante critérios da lista brasileira e mundial de espécies ameaçadas, sendo que das cinco espécies encontradas, quatro desovam no litoral estando mais expostas, sendo as mais ameaçadas.

Prossegue alegando que o Município de Camaçari tem uma vasta zona costeira, composta por diversos loteamentos próximos à praia, dentre eles: Jauá, Interlagos, Arembepe, Barra do Jacuípe, Canto do Sol, Guarajuba, Itacimirim etc, os quais são frequentados principalmente por veranistas, aos finais de semana e durante o verão, salientando que o trânsito de veículos automotores, tais como quadriciclos, motos e bugres, tornou-se muito comum nos referidos loteamentos e que embora seu trânsito na areia da praia seja legalmente proibido, ocorre com frequência, sem que o Município réu adote qualquer providência no sentido de sua fiscalização ou no sentido de evitá-lo.

Diz que ações positivas já foram realizadas pelo Projeto Tamar e pelos próprios condomínios, mas tais campanhas, sozinhas, não se revelaram suficientes para extirpar a prática danosa, sendo necessário que a lei seja efetivamente aplicada, com infratores multados e veículos apreendidos, a fim de que a segurança e a tranquilidade dos praianos sejam garantidas e o meio ambiente seja preservado.

Afirma que inquirido acerca dos documentos que deram origem à instauração do Inquérito nº 1.14.000.001118/2012-56, o Município de Camaçari limitou-se a dizer que a fiscalização da proteção às tartarugas marinhas é atribuição do Projeto Tamar, que desenvolve não somente atividades fiscalizatórias, mas principalmente trabalho de conscientização de sua preservação perante as comunidades envolvidas, se esquivando, assim, de sua obrigação de atuar na proteção do meio ambiente e da segurança dos cidadãos, fiscalizando e impedindo a circulação de veículos automotores nas praias da região.

Assevera também que a Superintendência de Trânsito e Transporte da Prefeitura Municipal de Camaçari, por meio do Ofício nº 077/2011, nos autos do Inquérito Civil nº 1.14.000.000784/2009-71, eximiu-se de sua obrigação de fiscalizar o tráfego de veículos em área de praia, imputando tal encargo à União, sustentando que os terrenos de marinha e seus acrescidos são bens de dominialidade do referido ente federativo.

Conclui que diante da conduta omissiva do Município de Camaçari e os grandes riscos envolvendo o trânsito de veículos nas praias, tanto para os banhistas como para o meio ambiente, não lhe restou outra alternativa a não ser propor a presente demanda.

Diz que a proteção ao meio ambiente como forma de preservação de uma vida digna e com qualidade está não somente prevista na Constituição Federal de 1988, mas também na Lei nº 6.937/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio ambiente; na Lei nº 7.347/85 que disciplina também a Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos causados ao Meio ambiente; na Lei nº 7.661/88, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro; na Lei 9.636/98, que fixa normas sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União; e a Lei nº 9.503/97, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, estando ainda a situação regulamentada pela Portaria nº 10/1995 do IBAMA, bem como pela Lei Municipal nº 431/1999.

Assim, salienta que é do Poder Público Municipal o exercício da competência administrativa relacionada à execução de políticas de trânsito, com a adoção de medidas que visem garantir a preservação do meio ambiente e que o trânsito de veículos em área de praia causa prejuízos tanto ao meio ambiente, especialmente por se tratar de área de desova de tartarugas marinhas, quanto aos seus frequentadores, que além de terem o sossego abalado pelo ruído dos motores, sofrem o risco de atropelamento.

Justifica a indicação do Município de Camaçari no polo passivo da presente demanda, pois apesar de ter a responsabilidade de proteger o meio ambiente e de promover o adequado ordenamento do solo urbano, tem agido de maneira irregular ao não fiscalizar a circulação de veículos nas praias e ao não atuar em conjunto com o Centro Tamar no combate a essa prática nociva, transferindo toda a responsabilidade à União.

Juntou com a inicial os Inquéritos Cíveis nº 1.14.000.000784/2007-71 e 1.14.000.001118/2012-56.

Nos termos do despacho de fl. 32, foi determinada a notificação do representante judicial do Município de Camaçari.

Foi, outrossim, determinada a intimação da União, do IBAMA e do Centro Tamar, para manifestar eventual interesse no feito.

A União peticiona às fls. 34/36 requerendo a sua admissão no feito na qualidade de assistente litisconsorcial do MPF. O IBAMA manifesta desinteresse em ingressar no feito (fl. 49).

O Município de Camaçari apresentou manifestação prévia às fls. 55/60, postulando inicialmente a denúncia da lide à Superintendência de Trânsito e Transporte – STT de Camaçari, autarquia criada pela Lei Municipal nº 730/2006, com atribuições legais relacionadas ao trânsito na municipalidade, pelo que requereu a extinção do feito sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva. Em seguida, sustentou que as praias marinhas tratadas nesta ação, por serem terrenos de marinha, compreendem patrimônio da União, pelo que qualquer gestão efetiva sobre essas áreas somente poderia ser efetuado pelo referido ente federativo ou por algum delegado deste.

Decisão de fls. 70/76 o pedido liminar foi deferido em parte.

O Centro Tamar apresentou no feito o Ofício Centro TAMAR/ICMBio 002/2014 às fls. 87/94.

O Município de Camaçari apresentou Embargos Declaratórios da decisão liminar, os quais foram julgados na decisão de fl. 403, na qual foi concedido ao réu o prazo de 15 dias para apresentação de plano de ação para a implementação das medidas determinadas na decisão de fls. 70/76.

Citado, o Município de Camaçari apresentou contestação às fls. 106/109verso, suscitando a preliminar de ilegitimidade passiva do Município, sustentando ser a autarquia municipal a responsável pela fiscalização de trânsito na sua circunscrição. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido, ao argumento de que as praias marítimas cuja fiscalização e controle é pretendido nesta ação compreendem patrimônio da União (conhecidos como terreno de marinha), de forma que qualquer gestão sobre a referida área somente poderia ser feita pela União ou por algum delegado desta. Prossegue afirmando que não pretende se eximir da responsabilidade que a Lei de Trânsito lhe impõe tampouco desmerecer o risco que existe sobre o bem jurídico ambiental invocado, mas pretende evitar que se imponha ao Município obrigação atinente à competência da autarquia municipal, bem como evitar que se imponha a essa autarquia o cumprimento de uma obrigação que ultrapasse os limites impostos pela legislação pertinente e ainda desrespeite limites previstos para a atuação privativa da União. Diz que a autarquia municipal já vem tomando as medidas cabíveis em relação à fiscalização do litoral, por meio de agentes de trânsito, servidores de trânsito e gerente de fiscalização, intensificando essa atuação durante o verão quando a quantidade de pessoas no litoral aumenta vertiginosamente e que a costa de Camaçari possui uma infinidade de condomínios particulares, loteamentos e áreas de preservação ambiental, públicas e privadas, de acesso muito restrito, por vezes feito através de estradas vicinais bem precárias, que inviabilizam uma atuação efetiva ou absoluta sobre a extensa faixa litorânea do Município, de quase 50 quilômetros de litoral, pugnando pela observância dos exatos limites impostos pelo princípio da reserva do possível.

Réplica apresentada (fls. 123/131).

Instado a comprovar o cumprimento da medida liminar deferida nos autos, o Município apresenta os documentos de fls. 136/261, sobre os quais se manifestou o MPF, pugnando pelo cumprimento integral da medida liminar deferida nos autos, devendo o Município apresentar as fotografias da instalação de placas de sinalização e a construção de bloqueios de acesso, com a especificação dos respectivos locais onde as medidas foram implementadas.

Despacho de fl. 169, determinando ao Município a comprovação do cumprimento da medida liminar, havendo este apresentado documentos às fls. 274/312, 330/342 e 346/358.

Instado novamente a se manifestar sobre o cumprimento da medida liminar o Ministério Público Federal afirma que o réu vem cumprindo as determinações judiciais nos termos em que foi proferida.

Em especificação de provas, as partes nada requereram (fls. 361,362 e 365).

Após regular instrução do feito, o juízo monocrático julgou procedente a demanda e impôs ao Município de Camaçari/BA obrigação de fazer,

[...] para, no uso do seu poder de polícia de trânsito, promover a efetiva fiscalização das praias do seu território, de forma a coibir e reprimir o trânsito e a permanência de veículos nesses locais, aplicando as sanções previstas no Código de Trânsito Brasileiro e na Lei Municipal 431/1999, através da instalação, nessas áreas, de placas de sinalização, proibindo o trânsito de veículos automotores, disponibilizando agentes de fiscalização em número satisfatório para dar cobertura a toda a sua extensão litorânea bem como de bloqueios de acesso, suficientes para coibir o ingresso desses veículos; e promover apoio às ações do Centro Tamar, coibindo o trânsito desses veículos em áreas de desova de tartarugas marinhas, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) [...].

Houve, ainda, a condenação do município promovido no pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 3º, inciso I, e § 4, inciso III, do CPC.

Em suas razões recursais, sustenta o recorrente, em resumo, que, na espécie, a despeito da necessidade de preservação ambiental postulada pelo suplicante, a responsabilidade pela sua fiscalização, no caso, seria da União Federal e dos órgãos federais competentes, por se tratar de área inserida em seu patrimônio, conforme legislação de regência. No mais, reitera os fundamentos deduzidos em sede de contestação, pugnano, ainda, pela exclusão da condenação no pagamento de honorários advocatícios, eis que incabíveis, na espécie.

Com contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria da República pelo provimento parcial do recurso de apelação, tão somente, para reformar a sentença recorrida, no tocante aos honorários advocatícios, por incabíveis na via eleita, nos termos da legislação de regência.

Este é o relatório.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Como visto, a pretensão jurisdicional veiculada nestes autos, no sentido de que o Município de Camaçari, no Estado da Bahia, seja compelido a coibir e reprimir o trânsito e a permanência de veículos em praias localizadas em seu território.

Ao examinar a postulação em referência, o juízo monocrático pronunciou-se com estas letras:

[...]

No mérito, a proteção ao meio ambiente e a preservação da fauna e da flora é de competência comum dos entes federativos, na forma do art. 23, inciso VI e VII, da Constituição Federal, incumbindo ainda à coletividade o dever de protegê-los e preservá-los, pois nos termos do art. 225, da Carta Maior, 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, incumbindo ao Poder Público, para efetivar esse direito, proteger a fauna e a flora, coibindo as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies, dentre outras ações.

Regulamentando o art. 225, § 1º e incisos I, II III e VII da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 9.985/2000, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, para estabelecer critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação, com o objetivo, dentre outros, de proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito regional e nacional (art. 4º, inciso II).

Como órgão executor do SNUC, o IBAMA, por meio da Portaria nº 1522, de 19 de dezembro de 1989, editou lista oficial de espécies da fauna brasileira ameaçadas de extinção, dentre elas as tartarugas marinhas que elenca, as quais permaneceram enumeradas como espécies em extinção na Portaria do Ministério do Meio Ambiente nº 444 de 17/12/2014.

*Segundo informações prestadas pelo Centro Tamar/ICMBio, essas espécies de tartarugas são encontradas no litoral Norte do Estado da Bahia, "...onde são registrados cerca de 40% das desovas de tartarugas marinhas correntes na costa brasileira. A Bahia é caracterizada por ser a principal área remanescente de desovas das tartarugas Cabeçuda (*Caretta caretta*) e de Pente (*Eretmochelys imbricata*), ocorrendo também em menor número desovas das tartarugas Oliva (*Lepidochelys olivacea*) e Verde (*Chelonia mydas*), todas ameaçadas de extinção" (fl. 88).*

Ocorre que o Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Tartarugas Marinhas – Centro Tamar/ICMBio, a quem incumbe realizar pesquisas científicas e ações tendentes à conservação e recuperação das tartarugas marinhas ameaçadas de extinção, vem encontrando dificuldades de realizar o seu mister devido ao trânsito de veículos automotores nas praias, que prejudica o processo de desova de tais tartarugas marinhas, comumente ocorrido no litoral do Município de Camaçari, fato que não restou controvertido nos autos.

Restou demonstrado nos autos do Inquérito Civil Público nº 1.14.000.000784/2009-71, por meio do ofício nº 009/2010–TAMAR (fls. 113/129), que o trânsito de veículos automotores nas praias, altera o comportamento das tartarugas fêmeas no

momento em que sobem à praia para desovar, pode compactar a areia onde foram feitos os ninhos, dificultando a saída dos filhotes após a eclosão dos ovos, criam rastros (sulcos) na areia, constituindo obstáculo no caminho dos filhotes quando partem para o mar, causando, ainda, o atropelamento dos animais. Além disso, causa também destruição da vegetação, habitat de diversas espécies, a exemplo das aves costeiras.

Por um lado, embora seja estabelecida a liberdade de tráfego nas praias, nos termos da Lei nº 7.661/88, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, esta liberdade não é plena, uma vez que deve ser exercida em consonância com as limitações previstas para trechos incluídos em áreas protegidas por legislação específica, como se vê do seu art. 10, adiante transcrito:

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.

§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

§ 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detritico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema. (grifos acrescentados)

De acordo com o art. 3º, inciso VI, da Resolução nº 303/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, constitui área de preservação permanente aquela situada nas praias, em locais de reprodução da fauna silvestre, sendo, portanto, área de preservação as praias onde ocorrem a desova das tartarugas marinhas, como no caso daquelas situadas no litoral do Município réu.

Desta forma, o uso da praia, como bem comum do povo, deve necessariamente observar a legislação protecionista ambiental, devendo as autoridades competentes, no uso do poder de polícia, coibir a sua utilização de forma prejudicial ao meio ambiente, contribuindo, assim, para a preservação da natureza, bem de caráter difuso e transgeracional, para que possam ser usufruídas pelas gerações presentes e futuras.

No uso de sua competência institucional, o IBAMA, por meio da Portaria nº 10, de 30 de janeiro de 1995, estabeleceu a proibição do trânsito de veículos na faixa de praia compreendida entre a linha de maior baixa-mar até 50 m (cinquenta metros) acima da linha de maior preamar do ano (maré sizígia), no Estado da Bahia, a partir da divisa com o Estado do Espírito Santo até a foz do Rio Corumbá (município de Itamaraju), e da praia de Itapuã (município de Salvador) até a divisa com o Estado de Sergipe.

Essa proibição ocorreu considerando a necessidade de proteção e manejo das tartarugas marinhas existente no Brasil, bem como que em algumas praias primordiais para a manutenção das tartarugas marinhas estão se implantando projetos de desenvolvimento urbano, que o IBAMA desenvolve, através do Centro Nacional de Conservação e Manejo das Tartarugas Marinhas – Centro Tamar, atividades para a conservação e manejo das tartarugas marinhas naquelas áreas e ainda que o trânsito de veículos nas praias prejudica a desova das tartarugas e causa o atropelamento dos filhotes e que as alterações ambientais dessa ordem criam impactos irreversíveis sobre o êxito da nidificação, dentre outros.

Assim, nos termos da referida Portaria, não é possível transitar com veículos no litoral norte do Estado da Bahia, compreendendo, portanto, o litoral do Município de Camaçari, ficando os infratores sujeitos às penalidades e sanções previstas em legislação específica, competindo ao Centro Tamar, em conjunto com as prefeituras municipais, Polícia Militar e Marinha do Brasil identificar e bloquear os acessos às praias e fiscalizar essas áreas (art. 2º “a” e “b” e 3º).

A prefeitura Municipal de Camaçari, por sua vez, investido de suas atribuições legais, especialmente aquelas estabelecidas na Lei nº 7.661/1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, sancionou a Lei nº 431, de 28 de janeiro de 1999, cuja cópia foi juntada às fls. 45/46 do Inquérito Civil Público nº 1.14.000.000784/2009-71, estabelecendo o seguinte:

Art. 1º Fica proibido, em todo o município, o trânsito, o tráfego e/ou a permanência na faixa de areia das praias, nas margens dos rios e lagoas, de veículos automotores, motocicletas, motonetas, ciclomotores e bicicletas bem como de veículos de tração animal.

§ 1º Nos casos de situações emergenciais ou eventos especiais que reclamem a utilização da faixa de areia da praia ou da margem de rio ou lagoa, poderá ser autorizada a circulação na forma prevista no Decreto que regulamenta esta Lei.

§ 2º Excetua-se da aplicação do disposto neste artigo a circulação ou permanência nas vias componentes do sistema viário oficial do município.

Art. 2º O não cumprimento das disposições mencionadas no artigo anterior será punida com:

I – aplicação de multa;

II – apreensão de veículo;

§1º Os veículos apreendidos serão recolhidos e ficarão à disposição de seus proprietários, para retirada mediante o pagamento da multa a ser estabelecida por Decreto.

§ 2º As multas serão cumulativas, sem prejuízo das penalidades civis e criminais vigentes e da apreensão do veículo.

§ 3º Em caso de reincidência da infração, a multa estabelecida será aplicada em dobro.

§ 4º Os veículos apreendidos que não forem retirados dentro do prazo estabelecido, serão levados a leilão pela Prefeitura Municipal.

[...]

Está claro, portanto, que, embora o réu pretenda se eximir da obrigação que lhe é imputada pelo autor, está legalmente vinculado de forma direta com a tarefa de fiscalizar o uso das praias do seu litoral, tanto que estabeleceu as restrições, sendo nelas proibido trafegar com veículos automotores, bicicletas ou veículos de tração animal, cuja observância é justamente o objeto da pretensão deduzida em juízo.

A referida lei municipal revela harmonia com o conjunto normativo destinado à proteção ambiental, bem como evidencia o comprometimento e a cooperação entre as esferas de governo, no estabelecimento de políticas, planos e programas na gestão da zona costeira (art. 5º inciso XI, do Decreto 5.300/2004), de cujo cumprimento não pode o Município de Camaçari se abstrair, inclusive por força do art. 24, inciso I6, do Código Nacional de Trânsito (Lei nº 9.503/97).

Desta forma, é competente o Município de Camaçari para, no uso do seu poder de polícia, nos termos da Lei Municipal nº 431/1999 e da Portaria nº 10/95 do, adotar as medidas administrativas necessárias para coibir e reprimir o trânsito de veículos nas praias do seu território, com vistas à preservação da fauna e da flora lá presentes.

[...]

Em face das razões expostas, julgo PROCEDENTE O PEDIDO, decretando a extinção do processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC, para condenar o Município de Camaçari/BA para, no uso do seu poder de polícia de trânsito, promover a efetiva fiscalização das praias do seu território, de forma a coibir e reprimir o trânsito e a permanência de veículos nesses locais, aplicando as sanções previstas no Código de Trânsito Brasileiro e na Lei Municipal nº 431/1999 através da instalação, nessas áreas, de placas de sinalização proibindo o trânsito de veículos automotores, disponibilizando agentes de fiscalização em número satisfatório para dar cobertura a toda a sua extensão litorânea bem como de bloqueios de acesso, suficientes para coibir o ingresso desses veículos; e promover apoio às ações do Centro Tamar, coibindo o trânsito desses veículos em áreas de desova de tartarugas marinhas, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Condeno o Município réu no pagamento de honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 3º, inciso, I e § 4, inciso III, do CPC.

Custas pela ré, que deixarão de ser pagas em face à isenção prevista pelo art. 4º, I, 9.289/96.

Acerca do tema, impende consignar que, em se tratando de praias marítimas, como no caso, a sua domialidade pertence à União Federal, nos termos do art. 20, incisos VI e VII, da Constituição Federal, circunstância essa que confere competência gerencial-executiva e comum a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a implementação e medidas visando a proteção ao meio ambiente e a preservação da fauna e da flora, do que resultaria, também, na espécie, a legitimidade passiva *ad causam* do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, na condição de responsáveis pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, (CF, art. 23, incisos III, VI e VII).

Assim posta a questão, o provimento jurisdicional deferido na sentença recorrida encontra-se em perfeita harmonia com a tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha autoaplicável 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*), e que já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da prevenção* (pois uma vez que possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) e a conseqüente *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), exigindo-se, inclusive, na forma da lei, a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção de potencial desequilíbrio ambiental.

Com esta inteligência, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei 6.938, de 31/08/1981) 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).

Por isso, há de se entender que o princípio do poluidor-pagador busca, sobretudo, evitar a ocorrência de danos ambientais e, só no último caso, a sua reparação, devendo a atuação do poder público, em casos assim, orientar-se, sempre, pelo princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico, inclusive com *status* de regra de direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio/92, como determina o seu *Princípio 15*, nestas letras: “Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução, conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental.”

Há de ver-se, ainda, que, em homenagem à tutela ambiental acima referida, ações agressoras do meio ambiente, como a noticiada nos autos de origem, devem ser rechaçadas e inibidas, com vistas na preservação ambiental, em referência. Na espécie dos autos, contudo, a agressão noticiada, que já se operou, e o conseqüente dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautela necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano ambiental, sem descurar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de prevenção, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.

Não cabe invocar-se, aqui, categorias jurídicas de direito privado, para impor a tutela egoística da propriedade privada, a descurar-se de sua determinante função social e da supremacia do interesse público, na espécie, em total agressão ao meio ambiente, que há de ser preservado, a qualquer custo, de forma ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações, em dimensão difusa, na força determinante dos princípios da prevenção e da participação democrática (CF, art. 225, *caput*).

De ver-se, assim, que a Constituição da República Federativa do Brasil impõe, em primeiro plano, ao poder público (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) o dever de assegurar a efetividade desse direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afastando-se, assim, numa interpretação sistêmica, a noção privatista do princípio da dominialidade estatal que ainda literalmente restou escrito no texto constitucional como uma lembrança histórica do texto revogado, a discriminar bens da União, bens dos estados e dos municípios, quando a rigor, em se tratando de bem ambiental, há de se afastar a ideia de patrimonialidade do Estado, deixando agora prevalecer a inteligência sistêmica e finalística de um dever constitucional de proteção e não de domínio desses bens. É nesse sentido que o art. 225, § 1º, da mesma Carta Magna determina o dever impositivo ao Poder Público de assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente sadio como direito de todos e também a responsabilidade social de todos em garantir esse direito fundamental. No mesmo capítulo constitucional, capitaneado pelo art. 225 da Constituição, ressalta-se a norma do § 4º do mesmo dispositivo constitucional no sentido de que “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”. E é por isso que o § 3º, desse comando constitucional, estabelece que “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.”

Nesse contexto constitucional, é que observo a importância de se destacar o que a lei da política nacional do meio ambiente, que é anterior ao texto constitucional e que lhe serviu de inspiração, já estabelecia e ainda estabelece, ao instituir a política nacional do meio ambiente neste País, iluminada pelas conclusões da Conferência Mundial de Estocolmo, em 1972, no sentido de que compete ao Ibama executar essa política nacional do meio ambiente e atuar, ainda que supletivamente, no licenciamento de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras.

Registre-se, ainda, que, 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 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 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.*”

Na hipótese dos autos, contudo, a demanda fora proposta, unicamente, contra o Município de Camaçari/BA, certamente, em face da natureza da tutela inibitória e específica postulada, consistente na adoção de medidas de vedação e repressão ao trânsito e à permanência de veículos em praias localizadas no território da referida municipalidade.

No que pertine às medidas proibitivas, em áreas praianas e de proteção às tartarugas marinhas, conforme bem destacado na sentença recorrida, o Ibama editou a Portaria 10, de 30 de janeiro de 1995, que expressamente veda o trânsito de veículos na faixa de praia compreendida entre a linha de maior baixa-mar até 50m (cinquenta metros) acima da linha de maior preamar do ano (maré sizígia), no Estado da Bahia e outras áreas ali referidas, sobrevivendo, ainda, a edição da Lei Municipal 431, de 28 de janeiro de 1999, promulgada pelo município promovido, nesse mesmo sentido.

Como visto, as normas proibitivas já existem, restando, apenas, o seu efetivo cumprimento, que, conforme noticiado nos autos, não vem se operando nas praias localizadas no referido município, diante da noticiada circulação de veículos automotores e similares, nas respectivas orlas.

À luz do que dispõe o art. 24, inciso I, da Lei 9.503/1997 (Código Nacional de Trânsito), “*compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição [...], cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições*”.

Vê-se, assim, que, em se tratando de tutela específica, tendente a inibir e fazer cessar o trânsito de veículos automotores e similares nas aludidas áreas, como no caso, afigura-se manifesta a competência e a responsabilidade do município promovido, conforme assim reconhecido na sentença monocrática.

Acerca do tema, confira-se, dentre outros, o seguinte julgado:

APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. DANO AMBIENTAL E DANO MORAL COLETIVO. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULOS EM FAIXA DE AREIA DE PRAIA. RESPONSABILIDADE DO POLUIDOR/PAGADOR. SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE TRANSPORTE URBANO COLETIVO. ART. 225, CF/88. PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO. TRÂNSITO DE VEÍCULOS E ESTACIONAMENTO. IMPROVIMENTO.

1. A questão em debate diz respeito à possível existência de relação jurídica de direito material entre as partes que imponha à primeira Apelante - sociedade empresária no segmento do transporte urbano coletivo - as obrigações de promover a reparação e compensação dos danos ambientais e dano moral coletivo verificados em área localizada na areia da Praia do Charitas, no Município de Niterói, e que determine ao segundo Apelante - Município de Niterói - medidas tendentes à efetivação do exercício do poder de polícia em matéria de fiscalização e controle de manobras e estacionamento de veículos na localidade.

2. Nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal, entre as funções institucionais do MP está a promoção do inquérito civil e da ação civil pública voltadas à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No caso em questão, toda a demanda se baseia nos fatos relativos à realização de manobras e estacionamentos de veículos de transporte urbano coletivo (ônibus de frota de sociedade empresária) em faixa de areia de trecho da Praia de Charitas, no Município de Niterói.

3. O Município de Niterói foi incluído como réu no pólo passivo devido à verificação de que não havia qualquer fiscalização municipal a respeito das manobras e dos estacionamentos de coletivos da Viação 1001 na faixa de areia da Praia de Charitas. Ora,

tal responsabilidade é exclusivamente do Município de Niterói, não havendo que se transferir ou imputar responsabilidade para a União Federal.

4. A utilização espúria e indevida das areias de praia configura poluição ambiental passível de correção na via jurisdicional, sendo que o art. 10, da Lei n. 7.661/88 proíbe qualquer tipo de urbanização ou de utilização das praias que dificulte o pleno acesso a elas e ao mar. A perícia comprovou os danos ambientais causados na região, sendo que por ocasião da realização do trabalho técnico ainda foram encontrados veículos de passeio estacionados na região, a demonstrar que o Município de Niterói continuava omisso a respeito das medidas que deveria ter adotado para evitar a continuação dos danos ambientais.

5. A responsabilidade do Município no caso em tela decorre da sua omissão qualificada quanto ao exercício de atribuição constitucionalmente estabelecida referente à fiscalização do trânsito e dos veículos estacionados em locais situados no território municipal. As praias abertas à circulação pública são vias terrestres que, desse modo, devem ser fiscalizadas pela Municipalidade que, como visto, continua não exercendo seu mister.

6. Acerca do dano moral ambiental, revela-se sua ocorrência até mesmo em razão da importância que a questão passou a ter na comunidade niteroiense, com divulgação de reportagens sobre o caso em, ao menos, três ocasiões distintas no jornal "Fluminense". Toda coletividade foi atingida pela lesão às normas de proteção ambiental causada pela Apelante Viação 1001, infringindo o postulado da solidariedade que, como se sabe, integra a estrutura do princípio da dignidade da pessoa humana.

7. A multa cominatória somente será exigível quando for constatado que nada foi feito por parte do Município de Niterói e, assim, os veículos continuarem fazendo manobras e sendo estacionados no local sem qualquer controle e fiscalização da Municipalidade. Houve estipulação de valor módico diante da extensão e da gravidade dos danos ambientais que foram causados na localidade. 8. Nos termos do art. 10, da Lei n° 7.661/88, as praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado livre acesso ao mar, não sendo permitida qualquer forma de utilização do solo que impeça ou dificulte o acesso a qualquer cidadão. Ademais, trata-se de terreno de marinha e, por isso, houve correta atuação do Ministério Público Federal no sentido de instaurar inquérito civil público para apurar as notícias divulgadas na imprensa que foram confirmadas e que, assim, corroboraram a ocorrência de danos ambientais e de danos morais coletivos, incumbindo ao Município de Niterói também realizar determinadas tarefas em prol da proteção ambiental.

9. Apelações conhecidas e improvidas.

(APELREEX 00008278720104025102, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, TRF2.)

Quanto à imposição do pagamento ver honorária, a orientação jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se no sentido de que o Ministério Público, como autor da ação, não faz jus ao pagamento de honorários advocatícios, por força do que dispõe art. 128, inciso II, § 5º, II, alínea a, da Constituição Federal, da aplicação, por simetria de tratamento, das disposições do art. 18 da Lei 7.347/1985, conforme se vê, dentre muitos outros, dos seguintes julgados:

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 a 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 493823/DF, Relator Min. ELIANA CALMON, 2ª Turma, DJ 15/03/2004, PG. 237).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES LOTÉRICAS. EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS PROGRAMADOS. JOGOS DE AZAR. AUTORIZAÇÃO NOS TERMOS DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO VENCEDOR DA DEMANDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS . DESCABIMENTO . INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 13, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.347/85.

[...]

II - Na ação civil pública , sagrando-se vencedor o Ministério Público, autor da demanda, são devidos honorários advocatícios , em face do que dispõe o art. 128, § 5º, inciso II, alínea a, da Constituição Federal e da aplicação, por simetria de tratamento, das disposições do art. 18 da Lei nº 7.347/85, não se podendo fazer incidir, na espécie, o disposto no parágrafo único do art. 13 da referida Lei. Precedente do STJ.

III - Sentença reformada, em parte.

(AC 0006087-21.2003.4.01.4100 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.279 de 18/02/2008)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . PRESTAÇÃO DEFICIENTE DO SERVIÇO POSTAL. BAIRRO RECANTO DOS SONHOS. MUNICÍPIO DE GOVERNADOR VALADARES/MG. FORMAS DE DISTRIBUIÇÃO POSTAL REGULADA PELO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. PORTARIA 311/1998. DIREITO À ENTREGA DOMICILIAR RECONHECIDO. CONDENAÇÃO DA PARTE VENCIDA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MPF: DESCABIMENTO.

[...]

4. Não é cabível, porém, a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de ação civil pública. Precedentes do STJ.

5. Apelação da ECT parcialmente provida apenas para afastar a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios. (AC 0006074-68.2007.4.01.3813 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.409 de 07/10/2011).

Entretanto, inobstante a pacífica orientação jurisprudencial quanto ao não cabimento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, no caso em exame, a União Federal também figura no polo ativo da demanda, na condição de litisconsorte, sendo-lhes devidos, portanto, os aludidos honorários, em homenagem ao princípio da causalidade.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. DANO AO PATRIMÔNIO. VALOR DA CONDENAÇÃO. DESTINAÇÃO OBRIGATÓRIA. ARTIGO 13 DA LEI 7.347/85. MINISTÉRIO PÚBLICO. VENCEDOR DA DEMANDA. LITISCONSÓRCIO ATIVO COM A UNIÃO FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

I – A pretensão recursal veiculada pela União Federal no sentido de que o valor da condenação arbitrado na espécie dos autos deve ser destinado a pessoa jurídica de direito público lesada, no caso, a própria União, não merece guarida, tendo em vista que a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, em seu artigo 13, disciplina expressamente que eventual condenação em dinheiro deve ser revertida a um fundo gerido por um conselho federal ou conselhos estaduais.

II – Ademais, na ação civil pública, sagrando-se vencedor o Ministério Público, autor da demanda, são indevidos honorários advocatícios, em seu favor, por força do que dispõe art. 128, inciso II, § 5º, II, alínea a, da Constituição Federal, de aplicação, por simetria de tratamento, das disposições do art. 18 da Lei nº 7.347/85. Precedentes.

III – No caso concreto, contudo, figurando a União Federal como litisconsorte ativa, afixa-se correta a fixação da verba honorária, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em desfavor da promovida, em face do princípio da causalidade.

IV – Apelação parcialmente provida. Sentença parcialmente reformada.

(AC 0000617-19.2010.4.01.3306/ BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 11/11/2015)

Com estas considerações, nego provimento à apelação interposta, para manter a sentença recorrida, em todos os seus termos, devendo destinar-se a verba honorária em favor da União Federal.

Este é meu voto.

(Apelação Cível 0046982-47.2013.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 03/04/2018, p. 364)

Constitucional. Ambiental. Ação civil pública. Área de preservação permanente. Dano ambiental. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Prescrição. Independência das instâncias civil e penal. Recuperação da área danificada. Indenização.

I. Conforme a jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, é inequívoca a legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública que tem como objeto a tutela do meio ambiente (arts. 127 e 129 da Constituição Federal/1988).

II. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 183, § 3º, veda expressamente a aquisição de imóveis públicos por usucapião, motivo pelo qual não merece prosperar a alegação de ocorrência da prescrição da ação, tendo em vista a ocupação questionada ter-se dado de forma mansa e pacífica, “sob a inércia dos órgãos de fiscalização”.

III. Os danos ambientais observados e decorrentes da edificação irregular erigida pelo réu na Floresta Nacional de Brasília incluem: i) compactação do solo, com aumento do escoamento superficial e diminuição da infiltração

de águas pluviais, ii) exposição do solo aos agentes erosivos, iii) redução da capacidade de regeneração natural do cerrado, pela redução de propágulos vegetais e degradação de *habitat*.

IV. Comprovados, nos autos, o dano ambiental provocado pela conduta do requerido, bem assim o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano, ensejando a responsabilidade objetiva apta à reparação imediata do dano ao patrimônio ambiental.

V. Excluídas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou da comprovação de que não foi o réu o autor do fato, prevalece a independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal (art. 935 do CC), não interferindo, na esfera civil, a absolvição penal.

VI. Mostra-se razoável da indenização de R\$ 10.680,00 (dez mil, seiscentos e oitenta reais) para reparação dos danos causados pelo réu.

VII. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

(Numeração única: 0014879-90.2004.4.01.3400. Apelação Cível 2004.34.00.014912-1/DF, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 16/02/2018, p. 410)

Processual Civil. Ação civil pública. Área de preservação permanente. Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Prescrição. Não ocorrência.

I. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que, “em se de tratando de dano ambiental [...], tais infrações são de caráter continuado, do que resulta a imprescritibilidade das demandas em que se busca a cessação de tais danos, como no caso” (AC 0000581-03.2008.4.01.3902/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 06/07/2016). Ademais, o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal, pois o dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre as poucas acobertadas pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental (Resp. 1120117, rel. Min. Eliane Calmon. Segunda Turma/STJ. Julgado em 10/11/2009). Rejeição da prejudicial de prescrição, na espécie dos autos.

II. “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 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 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. 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 consequente 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)" (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p.172, de 12/06/2012).

III. Na inteligência jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, o princípio da proibição do retrocesso ecológico, em defesa do meio ambiente equilibrado autoriza o entendimento de que "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)." (AgRg no AREsp 327.687/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe de 26/08/2013).

IV. Na hipótese dos autos, as edificações descritas nos autos foram erguidas, sem o prévio, regular e competente licenciamento ambiental e a rigorosa observância dos marcos regulatórios da legislação ambiental, aplicável na espécie, no interior de área de preservação permanente, localizada na Reserva Particular do Patrimônio Nacional – RPPN (Parque Ecológico João Basso), assim definida na legislação e atos normativos de regência, a caracterizar a ocorrência de dano ambiental, impondo-se, assim, além da sua demolição, a adoção de medidas restauradoras da área degradada, bem assim, a inibição da prática de ações antrópicas outras, desprovidas de regular autorização do órgão ambiental competente, apurando-se o *quantum* indenizatório do dano material ao meio ambiente agredido através de competente prova pericial, na fase de liquidação do julgado, por arbitramento.

V. Desprovidimento dos recursos de apelação. Sentença mantida.

(Apelação Cível 2006.36.02.002250-4/MT, rel. Juíza Federal Célia Regina Ody Bernardes (convocada), unânime, e-DJF1 de 20/02/2018, p. 837)

Constitucional, Ambiental e Administrativo. Mandado de segurança. Apreensão de veículo. Infração ambiental. Possibilidade. Superação de entendimento anterior (overruling). Interpretação das normas de Direito Ambiental. Máxima eficácia. Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Apreensão de veículo como medida acautelatória. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Segurança denegada.

I. O Poder Judiciário não pode se desconectar das transformações da realidade fático-social, tampouco desconsiderar os desdobramentos de suas decisões que, inicialmente não previstos, vieram a ser evidenciados em momento subsequente. A chamada força normativa da realidade também deve ser elemento presente na interpretação das normas jurídicas, daí porque o engessamento jurisprudencial pode significar, em dadas circunstâncias, a própria negativa dos fatos sociais.

II. Superação do entendimento da Corte em relação à regra da impossibilidade de apreensão de veículos utilizados no cometimento de infrações ambientais, excepcionando-se as hipóteses de reiteração infracional.

III. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado possui o *status* de decisão fundamental do Estado brasileiro, já que, na dicção do art. 225 da Constituição Federal, ele é essencial à qualidade de vida e, por essa razão, intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundantes da República.

IV. O reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental e indisponível impõe a obrigação do Estado — e da coletividade — de garanti-lo, não se admitindo, também por isso, a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais regentes da matéria com um sentido e alcance que se mostrem aptos ao seu enfraquecimento ou supressão.

V. As disposições presentes na Lei 9.605/1998 e em seus atos regulamentares devem ser interpretadas de modo a se assegurar máxima eficácia às medidas administrativas voltadas à prevenção e à recuperação ambiental, sem que isso implique, necessariamente, em uma autorização expressa à vulneração de outros direitos constitucionalmente assegurados.

VI. O art. 101 do Decreto 6.514/2008 permite ao agente atuante, no uso do seu poder de polícia e dentro de sua discricionariedade, a determinação da apreensão dos bens utilizados no cometimento do ilícito, como medida administrativa necessária e suficiente à prevenção de novas infrações, à recuperação ambiental e à garantia do resultado útil do processo administrativo.

VII. O art. 105 do Decreto 6.514/2008 estabelece como regra a guarda dos bens apreendidos pelo órgão ou entidade responsável pela fiscalização, sendo possibilitada apenas excepcionalmente a nomeação de fiel depositário e, de forma ainda mais excepcional, a nomeação do próprio atuado para esse múnus, desde que a posse dos bens não traga risco de utilização em novas infrações (art. 106, II).

VIII. Particularizando para processo administrativo relativo a infrações ambientais a determinação presente no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o art. 95 do Decreto 6.514/2008 estabelece a observância do contraditório e da ampla defesa, bem como dos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, adotando também como critério informador a vedação a restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (art. 95 do Decreto 6.514/2008 c/c art. 2, VI, da Lei 9.784/1999).

IX. O ato administrativo que estabelece a apreensão de veículo utilizado no cometimento de infração ambiental é revestido de relativa presunção de legitimidade, cabendo a quem alega a sua ilegitimidade o ônus da prova.

X. Reforma da sentença que concedeu a segurança para afastar a apreensão questionada.

XI. Apelação e remessa providas.

(Numeração única: 0000397-13.2009.4.01.3902, Apelação Cível 2009.39.02.000398-1/PA, rel. Des. Federal Daniele Maranhão, unânime, e-DFJ1 de 05/03/2018, p. 411)

Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Regularização fundiária de terras ocupadas por comunidades de remanescentes de quilombos. Implementação de políticas públicas. Omissão do Poder Público. Ocorrência. Controle jurisdicional. Possibilidade. Dano moral coletivo configurado. Fixação.

I. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que se afigura legítima a atuação do Poder Judiciário, visando suprir eventual omissão do Poder Público, na implementação de políticas públicas, mormente em se tratando do exercício de garantia constitucional, como no caso, em que se busca dar eficácia ao direito de propriedade das terras ocupadas por comunidades de quilombolas.

II. As comunidades de remanescentes de quilombos, por força do Texto Constitucional, constituem patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, incisos I, II, e respectivos §§ 1º e 5º), sendo-lhes assegurada, ainda, a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impondo-se ao Poder Público a adoção das medidas necessárias à efetividade dessa garantia constitucional.

III. Na hipótese dos autos, a omissão do Poder Público, cristalizada pela inércia do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e da Fundação Cultural Palmares – FCP quanto à prática dos atos administrativos necessários à efetiva conclusão do procedimento administrativo instaurado com a finalidade de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pela comunidade de quilombolas descrita nos autos, afronta o exercício pleno desse direito, bem assim, a garantia fundamental da razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no âmbito judicial e administrativo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), a autorizar a estipulação de prazo razoável para a conclusão do aludido procedimento.

IV. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, da CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

V. Nesse sentido, a inteligência jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se, no sentido da “possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial” e de que “o dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa” (REsp 1397870/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, DJe de 10/12/2014).

VI. No caso em exame, a inércia injustificada do Poder Público, no que tange à instauração de competente e oportuno procedimento de regularização fundiária da comunidade quilombola, atingindo, como um todo, os seus membros, caracteriza flagrante dano moral coletivo, diante da agressão injustificada aos seus interesses e valores abstratos dali decorrentes, a autorizar a pretendida reparação indenizatória.

VII. Relativamente à fixação do valor da indenização por danos morais coletivos, cumpre verificar que inexistente parâmetro legal definido para o seu arbitramento, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso concreto, bem assim em consonância com a função sancionatória e pedagógica da reparação. Dessa forma, reputa-se razoável, na espécie, a fixação do valor da indenização por danos morais no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em favor da comunidade quilombola descrita nos autos.

VIII. Desprovimento dos recursos de apelação do Incra e da Fundação Cultural Palmares – FCP. Provimento da apelação do Ministério Público Federal. Sentença reformada, em parte.

(Apelação/Reexame Necessário 0000024-50.2015.4.01.3100/AP, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 12/03/2018, p. 373)

Constitucional e Ambiental. Ação civil pública. Degradação ambiental em área situada na Amazônia Legal. Desmatamento e ocupação irregular. Impacto ambiental e social direto e indireto no bioma amazônico. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Obrigação de fazer (reparação da área degradada).

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 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 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. 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 consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) (CF, art. 225, § 1º, IV)” (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 172, de 12/06/2012).

II. A sólida construção doutrinária e jurisprudencial de nossos tribunais é no sentido de que “a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental — e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois)” (REsp 1251697/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/04/2012, DJe de 17/04/2012). Ademais, o Texto Magno não faz distinção quanto à responsabilidade penal e administrativa das pessoas físicas em relação às pessoas jurídicas em que são sócias, no sentido de excluí-las de tais responsabilidades, nem mesmo consta a restrição da responsabilidade dos sócios de empresa apenas no caso de desconsideração da personalidade jurídica. Há de se prestigiar, nesse ponto, a solidariedade que rege a responsabilidade civil em matéria ambiental.

III. Na hipótese dos autos, restaram plenamente comprovados a agressão ao meio ambiente e o correspondente dano ambiental, que se consumaram no momento em que a recorrente Vale S/A, perpetrou as “*intervenções negativas nas margens de cursos d’água, ou seja, em áreas de preservação permanente, seja pelo aterramento destas, ou pela ocupação irregular destas margens; aterramento/assoreamento de cursos d’água; interferências negativas e destruição do habitat da fauna local*”, sem qualquer autorização prévia do órgão ambiental competente, no caso, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, na medida em que extrapolou os limites estabelecidos no licenciamento ambiental que lhe fora concedido (Autorização de Supressão de Vegetação – ASV 79/2005), para fins de “*Ampliação dos Pátios de Cruzamento da Estrada de Ferro Carajás*”, a que se reportam as Licenças de Instalação 355/2005 e 363/2006, afigurando-se irrelevante que, em momento posterior, o referido órgão ambiental tenha autorizado a supressão de vegetação na aludida área, eis que essa autorização (Autorização de Supressão de Vegetação 159/2007, datada de 28/04/2007 – fl. 103), à toda evidência, não tem eficácia retroativa, nem tampouco, torna legítimo o ato infracional antes cometido.

IV. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0018415-72.2010.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 12/04/2018, p. 265)

Constitucional. Administrativo e Ambiental. Ação civil pública. Implantação e exploração de atividade minerária (instalação de mineroduto). Zona de influência direta em área indígena. Licenciamento ambiental. Ausência de EIA/RIMA e de consulta prévia (Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho). Descumprimento de condicionantes estipuladas na licença de operação. Agressão aos princípios da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput), da precaução, da prevenção, da inversão do ônus da prova, da proibição do retrocesso ecológico e do desenvolvimento sustentável (CF, arts. 170, Incisos I e VI, e 225, caput). Nulidade.

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 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 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, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, 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 consequente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso em exame, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231, §§ 1º a 7º), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio+20).

III. A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: "Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento

econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Artigo 15 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

IV. Na hipótese dos autos, em se tratando de instalação e operação de mineroduto, no seio da Amazônia Legal, cujo licenciamento, além de não ter sido submetido ao crivo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, também não fora precedido de regular consulta prévia aos povos remanescentes das comunidades indígenas, diretamente afetadas, caracteriza, em princípio, a manifesta irregularidade do empreendimento, a autorizar o cancelamento do aludido licenciamento, em face dos danos etnoambientais já causados, como no caso.

V. No caso em exame, a todo modo, vigora o princípio dirigente da inversão do ônus da prova, sempre a cargo do empreendedor de atividades potencialmente do meio ambiente equilibrado, como no caso, a desincumbir-se do ônus de haver cumprido as exigências da legislação ambiental, na espécie, o que não restou demonstrado nos presentes autos.

VI. De ver-se, ainda, que, no caso, a despeito da flagrante nulidade da própria licença de operação, eis que concedida sem a participação do órgão ambiental federal competente, restou descumprida uma das condicionantes nela estipuladas (formalização e cumprimento de acordo com a Funai), a autorizar, também sob esse enfoque, o seu cancelamento, com a sua consequente reparação e indenização, em montante a ser apurado, por arbitramento, durante a liquidação do julgado.

VII. Apelação parcialmente provida. Sentença reformada. Ação procedente, em parte.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e julgar parcialmente procedente a demanda.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 11/04/2018.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Souza Prudente*: — Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pela Juíza Federal da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Drª Cristiane Pederzolli Rentzsch, nos autos da ação civil pública ajuizada pela Fundação Nacional do Índio – Funai *contra* Pará Pigmentos S/A PPSA, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que a promovida seja compelida a dar efetivo e integral cumprimento ao Termo de Compromisso 01/1996, celebrado entre as partes com a finalidade de mitigar e compensar os impactos etnoambientais no seio de comunidades indígenas, decorrentes da implantação e operação do projeto de exploração de caulim, desenvolvido nos municípios de Ipixuna do Pará, Tomé-Açu e outros, localizados no Estado do Pará.

A controvérsia instaurada nestes autos restou resumida, pelo juízo monocrático, com estas letras:

Trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI contra PARÁ PIGMENTOS S/A - PPSA, objetivando “que o Termo de Compromisso nº 01/96 seja cumprido e a PPSA seja condenada a dar continuidade ao PROGRAMA TEMBÉ de minoração de impacto do empreendimento, com a assinatura dos Termos Aditivos ao Termo de Compromisso nº 01/96 pela PPSA, que se encontra em mora desde 2002, nos termos em que foi proposto pela Comunidade Indígena e FUNAI [...]”. Subsidiariamente, requereu:

“1 – que o IBAMA e a SECTAM cancelem qualquer licença ambiental fornecida à PPSA para que fosse possível o empreendimento;

2 – que a PPSA retire a tubulação que compõe o mineroduto, bem como indenize a comunidade indígena pelo indevido uso de suas terras em quantum a ser devidamente apurado em procedimento próprio sem prejuízo da plena restauração ambiental da área danificada, sob pena da promoção de ação judicial por danos causados ao meio ambiente a ser proposta pelo Ministério Público Federal e a Procuradoria da FUNAI.”

Para tanto, aduziu que em 16/12/1994, firmou o Termo de Compromisso nº 02/94 com a ré com o objetivo de proteção das terras indígenas Tembê e Turé-Matiquita e suas comunidades em decorrência da implantação e operação do projeto de exploração de caulim, desenvolvido nos Municípios de Ipixuna do Pará, Tomé-Açu e outros.

Relatou que o objeto do referido Termo “era restabelecer as condições e as obrigações entre as partes para identificação de procedimentos a serem adotados a partir da elaboração de um Diagnóstico Etno-Ambiental, nas Áreas Indígenas Tembê, Turé Mariquita e suas comunidades potencialmente afetadas pela implantação e operação do Projeto Caulim”.

Afirmou que uma vez realizado o “Diagnóstico Etno-Ambiental”, foi firmado o Termo de Compromisso nº 01/96, obrigando a ré a executar ações de proteção às comunidades indígenas atingidas pela implantação de seu empreendimento, com vigência enquanto perdurar o referido empreendimento.

Sustentou a requerente que após o primeiro quinquênio (novembro de 2001), apesar de várias tentativas de negociação, não foi possível chegar a nenhum entendimento favorável às comunidades indígenas, por entraves criados pela Pará Pigmentos S/A, passando a enumerá-los da seguinte forma:

“1 – tentativa de excluir duas Terras Indígenas que já haviam sido beneficiadas na primeira esta do PROGRAMA TEMBÉ;

2 – em uma das minutas de convênios enviadas a FUNAI, a PPSA diz ser por mera liberalidade e ação voluntária da empresa os projetos a serem executados em prol das Comunidades Indígenas como forma de Responsabilidade Social;

3 – Tentou modificar a vigência do Termo de Compromisso 01/96 que coincidia com o funcionamento do empreendimento para outro que seria conhecido através de um diagnóstico etno-ambiental, a ser realizado a cada cinco anos, que evidenciasse que não há mais qualquer tipo de impacto. Incluiu cláusula também para revogar o Termo de Compromisso 01/96;

4 – propôs retirar da comunidade indígena e da FUNAI, o direito constitucionalmente assegurado de livre acesso ao Judiciário, pois teve a ousadia de inserir uma das cláusulas do Termo Aditivo “o não cabimento da comunidade indígena e da FUNAI postular qualquer indenização ou pagamento a qualquer título”;

5 – doação de uma área de 590 há, transferida à União Federal para usufruto da Comunidade Indígena condicionada ao direito de servidão da PPSA;

6 – não concorda em corrigir monetariamente o avençado em 19 de fevereiro de 2004, na qual a PPSA se comprometem em repassar para a Comunidade Indígena a importância de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)”

Alegou que várias tentativas de negociação foram realizadas para a assinatura de termo aditivo para dar continuidade ao Programa estabelecido no Termo de Compromisso nº 01/96, contudo a requerida “colocava cláusulas insuperáveis que não podiam ser assinadas pela FUNAI e pelas Comunidades Indígenas afetadas pelo empreendimento”. Nesse sentido, argumentou que as propostas da ré para a assinatura do novo termo aditivo “desrespeitam as garantias constitucionalmente asseguradas às comunidades indígenas”.

Por fim, ponderou acerca da necessidade de correção monetária em relação ao valor avençado; do direito dos índios à posse permanente e usufruto exclusivo de seu território de ocupação tradicional independentemente de demarcação das terras; e a vedação de posse ou ocupação de terceiros não-índios no interior do território indígena.

A inicial está instruída com os documentos de fls. 24/282.

A requerida apresentou a manifestação de fls. 314/316, requerendo a inclusão no polo passivo da presente demanda do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e da Secretaria de Ciência Tecnologia e Meio Ambiente – SECTAM.

A contestação foi juntada às fls. 320/365, com arguição das preliminares de falta de interesse de agir, de impossibilidade jurídica da pretensão autoral, de inépcia da inicial e de necessidade de litisconsórcio passivo necessário do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e da Secretaria de Ciência Tecnologia e Meio Ambiente – SECTAM. No mérito, a ré pugnou pelo indeferimento dos pedidos formulados pela FUNAI, sustentando, em síntese, ser a FUNAI a própria responsável pela demora na definição da questão, discorrendo sobre todos os pontos de discussão apresentados na inicial. Acompanhou a contestação os documentos de fls. 367/549.

A requerente apresentou manifestação alegando o “descabimento da formação do litisconsórcio passivo necessário entre a ré PPSA e o IBAMA e SECTAM”, postulando pelo indeferimento do requerimento da ré (fls. 553/557).

A réplica foi juntada às fls. 564/572.

Intimadas as partes para especificação de provas, a FUNAI requereu a realização de prova pericial, a qual foi indeferida pelo juízo (fl. 625).

As alegações finais foram juntadas às fls. 628/637 e 639/645.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pela procedência dos pedidos da FUNAI (fls. 650/654).

Foi proferida sentença julgando improcedentes os pedidos declinados na inicial (fls. 661/669).

Em apreciação da apelação apresentada pela FUNAI, o TRF da 1ª Região deu provimento ao recurso e à remessa oficial, tida por interposta, para anular a sentença apelada e determinar que outra seja proferida, considerando os pedidos subsidiários não apreciados (fls. 756/760).

Retornando os autos a este juízo, a FUNAI informou concordar com a suspensão do feito pelo prazo de 03 (três) meses (fl. 791).

Foi deferido o pedido de suspensão do feito pelo prazo de 03 (três) meses (fl. 792).

A FUNAI requereu a suspensão do feito pelo prazo de 60 (sessenta) dias (fl. 798).

Foi deferido o pedido de suspensão do feito pelo prazo de 60 (sessenta) dias (fl. 799). A FUNAI requereu o prosseguimento do feito (fl. 801).

A requerida informou nos autos acerca da celebração de acordo com a Associação Indígena Tembê de Tomé-Açu – AITTA, em 08/06/2012, requerendo a extinção do feito, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir (fls. 811/813).

A FUNAI apresentou manifestação acerca das informações e requerimento apresentados pela requerida às fls. 811/813, aduzindo que “a ACP deve ter regular andamento até a comprovação do cumprimento integral dos termos de compromisso firmado pela empresa PARÁ PIGENTOS S.A.” (fls. 863/864).

O Ministério Público Federal requereu o regular prosseguimento do feito, com prolação de nova sentença (fl. 267).

O juízo monocrático julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, sob o fundamento de que, na espécie, não houve demonstração de eventual descumprimento do termo de compromisso celebrado entre as partes, destacando, ainda, que, relativamente à pretendida celebração de termos aditivos, o pedido restou inviável diante da ausência de aquiescência no tocante às exigências impostas por ambos os lados.

Em suas razões recursais, insiste a Fundação Nacional do Índio – Funai na concessão da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos em sua peça de ingresso, destacando que, na espécie, a incidência da correção monetária sobre o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), cujo pagamento fora acordado entre as partes e as comunidades indígenas, não se constitui num *plus*, mas mera atualização daquele montante inicialmente estabelecido, cujo pagamento não se efetivou no momento oportuno. Assevera, ainda, que, relativamente ao pleito indenizatório em virtude do uso de terras indígenas, conforme informado na inicial, “o diagnóstico etnoambiental estatuiu expressamente que as terras indígenas descritas na inicial estão sob influência direta do mineroduto, razão pela qual é procedente o pedido formulado pela FUNAI”. Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença recorrida, com a consequente procedência da demanda.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria Regional da República pelo provimento do recurso de apelação, para acolher-se o pedido de suspensão do licenciamento ambiental, em virtude do descumprimento de condicionante estabelecida na respectiva licença de operação do empreendimento descrito nos autos.

Este é o relatório.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal *Souza Prudente*: — Ao examinar a questão posta em debate, o juízo monocrático, assim decidiu:

[...]

Inicialmente, adoto os fundamentos da manifestação do Ministério Público Federal à fl. 867, no sentido de que a notícia de acordo firmado entre a requerida e a Associação Indígena Tembê de Tomé-Açu – AITTA não é causa de extinção do feito, sem resolução do mérito, considerando que se trata de situação que desborda os limites da presente ação e não contou com a necessária intervenção da FUNAI.

Por outro lado, tal como foi relatado, o TRF da 1ª Região anulou a sentença já prolatada nestes autos e determinou que outra seja proferida, considerando que os pedidos subsidiários não foram analisados.

Nessa conformidade, nada sendo manifestado acerca de eventual nulidade do julgado no que se refere ao pedido principal (a requerente postula a assinatura dos Termos Aditivos ao Termo de Compromisso nº 01/96 pela PPSA), incorporo aqui, como razões de decidir, a fundamentação constante da Sentença antes proferida (fls. 661/669), por compartilhar do mesmo entendimento manifestado pelo juízo prolator e por ter apresentando os fundamentos necessários à análise do mérito da presente demanda, conforme segue:

Inicialmente rejeito a preliminar de formação de litisconsórcio passivo necessário, eis que em momento algum a FUNAI requereu a condenação da Secretaria de Ciência Tecnologia e Meio Ambiente – SECTAM e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, mas sim que fossem canceladas as licenças concedidas pelos referidos órgãos ambientais.

Quanto às preliminares de falta de interesse de agir, a impossibilidade jurídica do pedido e a inépcia da inicial, estas se confundem com o mérito e juntamente com ele serão apreciadas.

Três são os pontos que geraram o conflito na presente demanda a saber: 1) o pagamento da indenização de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil) por parte da Ré sem a incidência do IGPM e da SELIC; 2) submissão ao direito de servidão de 3 (três) quilômetros da área de 590 hectares doados pela Para Pigmentos S/A - PPSA e 3) a inserção de cláusula proibitiva por parte da PPSA de que não cabe à FUNAI o direito a reclamação, a compensação ou a indenização a qualquer título.

Passo a analisar os três pontos separadamente.

No que diz respeito ao pagamento da indenização de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos reais) sem o pagamento da correção monetária, ou seja, aplicação do IGPM, tenho que seja medida desproporcional, eis que a correção monetária não se constitui em um “plus”, ou seja, um acréscimo, mas, na verdade, trata-se de um “minus” que assegura apenas a manutenção do valor da moeda.

Ao se permitir que a quantia de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos reais) fosse paga ao longo dos 05 (cinco) anos, sem a devida correção monetária, se verificaria que, ao final, tal montante não mais teria o seu poder de compra inicialmente pactuado.

Por outro lado, com relação à mora no pagamento das quantias devidas às comunidades indígenas, verifica-se destes autos que a FUNAI é quem deu ensejo ao atraso nas negociações, primeiro por a inicial não demonstrar que a demora foi ocasionada por parte da ré, além disso, mesmo havendo pontos que PPSA discordava, logo após esta remetia a proposta da minuta à FUNAI, manifestando sua intenção de celebrar acordo, conforme se verifica dos documentos de fls. 377/378.

Ressalto, inclusive, que a PPSA entregou à autora proposta de minuta de contrato, indagando-a quanto à apreciação de sua proposta, recebendo, contudo, uma resposta não conclusiva, conforme se observa do documento de fl. 462:

Informo que, após conversações mantidas com o departamento jurídico da empresa Para Pigmentos S/A, em data de 21 de junho de 2004 fora aprovada por esta Procuradoria Federal, a minuta de convênio de cooperação cujo objeto maior é a implementação de projetos estruturantes, com vistas a obtenção da autosustentabilidade das comunidades indígenas beneficiadas. Que em data de 23 de junho do corrente ano referida minuta fora enviada, via malote, à Procuradoria Jurídica

da FUNAI em Brasília para análise e aprovação, haja vista que o presente convênio será assinado pela presidência da fundação. Que até a presente data não obtivemos resposta, no aguardo que seja aprovada a qualquer momento.

Dessa forma, não há que se falar em mora por parte da Ré, conforme acima demonstrado.

Além disso, não se pode permitir a cumulação da Taxa SELIC com outro índice de correção “a taxa SELIC é, pois, cabível, a partir de 01.01.96, porém, por incluir no seu cálculo uma componente de variação de correção monetária, não se admite a sua cumulação com qualquer outro índice”. AgRg nos EDcl no REsp 887.024/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/02/2009, DJe 19/02/2009”.

Passo agora à análise do segundo ponto, ou seja, a submissão ao direito de servidão de 3 (três) quilômetros da área de 590 hectares doados pela Para Pigmentos S/A – PPSA.

Inicialmente para análise deste referido ponto, faz-se necessário saber em que estado se encontram as comunidades indígenas. O Diagnóstico Etno-ambiental juntado pela FUNAI em sua inicial retrata bem o atual estado da área em que se encontram fixadas as aludidas comunidades:

Influência dos Impactos Ambientais Externos em Relação às Áreas Indígenas

As Ais Turé e Tembê se encontram inseridas em uma região que vem sofrendo atividades antrópicas devido à sua ocupação pelo homem.

As atividades identificadas que provocam mudanças significativas – impactos sobre os recursos naturais são:

- Circulação de Pessoas e Materiais

Esta atividade pode ser verificada pelos acessos existentes na área, tanto rodovias estaduais como municipais, além de ramais de fazendas e/ou de madeiros.

A AI Turé é mais vulnerável à presença de pessoas do que a Tembê, já que o principal acesso da área corta as áreas contíguas à AI.

A circulação de pessoas e materiais, principalmente de madeiros, que é uma das principais atividades econômicas da área, atua diretamente sobre a flora e fauna e indiretamente nos recursos hídricos.

Ao mesmo tempo, esta circulação de pessoas facilita o acesso das mesmas aos limites da AI, o que acarreta por vezes alguns conflitos com a comunidade indígena.

- Proximidade de Núcleos Urbanos e de Colonos

A presença de núcleos urbanos e de colonos, associada à existência dos acessos provocam o mesmo tipo de impacto e as consequências associadas a eles.

- Desmatamento para Agricultura e Pastagem

A ocupação desta microrregião tem-se dado através da implantação de agricultura e pastagem.

Esta implantação vem promovendo uma procura cada vez maior de áreas novas para desmatar, tanto por aumento deste tipo de uso, como por existir a nível cultural como prática agrícola, a utilização de áreas e o seu posterior abandono (fl. 208).

Assim, constata-se que os impactos ambientais ocorridos na área não se deram em função do mineroduto, mas devidos à ocupação do homem, à exploração de madeira e da agricultura.

Não há argumento plausível para que não seja concedida a servidão requerida pela PPSA, eis que ficou consignado no referido Diagnóstico Etno-ambiental à fl. 228 que após a conclusão da obra do mineroduto, ou seja, na fase de execução não haverá qualquer impacto ambiental, conforme se observa do seguinte trecho:

Vale acrescentar que na fase de operação, a mão-de-obra não levará à ocorrência de nenhum impacto ambiental e já que o controle do bombeamento do caulim através da tubulação, será realizada automaticamente, estando, previsto somente idas a campo de inspeções temporárias.

Outro aspecto que se deve levar em conta é que desde o Termo de Compromisso nº 01/96, que fora inicialmente celebrado pelas partes, já havia sido resguardado o direito de servidão à PPSA, na faixa do mineroduto, assim redigido:

III - Da Comunidade Indígena

[...]

e – Garantir a PPSA, o direito de servidão da faixa do mineroduto, incidente nas terras adquiridas e doadas à comunidade da Terra Indígena Turé-Mariquita como bem como nas terras de domínio da comunidade supra mencionada.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região já se manifestou no sentido de que é possível estabelecer a servidão em áreas da União, que estejam na posse de comunidades indígenas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE ESTRADA EM ÁREA INDÍGENA PARA EXPLORAÇÃO DE JAZIDA MINERAL. VEDAÇÃO, POR AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM ANULAÇÃO DO CONTRATO QUE A AUTORIZOU. APELAÇÕES DOS RÉUS. INCONSISTÊNCIA DAS PRELIMINARES. PERTINÊNCIA DA IRRESIGNAÇÃO, QUANTO AO MÉRITO. 1. As preliminares agitadas no apelo da concessionária da mina não prosperam, à míngua de afronta à lei processual. 2. “Em momento algum,

vedou a Constituição da República a servidão de passagem em terras da UNIÃO, cuja posse pertencesse a índios. Proibiu tão só a ocupação, a posse e o domínio sobre tais terras.” (Parecer da PRR/1ª Região). 3. “A própria Constituição, no capítulo referente aos direitos individuais, acolhe o direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. Ora, tal significa facultar à UNIÃO, por intermédio de sua concessionária na extração de minérios, a passagem em território ocupado por indígenas. Estabelecer o contrário, seria desnaturar o direito de propriedade da UNIÃO.” 4. Apelações providas. (AC 95.01.19660-7/DF, Rel. Juiz Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ p.525 de 25/06/1999)

Assim, se mostra razoável estabelecer a servidão na faixa dos 3 (três) quilômetros de minerodutos pleiteados pela Ré junto à FUNAI.

O terceiro e último ponto da controvérsia diz respeito à inserção de cláusula proibitiva por parte da PPSA, que não cabe à FUNAI o direito a qualquer reclamação, compensação ou indenização, a qualquer título.

Neste particular, verifico que assiste razão à FUNAI. Entendo que se permitisse que tal cláusula fosse inserida no termo aditivo, afrontaria garantia expressa no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, ou seja, o acesso ao poder judiciário e à jurisdição, que não podem ser obstado por meio de qualquer medida judicial ou extrajudicial. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TEORIA DA CAUSA MADURA. PROVISORIEDADE E ACESSORIEDADE DA DECISÃO PROLATADA EM PROCESSO CAUTELAR. RECONVENÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ACESSO À JUSTIÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS OBRIGAÇÕES DO TESOUREIRO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. REPETIÇÃO DE MONTANTE PAGO A MAIOR PELO BANCO CENTRAL. LEGALIDADE. VIOLAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO NÃO CONFIGURADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A apreciação pelo juízo a quo, ainda que calcada em sucintos fundamentos, acerca do mérito da demanda, afasta a alegação de ausência de fundamentação da sentença e de supressão de instância decorrente do julgamento do mérito da causa pelo Tribunal de origem.

2. A prescrição, como fundamento para a extinção do processo com resolução de mérito, habilita o Tribunal ad quem, por ocasião do julgamento da apelação, a apreciá-la in totum quando a causa é exclusivamente de direito ou encontra-se devidamente instruída, permitindo o art. 515, § 1º do CPC que o Tribunal avance no julgamento de mérito, sem que isso importe em supressão de instância. Precedentes: RESP 274.736/DF, CORTE ESPECIAL, DJ 01.09.2003; REsp 722410 / SP, DJ de 15/08/2005; REsp 719462 / SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 07/11/2005).

3. Deveras, é lícito ao juízo analisar a defesa em seu conjunto, assim considerada a contestação e a reconvenção (art. 302, III, do CPC).

4. A sentença proferida no processo cautelar, porquanto não definitiva de litígio, haja vista sua natureza acessória e provisória, não se reveste da imutabilidade característica da coisa julgada material, salvo se se verificar que não haverá processo principal tutelável em razão da decadência ou da prescrição. Isto porque a tutela cautelar representa uma prestação da justiça de cunho eminentemente processual, no afã do resguardo das outras duas espécies - cognitiva e de execução -, com a singularidade de que seu objeto é a defesa da jurisdição, cuja titularidade pertence ao Estadosoberano que, por isso, pode atuar de ofício no exercício do dever correspectivo ao direito de ação constitucionalizado. (Precedentes: REsp 846767 / PB, DJ de 14/05/2007; REsp 883887 / DF, DJ de 16/08/2007) 5. In casu, a ação cautelar instrumentaliza a ação principal julgada improcedente, incidindo a fortiori o art. 808, III, do CPC. É que a improcedência do pedido da ação principal intentada pelo requerente da cautelar faz esvaziar o fumus boni juris que autorizou ab ovo a concessão da medida.

6. O direito constitucionalmente assegurado de acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, não pode ser obstaculizado por qualquer medida, de natureza judicial ou não. A inafastabilidade do controle jurisdicional é princípio geral do processo civil, consubstanciando garantia basilar do próprio Estado de Direito. ...

14. Recurso especial desprovido (REsp 724.710/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 265)

Por fim, observo que o pedido da Fundação Nacional do Índio – FUNAI consubstancia-se em condenar a Ré que assine o Termo Aditivo de Compromisso nº 01/96.

Conforme antes exposto, verificou-se que não são razoáveis as cláusulas que não permitam submissão ao direito de servidão em favor da PPSA e que determinem a aplicação da Taxa SELIC. Desse modo não há como prosperar o pedido da Autora em determinar que a Ré assine o termo de Aditivo de Compromisso aos moldes como requerido pela FUNAI.

Diante do exposto e com fundamento no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, acolhendo ainda a diretriz jurisprudencial invocada no corpo desta sentença e as razões contestatórias da ré, RESOLVO o mérito da presente ação ordinária, JULGANDO IMPROCEDENTES os pedidos declinados na inicial.

Esclareço que embora o juízo tenha concordado com a requerente em dois pontos de suas alegações, o pedido formulado nos autos (assinatura dos Termos Aditivos ao Termo de Compromisso nº 01/96 pela PPSA) não encontra sustentação apenas nessa circunstância, notadamente, considerando que outras exigências da requerente para a assinatura

do documento não foram acatadas (correção dos valores pela SELIC e afastamento da servidão de passagem na área do mineroduto).

Destarte, à vista da fundamentação acima, outro não pode ser o entendimento, senão rejeitar o pedido principal.

Quanto aos pedidos subsidiários formulados na inicial, melhor sorte não socorre à requerente.

Embora tais pedidos tenham sido formulados de forma subsidiária, não vislumbro a possibilidade de dissociar a sua análise daquela realizada no tocante ao pedido principal.

Com efeito, o deferimento dos pedidos de cancelamento da licença ambiental concedida à requerida para o empreendimento em questão e de condenação da PPSA à retirada da tubulação que compõe o mineroduto, bem como de indenização à comunidade indígena pelo “indevido uso de suas terras” depende do necessário reconhecimento da obrigação de assinatura dos Termos Aditivos ao Termo de Compromisso nº 01/96 pela PPSA, nos termos propostos na inicial, bem como da comprovação de que a requerida não está cumprindo o compromisso avençado, não sendo essa a situação apresentada nos autos, consoante os fundamentos já expostos, especialmente, considerando que as duas partes envolvidas estão colocando óbices à sua assinatura, sem chegar a um consenso.

É oportuno registrar que os pedidos em questão foram formulados de forma genérica na parte intitulada “dos pedidos”, sem qualquer fundamentação específica no corpo da inicial, situação que reforça o entendimento de que os mesmos argumentos que serviram de suporte para embasar o pedido principal devem ser analisados para o fim de apreciação dos pedidos subsidiários.

Nessa conformidade, não merece prosperar o pedido de cancelamento da licença ambiental concedida à requerida, à míngua de amparo legal.

De acordo com o documento de fl 254 (Ofício nº 275/96 – DMA/SECTAM, de 26/09/1996), a SECTAM informou à requerente que a Licença de Operação nº 277/96, concedida à requerida, foi condicionada à formalização de convênio entre a FUNAI e a PPSA, cujo não atendimento incorreria na suspensão da licença.

Ora, se a Licença de Operação foi condicionada à formalização do convênio e ele foi efetivado por meio do Termo de Compromisso nº 01/96 (de 11/11/1996), incumbia à requerente comprovar a ausência de cumprimento dos compromissos avençados no referido Termo e não requerer a suspensão da licença sob o fundamento de ausência de assinatura do aditamento.

Cumprir observar, ainda, no que se refere aos demais pedidos, que o mineroduto foi instalado em área de domínio da própria PPSA, com previsão de doação à União, tendo como beneficiária a comunidade indígena de Turé-Mariquita e como condicionante a servidão para acesso ao duto. Nesse sentido, destacou a requerida em contestação (fl. 363):

115. Ora, a área de ocupação dos Turé-Mariquita – a quem seriam doadas as terras da PPSA, pelas quais passa o mineroduto – já está demarcada desde 1991, anos antes da própria instalação do mineroduto, como se vê do Decreto nº 304/91, cuja cópia foi acostada às fls. 279 pela própria FUNAI.

Complementou, dizendo:

[...] se o Poder Público, ao demarcar as terras dos Turé-Mariquita, deixou de fora as áreas hoje de propriedade da PPSA – e, à época da demarcação, de propriedade de outros particulares – “não há como se possa juridicamente considerar tais áreas como terras indígenas”.

Impende registrar que a requerente não refutou tal assertiva, seja em réplica ou em alegações finais.

Desse modo, não há falar-se em indenização à comunidade indígena “pelo indevido uso de suas terras”, já que não se trata de área indígena, carecendo o pleito da demandante de fundamento legal.

Quanto ao pedido de remoção do mineroduto, não obstante a ausência de amparo legal e da necessidade que o pleito principal fosse atendido, como já manifestado anteriormente, devem ser consideradas as circunstâncias de ordem prática que o acolhimento do pleito acarretaria, conforme explanado pela requerida (fls. 363/365), *in verbis*:

De imediato, verifica-se que, como o mineroduto foi instalado há mais de uma década, o trecho de terra a que se refere a FUNAI já está regenerado. Fauna e flora já se recomuseram e o ecossistema local é praticamente o mesmo que lá se encontrava antes da instalação do duto.

Essa circunstância, aliás, já era prevista no Diagnóstico Etno-Ambiental contratado pelas partes como medida prévia à celebração do Termo de Compromisso nº 01/96.

‘Na fase de operação, estes impactos [sobre os recursos naturais] diminuirão de novo de intensidade, permanecendo iguais aos que ocorreram atualmente, já que com a faixa [de servidão] regenerada não ocorrerá a circulação de madeireiros e pessoas.

Além disso, a regeneração da faixa levará à reversão dos impactos ocorrentes sobre o solo e a água (processos erosivos, alteração do solo, qualidade da água e assoreamento das drenagens naturais) e ainda sobre os recursos florestais e faunísticos, em que haverá uma tendência a um novo ponto de equilíbrio ecológico.

Vale ressaltar que na fase de operação, a mão-de-obra não levará à ocorrência de nenhum impacto ambiental e já que o controle do bombeamento do caulim através da tubulação, será realizada automaticamente, estando previstas somente idas ao campo quando de inspeções temporárias.' (fls. 228; grifou-se)

Muito bem. Se hoje a área já está recomposta, o processo de remoção dos 3km de mineroduto pretendida pela FUNAI importará em novo impacto sócio-ambiental, já que dependerá de novo desmatamento daquele trecho, da operação de máquinas pesadas (tratores, escavadoras, caminhões etc.) e da circulação de um grande número de técnicos e operários. [...]

119. No caso da PPSA, [...] além do dano sócio-ambiental decorrente da remoção do mineroduto e de sua instalação em uma nova área, haveria um prejuízo de proporções gigantescas para a PPSA, que teria de parar a extração do minério durante os anos que levaria para se fazer a alteração na estrutura de escoamento, tendo em vista que a única via de transporte do minério para o Porto, em Barcarena, a 180km da mina, é o mineroduto.

A paralisação na extração do caulim importaria na demissão de centenas de funcionários e na perda de divisas para o País, tendo em vista que a PPSA deixaria de recolher tributos gerados tanto pelo beneficiamento do minério, como por sua exportação."

Tais as considerações, à míngua de ilegalidade que motive a intervenção judicial pretendida, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.

3. Dispositivo Pelo exposto, rejeito as preliminares e JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. Sem condenação no pagamento de custas ou de honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985.

Como visto, a tutela jurisdicional postulada nestes autos é no sentido de que a promovida seja compelida a dar efetivo cumprimento ao Termo de Compromisso 01/1996, celebrado entre as partes e a Comunidade Indígena Tembé, com a finalidade de mitigar e compensar os impactos etnoambientais no seio das comunidades indígenas descritas na inicial, decorrentes da implantação e operação do projeto de exploração de caulim, desenvolvido nos municípios de Ipixuna do Pará, Tomé-Açu e outros, localizados no Estado do Pará, e, subsidiariamente que a PPSA retire a tubulação que compõe o mineroduto, bem como indenize a comunidade indígena pelo indevido uso de suas terras em quantum a ser devidamente apurado em procedimento próprio sem prejuízo da plena restauração ambiental da área danificada, sob pena da promoção de ação judicial por danos causados ao meio ambiente a ser proposta pelo Ministério Público Federal e a Procuradoria da Funai.

O referido termo de compromisso encontra-se acostado às fls. 24-29, em fotocópia, encontrando-se o seu objeto descrito na sua cláusula primeira e respectivo parágrafo único, *in verbis*:

CLÁUSULA PRIMEIRA – Do Objeto

Objetiva o presente instrumento dar execução ao Termo de Compromisso nº 02/94 e seus aditivos, que determinam a proteção às comunidades Tembé, localizadas na área de influência do projeto de exploração de Caulim, desenvolvido nos municípios de Ipixuna, Tomé-Açu e Outros, pela empresa Pará Pigmentos S/A, baseado nas recomendações dispostas no Diagnóstico Etno-Ambiental dessas Terras.

Parágrafo Único – O presente instrumento atende ao disposto na Cláusula Terceira item "d" do Termo de Compromisso nº 002/94 e Termo Aditivo nº 001/95 em sua Cláusula Segunda, que obriga a empresa PPSA, executar ações de proteção às Comunidades Indígenas.

Segundo narrado nos autos, a celeuma que se instaurou em torno do cumprimento do termo de compromisso em referência teve início a partir do término do seu primeiro quinquênio de vigência, ocorrido nos idos de 2001, tendo em vista que, a partir dali, as partes não chegaram a um consenso acerca dos termos em que haveriam de ser lavrados os respectivos termos aditivos, conforme expressa previsão na cláusula nona e respectivo parágrafo único, que assim dispõem:

CLÁUSULA NONA – Da Vigência

O presente instrumento terá sua vigência a partir da sua assinatura e na duração coincidente com o período de existência do empreendimento, podendo ser alterado com anuência das 3 partes, mediante Termo Aditivo, desde que não implique em modificação do seu objeto.

Parágrafo Único – Ao final dos primeiros cinco anos, após a avaliação do PROGRAMA, conforme previsto na cláusula anterior, serão mantidos entendimentos entre os convenientes para definição da programação dos quinquênios subsequentes.

Vencido o primeiro quinquênio de vigência do referido termo de compromisso e iniciadas as conversações a fim de que fosse definida a programação para os quinquênios seguintes, as partes não chegaram a um consenso

quanto aos termos em que haveria de ser lavrados os aditivos subsequentes, diante da resistência reciprocamente ofertada pela Funai e pela promovida, em relação a algumas ressalvas que deveriam constar dos aludidos termos aditivos.

A partir daí e após reiteradas tentativas de solução da controvérsia, não se chegou a um acordo, razão por que postula a suplicante a concessão de provimento judicial, no sentido de que a promovida seja compelida a dar cumprimento ao referido Termo de Compromisso 01/1996, bem assim a dar continuidade ao “Programa Tembê” de minoração do impacto do empreendimento, procedendo-se à assinatura dos termos aditivos ao referido termo de compromisso, nos termos em que foi proposto pela comunidade indígena e pela Funai. Sucessivamente, postulou-se que, em não sendo possível o acolhimento do pleito principal, se determine o cancelamento do licenciamento ambiental concedido ao aludido empreendimento e que a promovida proceda à retirada da tubulação que compõe o mineroduto a ele correspondente, efetuando, ainda, o pagamento de indenização à comunidade indígena pelo uso indevido de suas terras, sem prejuízo da reparação do dano ambiental dali decorrente.

A despeito dos fundamentos lançados na sentença recorrida, afigura-se manifesto, na espécie dos autos, o descumprimento do Termo de Compromisso 01/1996, celebrado entre a Funai, a Comunidade Indígena Tembê e a promovida Pará Pigmentos S/A.

Com efeito, desde que, a partir do término do primeiro quinquênio de vigência do referido termo de compromisso, as partes envolvidas não mais chegaram a um consenso quanto às condições em que o mesmo haveria de ser cumprido, afigura-se evidente que, a partir daquele momento, o seu objetivo deixou de ser alcançado, no sentido de se oferecer “proteção às comunidades Tembê, localizadas na área de influência do projeto de exploração de Caulim, desenvolvido nos municípios de Ipixuna, Tomé-Açu e Outros”, pela empresa promovida.

É bem verdade que, no caso em exame, o sobredito termo de compromisso andou mal em não definir, de plano, que medidas efetivamente haveriam de ser implementadas pela promovida, como forma de mitigação e compensação dos impactos etnoambientais derivados do aludido empreendimento no seio da referida comunidade indígena, limitando-se a traçar linhas gerais de atuação, definidas na sua cláusula terceira, relegando ao futuro a definição de nova programação das medidas a serem implementadas, do que resultou na celeuma noticiada nestes autos, posto que, após obter a licença de operação, cuja eficácia encontra-se condicionada à implementação de tais medidas, a empresa responsável pelo empreendimento passou a não aceitar as condições impostas pela Funai e pela comunidade indígena interessada, gerando, assim, o impasse em referência, o qual, em última análise, inviabiliza a continuidade dos programas de proteção ali implementados.

Assim posta a questão, impende consignar que, se de um lado, não se pode obrigar a promovida a aquiescer com as condições impostas pela Fundação Nacional do Índio – Funai e pela Comunidade Indígena Tembê, para fins de formalização dos termos aditivos, nem, tampouco, obrigar a essas concordar com as condições por aquela impostas, não se pode olvidar que, uma vez inviabilizado o prosseguimento do aludido programa, a licença de operação concedida ao aludido empreendido perde a sua eficácia, conforme expressamente consignado no ofício de fl. 254, em fotocópia, expedido pelo senhor diretor de Meio Ambiente da Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente do Estado do Pará, encaminhado à Presidência da Funai, nestes termos:

Em atenção ao ofício nº 125/PRES/FUNAI, de 20/08/96, temos a informar de ordem do titular desta SECTAM, que a Licença de Operação nº 277/96, concedida à empresa Pará Pigmentos S/A – PPSA, foi condicionada à formalização de convênio entre FUNAI e PP/SA, cujo não atendimento incorrerá na suspensão da aludida licença (vide item 4.3 da Notificação nº 508/96-DMA/SECTAM, de 21/08/96-Anexo).

Na hipótese dos autos, como visto, embora formalizado o convênio, consubstanciado no mencionado Termo de Compromisso 01/1996, o seu efetivo e integral cumprimento, conforme já narrado, não se concretizou, em virtude do impasse surgido a partir do término do seu primeiro quinquênio de vigência.

Em face desse quadro, à promovida restariam apenas duas alternativas: firmar o termo aditivo nos moldes propostos pela Funai e pela Comunidade Indígena Tembê ou arcar com o ônus daí decorrente, consistente na suspensão dos efeitos da licença de operação que lhe fora concedida, para fins de exploração do empreendimento descrito nos autos.

No que pertine à eventual concessão do pleito principal, consistente na determinação de formalização de aditivos ao Termo de Compromisso 01/1996, há de ver-se que a mesma estaria condicionada à aferição do preenchimento dos requisitos legais previstos para fins de concessão do licenciamento ambiental do aludido empreendimento, dentre os quais, comprovação de realização de competente e prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente – EIA/RIMA, nos termos da Resolução Conama 237/1997 (art. 3º), por se tratar de empreendimento listado no referido ato normativo (*transporte por dutos*), bem assim, precedido de consulta prévia livre e informada às comunidades indígenas e às demais populações tradicionais, localizadas na área de influência direta do empreendimento em referência, nos termos da Convenção 169/OIT, medidas essas cuja adoção não restou demonstrada nestes autos.

De ver-se, assim, que, em se tratando de *consulta prévia*, a sua realização haverá de preceder o próprio ato de autorização do empreendimento, hipótese não ocorrida, na espécie, não se podendo admitir a sua inclusão como mera condicionante a ser cumprida durante o respectivo licenciamento ambiental, por se tratar de condição *sine qua non* para a sua realização, conforme, inclusive, já decidiu este egrégio Tribunal, em caso similar, nestes termos:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE. I - Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma dos arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada. II - A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie. III - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. IV - A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: “Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria

das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Artigo 15 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades". V - Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar nº. 125-6/PARÁ, arquivados em 12/11/2007, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar, na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF - Rel. Ministro Celso de Mello - julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, inter plures). VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso. VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas. VIII - 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 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, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, 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. IX - Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, caput, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, caput e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, caput, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações. X - 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 consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20). XI - Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento. XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

(EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.316 de 27/08/2012)

Ademais, não se pode olvidar que, na espécie, em se tratando de empreendimento voltado para a instalação de empreendimento minerário no seio da Amazônia Legal, o seu licenciamento ambiental haverá de submeter-se ao crivo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, 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 florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII), conforme já decidiu este egrégio Tribunal, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE PAIAGUÁ. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO, CONCEDIDO POR ÓRGÃO ESTADUAL. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA, DA PRECAUÇÃO E DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT). ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CABIMENTO. 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 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, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, 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). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20). III - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 -OIT. IV - Na hipótese dos autos, a localização da UHE PAIAGUÁ, no Estado de Mato Grosso, encontra-se inserida na Amazônia Legal (Município Campo Novo do Parecis/MT) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Manoki e Ponte de Pedra, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º). V - Em sendo assim, versando a controvérsia, como no caso, em torno também de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental estadual, 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 florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII). VI - Agravo de instrumento desprovido, para manter a decisão agravada, em todos os seus termos.

(AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014)

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 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 florestas, 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, não 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.

(AC 0000162-61.2000.4.01.3902 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, SEXTA TURMA, DJ p.61 de 18/10/2007)

Na hipótese em exame, segundo noticiam os elementos carreados para os presentes autos, além da ausência de realização da consulta prévia, livre e informada das comunidades indígenas, localizadas na área de influência direta do empreendimento em referência, o licenciamento ambiental estaria a cargo, apenas, do órgão ambiental estadual, a caracterizar, também sob esse enfoque, a sua irregularidade, impondo-se, por conseguinte, o seu cancelamento.

Tais circunstâncias, aliadas ao descumprimento do termo de compromisso em referência, conduzem ao cancelamento do próprio licenciamento ambiental, a desautorizar a pretendida formalização de termos aditivos, conforme assim postulado na inicial.

No mais, vigora no Direito Ambiental o princípio dirigente da inversão do ônus da prova, sempre a cargo do empreendedor de atividades potencialmente agressoras do meio ambiente equilibrado, como no caso, a desincumbir-se do ônus de haver cumprido as exigências da legislação ambiental, na espécie, o que não restou demonstrado nos presentes autos.

Diante desse quadro e em face da resistência da promovida em celebrar o referido termo aditivo, nos moldes propostos pela suplicante, a tutela jurisdicional postulada haverá de se atrelar aos pleitos sucessivos formulados nos autos, quais sejam: o cancelamento do licenciamento ambiental e a imposição do pagamento de indenização, pelos impactos etnoambientais causados no seio da comunidade indígena, bem assim, a reparação dos danos ambientais ocorridos na área onde fora implementado o aludido empreendimento.

Nesse sentido, confirmam-se os lúcidos fundamentos lançados pela douta Procuradoria Regional, *in verbis*:

[...]

De início, é importante pontuar que a apelada projetou e executou um longo mineroduto de quase duas centenas de quilômetros que parte da mina em Ipixuna do Pará e vai até o local de beneficiamento do minério, em Barcarena/PA.

Nesse trajeto, a obra impacta os povos habitantes das terras indígenas Tembé e Turé-Mariquita, bem como os da Área Dominial Indígena Urumatewa. Aqui não há controvérsia, tanto assim que a empresa confessa ter celebrado acordo com os indígenas no curso da ação judicial.

Ocorre que antes desse acordo, fora firmado o Termo de Compromisso nº 02/94 entre a FUNAI e a empresa PARÁ PIGMENTOS S/A para elaboração de diagnóstico étno-ambiental nas áreas potencialmente afetadas. O estudo realizado concluiu pela necessidade de uma série de medidas mitigadoras e compensatórias ao impacto provocado pela implantação do empreendimento sobre as comunidades indígenas.

Em seguida, ao tempo de a empresa requerer a Licença de Operação (LO), o órgão licenciador (antiga SECTAM — Secretaria Estadual de Ciência, Tecnologia e meio Ambiente), estabeleceu como condicionante a “cópia do convênio firmado com a FUNAI.” (fl. 441) Como resultado das conclusões emitidas e no sentido de implementar as medidas mitigadoras e compensatórias, assinou-se o Termo de Compromisso nº 01/96, sendo que a vigência do termo estaria condicionada à existência do projeto de mineração, bem como a revisão das ações pactuadas a cada quinquênio (Cláusula nona e parágrafo único). - fl. 28

Ressalte-se que a distância do mineroduto em relação à Terra Indígena Turé-Mariquita é de cerca de 100 metros apenas. Vale dizer, os danos potenciais e reais são patentes.

Ocorre que, ao final do primeiro quinquênio de execução do termo, que recebera o nome de PROGRAMA TEMBÉ, não foi mais possível repactuar ou buscar entendimentos favoráveis aos povos indígenas envolvidos, em função da postura recalcitrante e francamente desfavorável aos indígenas apresentada pela PARÁ PIGMENTOS S/A.

Todas as propostas formuladas pela empresa mineradora eram desarrazoadas e na direção da exclusão de direitos, a exemplo da inconstitucional cláusula sugerida com a seguinte redação: “o não cabimento da comunidade indígena e da FUNAI postular qualquer ajuizamento ou pagamento a qualquer título”.

O Termo de Compromisso nº 01/96 permitiu a emissão do LO, já que estariam compensados os impactos étno-ambientais.

A exordial narra que entre as modificações propostas pela empresa está:

- i - a exclusão de duas terras indígenas beneficiadas no primeiro acordo;
- ii - o entendimento de que os programas são mera liberalidade da empresa, e não compensação pelos danos etnoambientais;
- iii - a impossibilidade de acesso à Justiça por parte da FUNAI;
- iv - a doação de 590 Ha de terras, condicionada ao direito de servidão da empresa; e
- v - não correção monetária dos valores

Houve, ainda, outras tentativas de negociação até 2004. Todas infrutíferas.

A empresa alega que as questões controvertidas nesta lide são os itens iii, iv e v, acima anunciados. Aduz que a sentença estabeleceu que as cláusulas da servidão e da correção monetária não são razoáveis (fls. 906/7).

A empresa/apelada alega que o Diagnóstico Etnoambiental previa impacto mais severo apenas na fase de implantação do mineroduto. E que os impactos sofridos tem como origem a ocupação humana, a exploração madeireira e a agricultura. (fls. 908/9).

Ocorre que tais impactos são consequência do primeiro. Com efeito, a estrada é o principal vetor de desmatamento da Amazônia. A necessidade de se embrenhar na mata densa para a abertura do mineroduto a uma ínfima distância das comunidades indígenas propiciaram que outros impactos fossem sentidos, como a exploração madeireira e a agricultura.

O acordo que a apelada fez diretamente com os indígenas é prova de que os impactos continuaram a ocorrer. Com efeito, se assim não fosse, não haveria necessidade de entabular acordo com os indígenas.

O que a FUNAI chama de pedido subsidiário nada mais é do que a consequência do descumprimento da condicionante da licença ambiental. O órgão licenciador exigia que fossem mantidos programas de mitigação e compensação dos danos socioambientais.

Com efeito, com o descumprimento da condicionante, suspende-se a licença ambiental. A Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei 6.938/81 e regulamentada pelo Decreto 99.274/90 e pelas Resoluções 01/86, 06/87 e 237/97 do CONAMA, dispõe sobre o processo de licenciamento ambiental.

Dessas normas extrai-se que o descumprimento de condicionante é motivo para suspensão ou cancelamento da licença, como determina a Resolução 237 do CONAMA, a saber:

Art. 19. O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar as condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

- I - violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais;
- II - omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença;

III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Portanto, o descumprimento da condicionante acarreta a suspensão ou o cancelamento da Licença de Operação.

A exigência do cumprimento das condicionantes não é atribuição discricionária do órgão ambiental. Vários casos foram submetidos ao C. TRF1 nos últimos anos sobre o tema. No caso da UHE Belo Monte, no processo que impugnava a Licença Parcial de Instalação nº770/2011, pelo descumprimento das condicionantes da Licença Prévia n. 342/2010, foi assim decidido por essa O. Corte, em acórdão lavrado pelo e. Des. Fed. SOUZA PRUDENTE:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE BELO MONTE. DESCUMPRIMENTO DE CONDICIONANTES ESTIPULADAS NA LICENÇA PRÉVIA Nº 342/2010. EMISSÃO DE LICENÇA PARCIAL DE INSTALAÇÃO Nº 770/2011, POSTERIORMENTE, SUCEDIDA PELA LICENÇA DE INSTALAÇÃO Nº 795/2011. AUTORIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO Nº 501/2011. NULIDADE. SUBSISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT), DA PRECAUÇÃO, DA PREVENÇÃO, DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (CF, ARTS. 170, INCISOS I E VI, E 225 CAPUT). LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES.

I - Versando a controvérsia em torno da nulidade da Licença Parcial de Instalação nº 770/2011, em virtude do não cumprimento integral das condicionantes estipuladas na respectiva Licença Prévia (LP nº 342/2010), a superveniente emissão de nova Licença de Instalação (LI nº 795/2011), sem suprir-se a omissão antes verificada, não tem o condão de caracterizar a perda de objeto da demanda, eis que persiste o suporte fático em que se sustenta a lide ambiental, em referência, não havendo espaço processual, nestes autos, para caracterização de suposta litispendência.

II - Constando, na inicial, pedido expresso, no sentido de que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES se abstenha de proceder ao repasse de recursos destinados ao financiamento do empreendimento hidrelétrico questionado nos autos, enquanto não cumpridas todas as condicionantes estabelecidas na respectiva Licença Prévia, como no caso, afigura-se manifesta, na espécie, a sua legitimidade passiva ad causam, na medida em que o julgado haverá de produzir efeitos, também, na sua esfera de interesses econômico e jurídico. Preliminar rejeitada.

III - 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 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, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, 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.

IV - 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). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231, §§ 1º a 7º), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

V - Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no Parecer técnico 21/2009 da FUNAI, outorgou a Medida Cautelar 382/10, revisada em 29 de julho de 2011, determinando ao Estado brasileiro que adote urgentes providências para “1) proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu, e da integridade cultural das mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento; 2) adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte, que incluam (a) a finalização e implementação aceleradas do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da UHE Belo Monte, e (b) o desenho e implementação efetivos dos planos e programas especificamente requeridos pela FUNAI no Parecer Técnico 21/09, recém enunciados; e 3) garanta a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, e adote medidas efetivas para a proteção dos mencionados territórios ancestrais ante a apropriação ilegítima e ocupação por não-indígenas, e frente a exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais”.

VI - Há de se destacar, na espécie, a inteligência revelada pelo colendo Tribunal de Contas da União, na Cartilha de Licenciamento Ambiental, elaborada com a colaboração do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com a determinação de que, “ao conceder a licença de instalação, o órgão gestor de meio ambiente terá verificado o atendimento das condicionantes determinadas na licença prévia”, dentre outros requisitos, firme no entendimento de que o órgão ambiental não poderá admitir a postergação de estudos de diagnóstico próprios da fase prévia para as fases posteriores sob a forma de condicionantes do licenciamento (Acórdão 1.869/2006-Plenário-TCU, item 2.2.2).

VII - Na hipótese dos autos, afigura-se flagrante a nulidade da Licença Parcial de Instalação nº 770/2011 - sucedida pela Licença de Instalação nº 795/2011 - e da Autorização de Supressão de Vegetação nº 501/2011, relativas ao empreendimento hidrelétrico UHE Belo Monte, no Estado do Pará, eis que emitidas sem o integral cumprimento das condicionantes estipuladas na Licença Prévia nº 342/2010, a caracterizar o requisito do *fumus boni juris*, que, aliado à presença do *periculum in mora*, aqui revelado pela notícia de que os impactos decorrentes da execução das obras em referência já se refletem negativa e irreversivelmente nas comunidades atingidas, seja pela tensão social daí decorrente, no aumento do fluxo migratório e na diminuição da qualidade dos recursos naturais de que necessitam para a sua própria subsistência, impõe-se a concessão da tutela cautelar inibitória reclamada pelo Ministério Público Federal, nos termos dos arts. 273, § 7º, e 461, § 3º, do CPC e dos arts. 11 e 12 da Lei nº 7.347/85, notadamente por se afinar com a tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, incisos IV, V, e VII, e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha auto-aplicável e de eficácia imediata de imposição ao poder público e à coletividade do 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, arts. 5º, § 1º, e 225, caput), tudo em harmonia com os princípios da precaução e da prevenção, a caracterizar, na espécie, o procedimento impugnado, uma manifesta agressão ao texto constitucional em vigor.

VIII - Apelação provida. Sentença anulada. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, para julgar-se, de logo, procedente a demanda, para declarar a nulidade da Licença Parcial de Instalação 770/2011, bem assim das demais que lhe sucederam, especialmente, a Licença de Instalação nº. 795/2011, e, também, a Autorização de Supressão de Vegetação (ASV) 501/2011, emitidas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA para o UHE BELO MONTE, devendo a referida autarquia se abster de emitir licenças outras, enquanto não integralmente cumpridas, pela promovida NORTE ENERGIA S/A, as condicionantes previstas na Licença Prévia 342/2010, abstendo-se, também, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES de repassar qualquer tipo de recurso (ou celebrar qualquer pacto nesse sentido), enquanto não supridas as aludidas omissões, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento deste julgado, a contar da data de sua intimação, nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, sem prejuízo das sanções criminais, cabíveis na espécie (CPC, art. 14, inciso V e respectivo parágrafo único).

(AC 0000968-19.2011.4.01.3900 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.632 de 14/01/2014)

Mais recentemente, a C. Corte Especial teve a oportunidade enfrentar o mesmo tema no já mencionado acórdão do AGRSLT 0053298-77.2016.4.01.0000/PA. De lá se extrai que, verificando-se o descumprimento de condicionantes impostas na licença de instalação do empreendimento hidrelétrico de Belo Monte, em Altamira, no estado do Pará, impõe-se a suspensão da licença de operação nº 131712015, emitida pelo IBAMA até que sejam integralmente cumpridas as obrigações decorrentes da condicionante do saneamento básico (LI 795/2011, item 2.10)”.

Por fim, a lição acima está a indicar que não se faz necessário o litisconsórcio com órgão ambiental para o deferimento do pleito da FUNAI. Isso porque o órgão ambiental foi informado que houve pactuação com os indígenas. Somente não lhe foi informado de que as condições do pacto não eram àquelas que deveriam ser pactuadas.

Portanto, a suspensão da licença ambiental ou o estabelecimento de acordo entre as partes são perfeitamente possíveis sem a presença do órgão licenciador na integração desta lide.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso de apelação.

Nesse contexto e em virtude do cancelamento do licenciamento ambiental em referência, afigura-se cabível, na espécie, o pleito indenizatório postulado pela suplicante, como forma de reparar os danos ambientais e os impactos produzidos na zona de influência da comunidade indígena descrita nos autos, medida essa que se afina com 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*), que 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 consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada).

No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231, §§ 1º a 7º), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio+20).

Com estas considerações, *dou parcial provimento* ao recurso de apelação, para reformar a sentença recorrida, julgar parcialmente procedente a demanda e, por conseguinte, determinar o cancelamento das Licenças de Operação 277/1996 e 278/1996, a que se reportam as peças de fls. 257-258, em fotocópia, bem assim, de outras que lhes tenham sucedido, para fins de operação do empreendimento descrito nos autos.

Determino, ainda, à promovida o cumprimento de obrigação de fazer, consistente na retirada da tubulação que compõe o mineroduto descrito nos autos, no prazo de 30 (trinta) dias e reparar o dano ambiental resultante da sua instalação e operação, devendo, para essa finalidade, apresentar competente projeto elaborado por técnico habilitado e submetido à análise do Ibama, também no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste acórdão mandamental e, após regular aprovação pelo referido órgão ambiental, concluídos os respectivos trabalhos, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos dos arts. 139, inciso IV, e 537, § 1º, incisos I e II, e § 2º, do CPC vigente, sem prejuízo das sanções previstas no § 3º do art. 536 do referido diploma processual civil, a ser revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (Lei 7.347/1985, art. 13), devida desde o dia em que configurado o descumprimento.

Condeno, por fim, a promovida ao pagamento de indenização à comunidade indígena afetada, em montante a ser apurado em regular liquidação do julgado, por arbitramento, em virtude dos impactos decorrentes da implantação e operação do mencionado empreendimento.

Com vistas na eficácia mandamental deste julgado, oficie-se, de logo, aos senhores presidentes da Funai e do Ibama, bem assim da promovida Pará Pigmentos S.A., para fins de integral cumprimento, nos termos acima explicitados.

Este é meu voto.

(Apelação Cível 2006.34.00.020010-0/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 11/04/2018.)

Constitucional e Ambiental. Ação civil pública. Parque Nacional das Nascentes do Parnaíba. Criação por decreto em 2002. Falta de implementação. Omissão estatal. Prejuízos ambientais para a bacia hidrográfica do Rio Parnaíba. Comprovação. Adoção de medidas necessárias para efetivar a unidade de conservação. Cabimento. Ilegitimidade passiva do Ibama rejeitada. Ilegitimidade passiva da União Federal acolhida. Impossibilidade jurídica do pedido afastada.

I. Na espécie, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Ibama, na medida em que foi declinado pedido específico de repasse imediato dos “recursos disponíveis da Câmara de Compensação Ambiental”, sendo que a

destinação de recursos está a cargo do Comitê de Compensação Ambiental Federal, que é presidido pelo Ibama. Ademais, o Ibama é responsável pela fiscalização dos recursos ambientais. Preliminar rejeitada.

II. Em sendo assim, procede a alegação de ilegitimidade passiva da União Federal, uma vez que, nos termos do art. 2º da Lei 7.735/1989, compete ao Ibama o exercício do poder de polícia ambiental, assim como a execução de ações das políticas nacionais de meio ambiente, *“referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente”*, não havendo justificativa legal, portanto, para a manutenção da União Federal no polo passivo da presente demanda, em especial, porque a sentença recorrida limitou-se a condenar órgão federal a exercer o poder de polícia, *“no sentido de coibir ações predatórias na Bacia Hidrográfica do Rio Parnaíba”*, atribuição esta do Ibama. Preliminar acolhida.

III. No que tange à alegação de impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de impossibilidade de imposição judicial ao Poder Público de obrigações de fazer, consistentes na adoção de medidas positivas de proteção ao meio ambiente, não prospera o inconformismo do Ibama e do ICMBio, na medida em que o provimento jurisdicional perseguido, no sentido de obrigar os requeridos a implementar unidade de conservação ambiental, encontra assento legal e constitucional, na linha de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção, da proibição do retrocesso ecológico e do desenvolvimento sustentável.

IV. *“A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos Tribunais, inclusive nos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que, embora não competindo, em princípio, ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, limitando-se a sua atuação, em casos assim, ao exame dos aspectos da legalidade e da moralidade do ato administrativo, cabendo à Administração Pública decidir sobre os critérios de conveniência e oportunidade, constatada a inércia do Poder Público, com riscos iminentes de danos irreversíveis, notadamente em se tratando de interesses difusos e coletivos, como na hipótese em comento, afigura-se legítima a intervenção jurisdicional, para suprir a referida omissão, sem que isso represente violação ao princípio da separação dos poderes”* (AC 0046682-54.2010.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 23/05/2017).

V. Ademais, na hipótese, o provimento jurisdicional perseguido encontra-se em total sintonia com 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*).

VI. No mais, restou comprovada a omissão do Ibama e do ICMBio em efetivamente implementar o Parque Nacional das Nascentes do Parnaíba, criado por decreto desde 2002, estando a respectiva área pendente de levantamento fundiário e sob uma série de riscos ambientais, tais como queimada para renovação de pastos, uso inapropriado do solo, extração clandestina de madeira, tráfico de fauna silvestre, desmatamento, entre outras práticas que têm contribuído para a sofrível situação de conservação da Bacia Hidrográfica do Parnaíba, conforme se extrai do relatório de visita realizada na região das Nascentes do Parnaíba, a confirmar a premente necessidade de implementação da mencionada unidade de conservação e das demais medidas ambientais requeridas pelos autores.

VII. Além disso, não há que se falar em *“dificuldades no levantamento fundiário”* e em *“morosidade do Poder Judiciário”*, tendo em vista que, consoante bem destacado pela sentença monocrática, o próprio decreto instituidor da unidade de conservação excepcionou determinadas terras produtivas para agricultura, sendo que a pendência judicial referente à legalidade do ato normativo criador do Parque Nacional já foi decidida favoravelmente a este. A todo modo, as ordens judiciais independem da atuação dos promovidos na presente demanda, de forma que não devem constituir óbice à efetivação do Parque Nacional em referência.

VIII. 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 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. 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 consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) (CF, art. 225, § 1º, IV)” (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 172, de 12/06/2012).

IX. Apelação da União Federal provida, para reconhecer sua ilegitimidade passiva, na espécie extinguindo o processo sem resolução do mérito (CPC/73, art. 267, VI). Apelações do Ibama e do ICMBio desprovidas.

(Apelação Cível na Ação Civil Pública 2007.34.00.038388-4/DF, Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 20/04/2018, p. 14.843)

Constitucional e Administrativo. Ibama. Criação de psitaciforme. Apreensão de papagaio criado em ambiente doméstico. Riscos à sobrevivência do animal. Ilegitimidade. Observância dos fins da norma ambiental. Proteção da fauna em novo habitat ecologicamente equilibrado. Sentença reformada.

I. A atuação do órgão ambiental há de se desenvolver na linha autoaplicável de imposição ao Poder Público e à coletividade do 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*). Em sendo assim, esse equilíbrio há de se efetivar de forma mútua, envolvendo o homem, a fauna e a flora, de modo que a apreensão de animal silvestre, criado em ambiente doméstico, como no caso, em que não se verifica a ocorrência de qualquer mau-trato e/ou a exploração ilegal do comércio de aves, numa relação harmoniosa e benéfica para ambos os lados, afigura-se-lhe infinitamente mais carregada de prejudicialidade do que a sua permanência sob a cuidadosa e eficiente guarida daqueles que já a detêm, como no caso em exame.

II. Na espécie dos autos, o papagaio “Chico”, sem dúvida, já encontrou um novo “habitat”, com as características de integração do homem-natureza, em perfeito equilíbrio socioambiental, onde o carinho humano, que se transmite aos pássaros, elimina-lhes as barras do cativeiro, propiciando-lhe um ambiente familiar, ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida deles próprios e daqueles que os cercam, em clima de paz e felicidade. Retirá-lo desse convívio humano é cometer gravíssima agressão ambiental, o que não se recomenda, nem se permite, no caso.

III. Apelação provida, para julgar procedente o pedido inicial e anular o Auto de Infração 622421, série D, tornando insubsistente a multa aplicada e reconhecendo em favor do promovente o direito à guarda doméstica definitiva do animal apreendido.

(Processo na origem: 211749220134013800, Apelação Cível 0021174-92.2013.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Comunidade tradicional de ribeirinhos. Programa Várzea Nossa. Regularização fundiária. Interesse social e individual indisponível. Omissão do Poder Público. Legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal. Indeferimento da inicial. Violação ao art. 321, caput, do CPC e ausência de fundamentação não ocorridas. Nulidade da sentença.

I. O indeferimento da petição inicial, amparado em suposta ilegitimidade ativa *ad causam* do suplicante, como no caso, não atrai a incidência da norma do art. 321, *caput*, do CPC (intimação prévia para fins de emenda à inicial). Rejeição da preliminar de nulidade da sentença, sob esse fundamento.

II. Encontrando-se suficiente fundamentado o julgado impugnado, como na espécie, não se configura sua nulidade por suposta ausência de regular motivação.

III. Na hipótese dos autos, contudo, amparando-se a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal em premissa inerente ao próprio mérito da demanda (suposta ausência de comprovação da dominialidade da União Federal quanto à área em relação a qual se pretende a regularização fundiária), afigura-se a ocorrência de indeferimento liminar da peça de ingresso, antes mesmo da instrução processual, na medida em que a questão somente poderá ser resolvida, em seu mérito, após regular dilação probatória.

IV. De ver-se, ainda, que, em se tratando de demanda onde se busca a proteção de direito fundamental à moradia, como garantia constitucionalmente assegurada em nossa Carta Magna, tendo por beneficiária comunidade tradicional ribeirinha, localizada na Ilha do Marajó/PA, destinatária do Programa Nossa Várzea, projeto desenvolvido pela Secretaria do Patrimônio da União – SPU, e que tem como objetivo promover a regularização fundiária de ocupações em terras públicas utilizando o termo de autorização de uso, segundo o qual a União reconhece o direito à ocupação e possibilita a exploração sustentável das áreas de várzeas, representando para as famílias ribeirinhas um comprovante oficial de residência e uma garantia de acesso a aposentadoria, a recursos do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) e a outros programas sociais do Governo Federal, a revelar que a pertinência subjetiva do Ministério Público Federal decorre das atribuições constitucionais de defesa de interesses difusos, sendo desnecessário o reconhecimento de interesse de determinado ente estatal no feito, devendo sobressair sua missão institucional de promover a proteção da coletividade, notadamente na área da garantia fundamental à moradia, a demonstrar que, na espécie, o provimento judicial reclamado envolve, também, interesses federais e sociais relevantes, do que resulta a sua legitimidade ativa *ad causam*, por força do que dispõem o art. 129, inciso II, da Constituição Federal.

V. Apelação parcialmente provida. Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos ao juízo de origem, para fins de regular instrução e oportuno julgamento do mérito da pretensão deduzida na peça inicial.

(Processo na origem: 342082320164013900, Apelação Cível 0034208-23.2016.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Sexta Turma

Ambiental, Administrativo e Constitucional. Apreensão de bens e de instrumentos utilizados na prática da infração ambiental. Parâmetros constitucionais e infraconstitucionais que embasam a atividade da Administração Pública. Estrita observância. Intervenção judicial excepcionalíssima. Hipótese em que o impetrante é o proprietário do bem apreendido.

I. O tratamento da questão ambiental não pode prescindir da estrita observância dos diversos parâmetros e balizas constitucionais e infraconstitucionais a ela atinentes.

II. No que toca ao meio ambiente, a sensível relação entre direitos e deveres foi abarcada no *caput* do art. 225 da Constituição Federal. Em tal dispositivo, coexistem a imposição de um dever difuso de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações; e previsão de um direito, do qual todos são igualmente titulares, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, dado que se trata de um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida.

III. Nosso ordenamento jurídico foi dotado de normas legais que reverberam os postulados acima aludidos. Não faltam prerrogativas, na Lei 9.605/1998 e no Decreto 6.514/2008, atribuídas ao administrador, para, coercitivamente, sancionar o infrator.

IV. Entre tais sanções — adotadas, é bom frisar, no legítimo exercício do poder de polícia da Administração Pública —, estão justamente aquelas cuja categoria se discute nessa ação, que vem a ser a apreensão dos produtos e instrumentos relacionados às correspondentes infrações administrativas.

V. A norma legal é categórica: caracterizada a infração administrativa, a apreensão dos materiais nela utilizados é devida, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa no âmbito de regular processo administrativo.

VI. Havendo — como na hipótese dos autos — elementos que sinalizam o claro risco de nova utilização do bem apreendido em atividade ilícita, a pretendida determinação judicial de restituição de bem apreendido se constituiria, a toda evidência, em indevida e injustificada intervenção judicial na esfera de atuação da Administração.

VII. A intervenção judicial, em casos tais, a um só tempo, traz enormes prejuízos à autonomia do gestor público ambiental — porquanto desautoriza o poder de polícia regularmente exercido —, assegura a impunidade pela infração cometida e incentiva a progressiva degradação do meio ambiente.

VIII. Está pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que *“a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura [...]”*. Nesse sentido, entre muito outros, o REsp 1.454.281, Min. Herman Benjamin, DJ de 09/09/2016.

IX. Em sua versão atualizada pela Lei 12.376/2010, a “Lei de Introdução ao Código Civil” — hoje chamada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” — enuncia desde a década de 40 (quarenta) do século passado o postulado de que a ninguém é dada a escusa de descumprir a lei sob a alegação de que a ignora (art. 3º do Decreto-Lei 4.657, de 04/09/1942).

X. Na hipótese dos autos, é possível se depreender que a impugnada sanção administrativa obedeceu ao contraditório e à ampla defesa. E o correspondente auto de infração apresenta particularidades que não deixam dúvida quanto à ilegalidade da atividade de garimpagem da qual o bem apreendido participara, com a plena consciência, por parte de seus agentes, da ilicitude do ato perpetrado.

XI. Do correspondente auto de infração constou o flagrante da prática de atividade garimpeira sem autorização legal; e a autoridade impetrada salientou que o impetrante já é reincidente na autoria de infrações análogas de degradação ambiental, havendo registro de dois outros autos em seu desfavor (133.567/D; e 126.949/D), sendo que, no último deles, ateara fogo em uma área de 161 (cento e sessenta e um) hectares sem autorização do Ibama.

XII. Apelação e remessa necessária de que se conhece e a que se dá provimento para, reformando a sentença, denegar a ordem.

(Numeração única: 0002525-30.2009.4.01.3603, Apelação Cível 2009.36.03.002540-5/MT, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 21/02/2018, p. 2.114)

Decisões Monocráticas

Agravo de Instrumento 0015798-40.2017.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai, contra decisão proferida pelo ilustre Juízo da Vara Única da Subseção Judiciária de Teixeira de Freitas, Seccional do Estado da Bahia, que, nos autos da Ação de Reintegração de Posse 5445-27.2016.4.01.3313, deferiu a liminar ali postulada, “para que seja a autora Lurdes Lemos Santos reintegrada na posse da Fazenda Taj Mahal” (fl. 93).

A agravante insurge-se contra a reintegração de posse, sustentando, em síntese, que “a tutela da posse indígena prescinde da conclusão do processo demarcatório, sendo suficiente a conclusão do laudo antropológico que confirme a posse indígena na região” (fl. 16), e que o imóvel invadido “encontra-se sobreposto aos limites da área da TI Comexatibá, ora submetida a processo de regularização fundiária, que já foi regularmente identificada e delimitada, encontrando-se pendente a sua declaração pelo Ministério da Justiça e homologação pela Presidência da República, em conformidade com o procedimento legal do Decreto 1.775/96” (fl. 18).

Afirma que há risco de agravamento do quadro de animosidade entre as partes envolvidas, em caso de execução da ordem de reintegração de posse. Assim, defende que os indígenas devem ser mantidos na área em litígio até que seja concluído o processo administrativo de demarcação em curso.

Por fim, requer a concessão da antecipação dos efeitos da pretensão recursal, a fim de que seja suspenso o cumprimento da reintegração de posse em favor da parte ora agravada.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do agravo de instrumento (fls. 198-213).

É o relatório.

Decido.

Nos termos do art. 1.019, I, do Código de Processo Civil em vigor, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, suspendendo liminarmente a decisão recorrida, desde que demonstrados o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e a probabilidade de provimento do recurso.

A possibilidade de suspensão da eficácia da decisão recorrida pelo relator do recurso também está prevista no parágrafo único do art. 995 do Código de Processo Civil, sempre que demonstrados o risco de dano grave e a probabilidade de provimento do recurso. Confira-se:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Em análise de cognição perfunctória, entendo cabível a concessão de efeito suspensivo pleiteado, diante da demonstração da existência de elementos que evidenciam a probabilidade de provimento do recurso.

A Constituição Federal de 1988 garante aos índios o direito à posse permanente sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas (art. 231). Esse direito deve ser desde logo resguardado, de maneira que a demarcação é apenas uma consequência lógica e necessária dessa proteção constitucional. Assim, forçoso reconhecer que a proteção do direito dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam é garantia de sua própria sobrevivência, resguardando sua cultura, costumes e tradições.

Estabelece o § 6º do art. 231 da Constituição Federal de 1988 que são nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não gerando esses atos qualquer efeito jurídico nem direito à indenização contra a União, ressalvadas, na forma da lei, as indenizações quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Anote-se, ainda, que as terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas são inalienáveis, indisponíveis e, os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da CF/1988).

Há que se ressaltar que a proteção dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras foi introduzida em nível constitucional em 1934, e foi repetida em todas as Constituições seguintes. Impende registrar, ainda, que os direitos dos índios sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, de maneira que o ato de demarcação se reveste de natureza meramente declaratória de uma situação jurídica preexistente, e não constitutiva, conforme bem pontuado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (STF, Pleno, Petição 3.388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 19/03/2009).

No caso dos autos, a autora, ora agravada, ingressou com ação possessória em 19/09/2016, em razão de invasão do seu imóvel denominado "Fazenda Taj Mahal", situado no Município de Prado/BA, ocorrido em 19/09/2015, por índios da etnia Pataxó.

A decisão agravada determinou a reintegração de posse em favor de Lurdes Lemos Santos, por entender ter ocorrido esbulho possessório por parte dos indígenas.

Ocorre que, conforme consta do despacho do presidente da Funai, de 22/07/2015, proferido no Processo 08620.015274/2014-48 (cf. fl. 189), houve demarcação da área referente à reserva indígena Comexatibá, no Distrito de Cumuruxatiba, Município do Prado/BA, sem que tenha sido realizada homologação.

No entanto, o fato de inexistir homologação da demarcação administrativa ali realizada pela Funai, em cujo perímetro o imóvel rural objeto da presente lide encontra-se inteiramente encravado, não impede o reconhecimento da existência da reserva indígena, de modo que se consideram inválidos os atos jurídicos firmados por particulares com Estado da Bahia.

É de se observar que a Ação Civil Ordinária 312 (STF, ACO 312, Pleno, julgada em 02/05/2012, com trânsito em julgado em 04/06/2016, *DJe* de 25/04/2016) impôs a observância do regime jurídico constitucional da Constituição Federal de 1967 para disciplinar a relação material em juízo, envolvendo conflito sobre títulos de propriedade sobre imóveis situados no sul da Bahia, em reserva indígena. Foi registrado, naquele feito, que, diante dos registros históricos remontando ao século XVII, não havia dúvidas quanto à presença de índios na área em litígio desde o período anterior ao advento da Constituição Federal de 1967.

Naquele mesmo julgado, o STF firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento do direito à posse permanente dos índios independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação, uma vez que a tutela dos direitos dos índios decorre diretamente do Texto Constitucional.

Assim, diante da necessidade de solucionar o litígio envolvendo interesses contrapostos de índios e não índios, e considerando a iminência do cumprimento da ordem judicial de reintegração de posse, entendo cabível a concessão da medida pleiteada, tendo em vista a comprovação da plausibilidade do direito alegado e do perigo de dano grave e de difícil reparação.

Com efeito, em julgamento recente, o STF decidiu situação análoga à dos autos (Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.111/BA), tendo deferido liminar para suspender os efeitos da decisão que havia determinado a reintegração de posse até a prolação da sentença de mérito no feito de origem.

Por oportuno, transcrevo excerto da decisão exarada pela presidente do STF nos autos da SL 1.111 MC/BA:

[...]

6. A presente medida de contracautela volta-se contra decisão pela qual o juízo da Vara Federal Subseção Judiciária de Teixeira de Freitas/BA determinou, liminarmente, a reintegração dos proprietários de Fazendas "Porta da Magia" e "Aldeia da Lua" na posse dos imóveis rurais, fixando o prazo improrrogável de trinta dias para a execução da medida, a ser cumprida com o apoio da Polícia Federal e da Polícia Militar da Bahia. Para tanto, assentou a impossibilidade de se reconhecer a ocupação tradicional da Terra Indígena Cahy Pequi pelos índios Pataxó de Comexatibá enquanto não concluídas todas as etapas do processo demarcatório. Realçou, assim, a ilegitimidade do exercício prematuro da autotutela pelos indígenas para retomada das terras por ele reivindicadas como tradicionais, ao menos até a conclusão do procedimento administrativo e a desconstituição dos títulos de domínio que amparam a proteção possessória deduzida naquela ação.

Na mesma linha, realçando a ilegitimidade da invasão e a necessidade de se desestimular a adoção dessa prática, sob pena de agravar o conflito fundiário na região, pronunciou-se o Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

7. Ao analisar caso análogo ao presente, no qual se apontava que a execução de ordem de reintegração de posse de imóvel ocupado por indígenas, com o uso de força policial, colocaria em risco a ordem e a segurança pública, potencializando o agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios, destaquei:

“12. Se, de um lado, parece haver precipitação na promoção de ocupação de imóveis particulares a partir da conclusão de estudos antropológicos levados a efeito pela Funai, sem se aguardar a homologação do resultado desse estudo com a consequente declaração formal da tradicionalidade da ocupação indígena na região pela autoridade competente e, principalmente, sem que se apresse a conclusão do processo administrativo de demarcação, de outra parte não há como se subestimar que a demora na conclusão do processo administrativo competente, muitas vezes interceptado com excessiva judicialização de demandas sobre cada caso, incentiva a autotutela de interesses, o que resulta no aprofundamento do conflito fundiário na região e no emprego crescente da violência.

Não obstante seja de se reconhecer que a reintegração do possuidor direto na posse do imóvel rural restabelece a ordem fática instabilizada pelo esbulho judicialmente reconhecido, não é de desprezar que o exercício da força para a prática deste ato constitui mais um elemento desestabilizador do quadro social, colocando em risco a segurança de todos.

Nessa linha é que se revela a plausibilidade da argumentação traçada pela Funai ao afirmar haver “grande número de indígenas estão envolvidos na operação de retomada, dentre crianças, adultos e idosos, cuja retirada compulsória, e com o uso da força policial, poderá ensejar enfrentamentos entre os indígenas e fazendeiros, ou entre indígenas e os próprios policiais, colocando em risco a vida, a saúde e a incolumidade física de todos os envolvidos” (fl. 13). [...]

Qualquer que seja o lado sob o qual se analise o conflito narrado nos autos, é de se observar que o exercício indiscriminado da autotutela de direitos, seja pelas retomadas pelos indígenas das terras reivindicadas como ocupação tradicional indígena, seja pelo exercício de desforço próprio para a proteção do direito à propriedade legalmente constituída, tem nutrido atos de antijurídica, inaceitável e desmedida violência, com níveis críticos de beligerância a justificar o envio mesmo de unidades da Força Nacional para garantir a ordem e a segurança e para preservação de vidas humanas.

13. Na esteira da observação posta na inicial da presente suspensão de liminar e nos documentos a ela acostados há fundado risco de que as condições de violência na localidade se acirrem com o imediato cumprimento da ordem de reintegração na forma e no prazo determinados, o que potencializa o risco à integridade física de índios e não índios que ocupam a área sem o prévio cuidado a ser adotado para que tal medida se execute sem gravames.

Comprovada está ameaça à segurança das pessoas que estejam na área, evidenciando-se iminente e grave risco para todos, a justificar o uso excepcional da atribuição cautelar do juízo questionado.” (SL 1037, DJe 21.2.2017)

8. Essa mesma compreensão há de ser aproveitada no presente caso, pois a reintegração dos autos da ação possessória na posse dos imóveis em questão, dos quais estão afastados desde 3.7.2013, portanto, há mais de quatro anos, aliada à publicação da conclusão do relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Comexatibá (Cahy Pequi) como tradicionalmente ocupada pelos índios Pataxó, pode se traduzir em elemento encorajador da resistência à desocupação pelos indígenas, potencializando o clima de hostilidade e tornando inevitável o uso da força para o cumprimento da ordem judicial, do que poderiam decorrer consequências gravíssimas.

[...]

9. É inegável a necessidade de se chegar a uma solução para o conflito fundiário a envolver a contraposição de interesses de índios e não-índios. Essa composição não tem sido favorecida nem abreviada pelo exercício abusivo da autotutela e pelo emprego da violência das partes ao invés de se dar o diálogo e o respeito à ordem jurídica vigente.

10. O contexto parece demonstrar risco de acirramento dos ânimos das partes em conflito e consequente agravamento do quadro de violência, o que conduz ao reconhecimento da plausibilidade do alegado risco à ordem e à segurança pública.

(grifei)

Diante do exposto, *defiro* o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a suspensão do cumprimento da medida que determinou a reintegração de posse do imóvel objeto da contenda, até o julgamento final do presente recurso.

(Agravo de Instrumento 0015798-40.2017.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Daniele Maranhão, e-DJF1 de 29/11/2017, p. 542)

Recurso Extraordinário em Apelação Cível 2004.32.00.000853-0/AM

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União Federal, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão deste Tribunal ementado nesses termos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERRAS INDÍGENAS (ALDEIA ARIABÚ). PARQUE NACIONAL DO PICO DA NEBLINA. CONSTRUÇÃO DE ESTRADA VICINAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NÃO EXISTÊNCIA. PRÉVIO ESTUDO

DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AO MEIO AMBIENTE – EIA/RIMA. NÃO REALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE AQUIESCÊNCIA PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, DO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA E DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA. REFLEXOS DANOSOS AO MEIO AMBIENTE E ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS.

I – A Constituição Federal/88, em seu art. 231, dispõe que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”, estabelecendo, em seu § 6º, que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

II – Interpretando a inteligência dos referidos dispositivos constitucionais, o colendo Supremo Tribunal Federal fixou orientação, no sentido de que “a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas”. (Pet 3388, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-PP-00049) – sem grifos no original.

III – 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 consequente 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).

IV – No caso concreto, a construção de estrada vicinal interligando rodovia federal (BR-307) ao 5º Pelotão Especial de Fronteira, para fins de suprimento daquela base militar, instalada em área contígua a terras indígenas, ainda que instalada com a finalidade de salvaguarda da segurança nacional, como no caso, deve sujeitar-se à legislação de regência e à orientação jurisprudencial em referência, hipótese não ocorrida, na espécie, ante a ausência de regular licenciamento ambiental, com a realização e execução de competente prévio Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA/RIMA), aquiescência do Ministério Público Federal, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, bem assim, de autorizativo Decreto Presidencial, do que resulta a sua manifesta irregularidade, manu militari, e, por conseguinte, o encerramento da execução do respectivo projeto, mormente em face dos reflexos danosos, de ordem social, cultural, econômica e ambiental, daí decorrentes.

V – As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer deles, da lei e da ordem (CF, art. 142, caput), pelo que devem respeito e rigorosa observância, por imperativo constitucional (CF, art. 225, § 1º, IV), à legislação ambiental e aos princípios fundamentais da prevalência dos direitos humanos e da indeclinável defesa da paz.

VI – Provimento da apelação do Ministério Público Federal. Sentença reformada, para determinar, em caráter definitivo, a paralisação do projeto de construção de uma estrada vicinal, com previsão de 63.123 km2, ligando o km 112 da BR307 ao 5º Pelotão Especial de Fronteira do Exército Brasileiro, instalado em área adjacente à aldeia indígena Ariabu, pertencente aos índios ianomâni, localizada na região de Matucará, que integra o município de São Gabriel da Cachoeira no estado do Amazonas, condenando-se a União por danos materiais e morais, nos termos do voto do Relator, bem assim, em honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) do valor total da condenação corrigida” (fls. 1054/1056).

Os embargos de declaração opostos pela recorrente foram rejeitados.

Em seu recurso, a recorrente alega a violação aos arts. 37, § 6º, 225, § 1º, inciso IV, e 231, § 6º, da Constituição Federal, arguindo que:

(1) “o Exército Brasileiro não se esquivou às obrigações impostas por lei, tendo provocado os órgãos ambientais competentes antes da realização da obra. Entretanto, o acórdão não considerou o fato de que o projeto e a execução da obra em foco datam de período em que as normas de licenciamento ambiental eram ainda incipientes, estando em vigor apenas a Resolução 1/86 do CONAMA” (fl. 1.145v);

(2) “o dano ambiental já foi reparado mediante acordo devidamente homologado e regularmente cumprido, firmado na ação civil pública 2005.32.00.005553-3” (fl. 1146); (3) “os danos morais supostamente causados à comunidade da Aldeia Indígena Ariabu, localizada no estado do Amazonas, não foram demonstrados” (fl. 1.140).

Concluiu afirmando que “não há nexo de causalidade entre os fatos narrados no acórdão e a conduta da União, o que exclui a responsabilidade civil (art. 37, § 6º, CF) (fl. 1.147).

Decido:

Conforme se depreende das razões recursais, a análise do recurso implicaria no reexame da matéria fático-probatória da lide, o que encontra óbice no enunciado na Súmula 279/STF: “[...] *para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*” (AI 587237 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/06/2010, DJe-120 de 1º/07/2010).

Quanto à suposta ofensa direta ao art. 37, § 6º, da CF, carece do necessário prequestionamento, eis que a matéria não foi apreciada pelo colegiado, e o recorrente sequer opôs embargos de declaração.

Com efeito, não se admite o recurso extraordinário, por falta do necessário prequestionamento, quando a matéria constitucional, submetida à apreciação judicial no momento processual oportuno, não foi decidida no julgado impugnado e não foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão, ainda que a ofensa tenha surgido no acórdão recorrido. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “*o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*” (Cf. STF, AgR no AI 646.853, Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 13/02/2009; AgR no ARE 781.798, Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 14/04/2014).

(Recurso Extraordinário em Apelação Cível 2004.32.00.000853-0/AM, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 13/12/2017, p. 70)

Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Por intermédio da petição de fls. 4.269-4.276, as associações indígenas ali nominadas postularam, dentre outras medidas, a expedição de alvará de levantamento dos valores depositados em cumprimento ao julgado proferido nestes autos.

Instados a se manifestar acerca do pedido em referência, aquiesceram com o pleito o Ministério Público Federal (fl. 4.584), a Associação Indígena Pore Kayapo e a Associação Indígena Tutu Pombo (fls. 4.602-4.604).

Por intermédio da petição conjunta de fls. 4.615-4.617v., o Ministério Público Federal e as Associações Indígenas Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do O-Od-Já, Kakarekre de Defesa do Povo Xikrin do Djudjeko, Porekrô de Defesa do Povo Xikrin do Catetê, Poré Kayapo e Tutu Pombo veicularam novo pedido de expedição de alvará de levantamento dos valores em referência, em partes iguais para a etnia Xikrin e para a etnia Kayapó, nos termos ali estabelecidos e conforme Termos de Ajustamento de Conduta de fls. 4.689-4.697, 4.700-4.708, 4.711-4.719 e 4.752-4.760, bem assim, nas planilhas de cálculos carreadas para os autos, a saber:

1) R\$ 19.287.766,40 (dezenove milhões, duzentos e oitenta e sete mil, setecentos e sessenta e seis reais e quarenta centavos), para a etnia XIKRIN, compreendendo as aldeias: Ô-Ôdjã (171 indígenas), Cateté (707 indígenas) e Djudjeko (430 indígenas);

2) R\$ 19.287.766,40 (dezenove milhões, duzentos e oitenta e sete mil, setecentos e sessenta e seis reais e quarenta centavos), para a etnia KAYAPÓ.

Acerca do levantamento dos valores inicialmente depositados nestes autos, acolhendo pleito formulado nos autos do AI 0027838-88.2016.4.01.0000/PA, interposto pelas referidas Associações Indígenas, pronunciei-me, com estas letras:

[...]

Como visto, ao indeferir o pedido em referência, amparei-me na premissa de que a decisão proferida pelo juízo monocrático já teria sido objeto de exame, e de indeferimento, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Reclamação nº 24.179/PA.

Verifico, contudo, que, conforme bem acentuou o douto Ministério Público Federal, aquela mesma Suprema Corte, por intermédio da sua douta Presidência, ao examinar o pedido de levantamento dos valores depositados nos autos de origem, formulado no bojo da Suspensão de Liminar nº 933/PA, assim se pronunciou:

“[...]”

Muito bem. Ressalto inicialmente que, em sede de suspensão, não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Nesse sentido, atentando-se para os estreitos limites da via da contracautela, destaco que o cumprimento de decisão, proferida pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, que defere pedido de suspensão deve ser realizado pelo juízo que primeiro prolatou a decisão combatida, a ele cabendo, igualmente, tomar as medidas que entender necessárias em caso de eventual descumprimento da ordem judicial. Somente na hipótese de descumprimento de decisão da Presidência pelo juízo competente é que a parte deverá incumbir-se de comunicar a esta Suprema Corte

Vê-se, assim, que a decisão combatida, a que se reporta a douta Presidência do Supremo Tribunal Federal no julgado acima transcrito, é aquela por fim proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0042106-84.2015.4.01.0000, objeto de impugnação nos autos da mencionada Suspensão de Liminar nº 933/PA, razão por que, a toda evidência, as questões alusivas ao levantamento dos valores depositados no feito de origem, por força do que restou ali decidido haveria de ser submetidas à apreciação desta Relatoria e não perante o juízo monocrático, como no caso.

Registre-se, por oportuno, que, diferentemente do que sustenta a recorrida Vale S/A (Mineração Onça Puma), a circunstância de que o agravo de instrumento em referência, e os demais por ela relacionados, teriam origem comum na decisão inicialmente proferida pelo juízo monocrático, por si só, não tem o condão de autorizar àquele juízo a deliberação acerca do pretendido levantamento, tendo em vista que, ainda que se desconsiderassem os fundamentos acima lançados, encontrando-se tal decisão submetida ao reexame da Corte Revisora, como na espécie, o decimus que se lhe seguiu a substituirá em todos os seus termos, por força do que dispunha o art. 512 do CPC vigente na época e dispõe o art. 1008 do CPC em vigor, razão por que, eventual discussão envolvendo os desdobramentos daí decorrentes, inclusive, no que pertine ao pretendido levantamento dos valores depositados, deverá ser submetida ao tribunal ad quem, sob pena de manifesta usurpação de competência jurisdicional.

De ver-se, ainda, que, nessa linha de entendimento, a matéria alusiva ao levantamento dos valores em referência, encontra-se na linha da eficácia plena da decisão proferida nos autos do mencionado Agravo de Instrumento nº 0042106-84.2015.4.01.0000, em que se busca a concessão da antecipação da tutela postulada nos autos de origem, a autorizar a sua impugnação, na via recursal eleita.

No mais, conforme já consignado na referida decisão de fls. 1417/1426, os elementos carreados para os presentes autos demonstram que, efetivamente, até o presente momento, a recorrida Vale S/A ainda não deu efetivo cumprimento à determinação judicial proferida pela douta Presidência do colendo Supremo Tribunal Federal, no bojo da sobredita Suspensão de Liminar nº 933/PA, em que se lhe assegurou o direito à continuidade das atividades de mineração do Empreendimento Mineração Onça Puma, “sem prejuízo de implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que deverão ser finalizadas em até 120 (cento e vinte) dias, sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades”, como também o juízo singular não definiu, até a presente data, sobre a qualificação e designação dos peritos aptos a realizar a perícia por ele designada nos autos principais (fls. 1444/1445), visando apurar os danos etno-ambientais já ocorridos e os que ainda possam vir a ocorrer na dimensão dos impactos negativos devidamente constatados por laudo antropológico constante dos autos.

Com efeito, a própria Vale S/A noticia que ainda não deu integral cumprimento à determinação em referência, na medida em que se limitou a veicular justificativas acerca desse descumprimento, consistente na alegação de que, em relação às Aldeias Xikrin, teria elaborado e apresentado Plano Básico Ambiental, mas que estaria sendo impedida de implementar as medidas compensatórias ali previstas, diante da resistência das comunidades indígenas.

Com a devida vênia, tais alegações não servem de suporte para justificar o confessado descumprimento da decisão em referência. A uma, porque, diferentemente do que sustenta a referida recorrida, a pretensão deduzida no feito de origem é no sentido de que sejam implementados o Plano de Gestão Econômica Ambiental e demais medidas compensatórias dos impactos ambientais causados às referidas comunidades indígenas, e não, apenas, Plano Básico Ambiental – PBA, conforme assim aventada pela suplicada, sendo de se destacar que eventual concordância da FUNAI quanto a essa substituição não tem o condão de inibir o cumprimento do decisum nos termos proferidos no mencionado Agravo de Instrumento nº 0042106-84.2015.4.01.000 e, nessa extensão, chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da multicitada Suspensão de Liminar nº 933/PA, que se limitou a conceder um prazo suplementar de 120 (cento e vinte) dias, para essa finalidade, ainda não cumprido, na espécie. A duas, porque, em havendo resistência, por parte das comunidades indígenas quanto ao acesso às suas respectivas áreas territoriais para fins da referida implantação, caberia à mencionada empresa agravada adotar as medidas cabíveis, inclusive perante o órgão julgador, a fim de que lhe fosse franqueado o acesso para essa finalidade, hipótese não demonstrada, na espécie dos autos.

Por oportuno, impende lembrar, aqui, os fundamentos por mim lançados nos autos do referido agravo de instrumento, in verbis:

“[...]”

Como visto, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etno-ambientais suportados pelas comunidades indígenas indicadas nestes autos, restou mantida, por este Tribunal, ainda que em sede provisória, nos autos do agravo de instrumento em referência.

De igual forma, desde que o próprio juízo monocrático reconheceu a efetiva ocorrência dos impactos etno-ambientais decorrentes da implementação do empreendimento descrito no feito de origem, do que resultou, inclusive, além de outros malefícios aos membros das comunidades indígenas atingidas, impeçilos ao seu modo de vida, decorrentes da má qualidade da água do rio Cateté, que servia para pesca e banho, entre outras atividades, afetando, ainda, a fauna utilizada para caça e a própria cultura dos povos indígenas daquela região, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão agravada:

“[...]”

Ao se analisar os inúmeros e extensos relatórios trazidos pela vale S/A, juntados aos anexos I, II, III, IV, V e VI, verifica-se que, em que pese a existência de metas, indicadores, previsão de custos, análises prévias com chancelamento da FUNAI, não se constata qualquer medida efetiva implementada, com resultados objetivos, referentes ao plano de gestão econômica, para autossustentabilidade das comunidades indígenas, em razão dos impactos ocasionados pelo empreendimento em torno das aldeias, as quais estão sofrendo diretamente os efeitos da atuação empresarial para manutenção de sua sobrevivência.

Outro ponto que vejo como mais proeminente, a ser debruçado nesta análise, surge a partir do relatório trazido pela FUNAI, juntado às fls. 2.026/2.028, acerca da qualidade da água no Rio Cateté no trecho situado no interior da Terra Indígena Xikrin do Cateté, apontando que o projeto incide sobre diversos corpos hídricos que são drenados do rio, os quais, dentre as monitorações de sua água, constatou-se a ocorrência de concentração de metais fora dos limites estabelecidos ainda em 2013.

Constatou-se ainda que no ano de 2014 houve um aumento anormal de casos de malformação de recém-nascidos entre as mulheres do povo Xikrin do Cateté, confirmada a ocorrência de seis casos nos últimos 3 anos.

Assim, o perigo da demora vem se intensificando com o decorrer do tempo, através de impactos ocasionados ao meio ambiente e às comunidades indígenas dependentes destes bens naturais. Já a fumaça do bom direito, surge a partir da ausência de comprovação de implementação dos próprios planos advindos dos estudos sociais das comunidades, as quais, neste momento, entendendo que devem ser compensadas pelas omissões e efeitos decorrentes da atuação da Vale S/A.

Portanto, atribuir a celeuma à comunidade indígena, no sentido de que o plano de gestão mais específico não fora implementado por ser de sua responsabilização, não se coaduna com o mínimo razoável, ganhando um caráter de verdadeiro desrespeito em relação ao meio ambiente, seja em relação com as aldeias indígenas, até porque o pedido entre a emissão da licença de operação (2008) até o momento, perfaz o total de quase 10 anos, o que antes se falava em dano provável, hoje o dano já se mostra concreto e intensificado em razão da demora de medidas mitigadoras eficazes”.

A dimensão faraônica do “Projeto Grande Carajás” e do “Holocausto das comunidades indígenas” localizadas em seus marcos territoriais, no agredido cenário amazônico, fora descrito com inegável sabedoria, pelo renomado teólogo e ecologista Leonardo Boff, em sua monografia intitulada “ECOLOGIA: GRITO DA TERRA – GRITO DOS POBRES, que serve de fundamento para a construção de sua Teologia da Libertação, numa visão global do meio ambiente e libertadora da integridade da criação, nos termos seguintes:

“No Estado do Pará está implantado o Projeto Grande Carajás de extração de minérios e minerais estratégicos, bem como agroindústrias e silvicultura. A escala do projeto é de um gigantismo próprio do espírito da modernidade imperial e dominadora da Terra: cobre uma área de 900.000 km², ou seja, a extensão da Inglaterra e da França juntas; está orçado em 62 bilhões de dólares, foi implantado em 13 anos - a inauguração foi em 1980 -, com uma explosão demográfica que ascenderá de 400% a 800% nos próximos anos. Construiu-se em tempo recorde uma estrada de ferro de 890 km que vai de Paraupabas (Carajás) até Porto Madeira, em São Luís do Maranhão (Itaqui). Usinas, cidades, vilas, estradas, parques surgiram de um dia para o outro, constituindo o maior projeto integrado do mundo em áreas tropicais.

Quatro grandes projetos formam o Programa Grande Carajás: um depósito de minério de ferro, duas fábricas de alumínio e a hidrelétrica Tucuruí. Na serra de Carajás, no Pará, a oeste da cidade de Marabá, há um complexo mineral dos mais ricos do planeta: 20 bilhões de toneladas de ferro, com 66% de teor, um dos mais elevados do mundo; 65 milhões de toneladas de manganês; 1 bilhão de toneladas de cobre; 40 milhões de toneladas de alumínio; 100 milhões de toneladas de níquel; 100.000 toneladas de estanho e 100 toneladas de ouro²¹. O projeto é hegemonizado pela Companhia Vale do Rio Doce, uma das maiores estatais brasileiras, em articulação com as grandes multinacionais ligadas à área da mineração, como a Alcoa (Aluminium Company of America), empresa norte-americana e maior produtora mundial de alumínio (60%), a Nalco (Nippon Amazon Aluminium Co.), a Alcan (Aluminium Company of Canada), Alüsuíse, a Billiton-Shell, Patifio, Englardt e outras. Ao longo da ferrovia se instalaram cerca de 30 fundições de ferro-gusa, ferro-ligas e unidades de beneficiamento de outros metais, tudo movido a carvão vegetal. Isso envolve 25 milhões de metros cúbicos de madeira extraída de 1,5 milhão de hectares desmatados. Isso equivale a 35 hectares de mata por dia ou a um quilômetro quadrado a cada três dias. Como bem se disse, está se exportando a floresta Amazônica na forma de ferro-gusa e carvão vegetal, ficando aqui a iluviação dos solos, a extinção de milhares de espécies de vida, o entulhamento dos leitos dos rios e a degradação geral do meio ambiente²².

[...] “A instalação da grande indústria na Amazônia obedeceu demandas do capitalismo internacional. A partir de 1972 o petróleo passou de 2 para 32 dólares, o que acarretou encarecimento da energia elétrica, especialmente no Japão, baseada na utilização do petróleo bruto; encareceu também o transporte dos minerais, especialmente a bauxita, donde se tira o alumínio, fundamental para a indústria. Um terço das indústrias da área no Japão, EUA, Europa teve que fechar. A solução foi transferir estas indústrias para regiões do mundo onde houvesse farta energia, abundância de bauxita e mão-de-obra barata. A Amazônia preenchia amplamente estas condições. Por isso para cá vieram as principais multinacionais ligadas ao ferro e ao alumínio, com uma vantagem: ficaram com as indústrias limpas em seus países e se livraram dos resíduos industriais deletérios, deixados no Terceiro Mundo, como a “lama vermelha”, dejetos da bauxita, altamente tóxicos, armazenados em lagos artificiais. Entende-se também a aceleração dos projetos para atenderem a demanda mundial com um emprego maciço de mão-de-obra: 140.000 trabalhadores assim distribuídos: 27.000 no Projeto Ferro Carajás; 63.000 na construção da barragem de Tucuruí e 50.000 no garimpo de Serra Pelada.²⁴

As principais agressões à natureza amazônica foram perpetradas por conta do Projeto Grande Carajás Agrícola, em articulação com a JICA (Japan International Co-operation Agency, que engloba 22 empresas de investimento japonesas). Embora a agência japonesa recomendasse precauções ecológicas no sentido de harmonizar o desenvolvimento agrícola com a conservação ambiental, a máquina decisória do governo seguiu caminhos tecnocráticos estritos, ignorou a sabedoria milenar das populações nativas, exaltou as virtudes da mecanização e introduziu uma escalada de destruição florestal como jamais antes no Brasil. Expulsou indígenas e caboclos. O governo só oferecia subsídios quando as companhias provavam que tinham “limpado o terreno” quer dizer, desmatado e expulsado as populações nativas e introduzido outras, vindas do Sul do país, que, ilusoriamente, se imaginavam mais preparadas para uma agroindústria moderna por serem descendentes de europeus. Os projetos agropecuários pretendiam criar um rebanho de 2 milhões de cabeças com vistas à exportação. Junto com eles, entretanto, surgiu uma especulação fantástica envolvendo grandes empresas nacionais, como Café Caciue, Varig, Sul América Seguros, e multinacionais, como a Volkswagen, a Liquifarma (química farmacêutica italiana), Atfântica-Boavista (grupo Rockefeller) e outras.

Muitos pecuaristas, para acelerar o desmatamento, utilizavam o desfolhante Tordon 155-Br (agente laranja) ou o Tordon 101-Br, mais devastador ainda, jogados de avião, poluindo os solos, os rios e matando muitas pessoas, especialmente os índios nhambiquaras, que quase foram exterminados.²⁵ Os camponeses expulsos ou ameaçados se articularam em muitos movimentos sindicais. Verificou-se a partir da instalação dos projetos na serra de Carajás uma verdadeira guerra no campo. Em 1985 eram cerca de 100 mortos, em 1986 a cifra ascendeu para 200 e continuou com taxas decrescentes mas ainda altas nos anos posteriores. Os 13.000 índios de 34 tribos diferentes, situados na região, viram suas terras invadidas por criadores de gado e madeiros e muitos deles foram mortos²⁶.

Os projetos de agroindústria e agropecuária não mostraram sustentabilidade. A produção de grandes safras e de criação de gado em pastagens extensivas estão causando danos permanentes ao ecossistema amazônico - erosão do solo, compactação, lixiviação, assoreamento dos rios e represas, poluição atmosférica devida às queimadas fenomenais, algumas tão grandes que foram detectadas por satélites norte-americanos e russos, com o risco de transformar a Amazônia oriental num “deserto vermelho”. Em 1988 num só dia o ônibus espacial Discovery detectou 8.438 incêndios na Amazônia. A máquina planejadora do Estado, uma vez mais, ignorou o enorme potencial de progresso econômico e social oferecido pelas técnicas tradicionais dos grupos nativos. Estudos sobre a tribo caiapó no sul do Pará demonstraram como eles tinham uma classificação cuidadosa das espécies e o manejo hábil da floresta. Sabiam delimitar mais de 40 tipos de florestas, campos e solos com suas respectivas associações de insetos, animais, pássaros, ventos e climas. O que lhes permitiu satisfazer suas necessidades e ao mesmo tempo preservar o equilíbrio do ecossistema regional,²⁷ saber que deveria ser aproveitado pelos técnicos e estrategistas dos grandes projetos com referência ao manejo da floresta Amazônica e à preservação das espécies. Mas que foi soberana e arrogantemente desprezado”.

[...] “As maiores vítimas da penetração de relações de exploração e internacionalização das riquezas da Amazônia foram, entretanto, os indígenas.²⁹ O lema da Funai (Fundação Nacional do Índio), o organismo que deveria protegê-los, era: “Cem mil índios não podem impedir o progresso do Brasil.” Foram cúmplices da via-sacra desses povos originários. Citemos apenas algumas estações.

A primeira, a chacina do paralelo 11 em Rondônia (parte da extrema Amazônia Ocidental), em 1963. Instalam-se grandes fazendas e mineradoras de estanho. Na região viviam cerca de 10.000 índios em 100 aldeias diferentes. Para facilitar a penetração, a firma Arruda e Junqueira ordena que sobre a aldeia dos cintas-largas, durante um cerimonial, se joguem sacos de açúcar. Os indígenas os recolhem alegremente. Logo em seguida, em vôo rasante, são dinamitados e chacinados.³⁰

A segunda, a dizimação dos nhambiquaras, também em Rondônia. No início do século eram cerca de 10.000 no vale do rio Guaporé. Para facilitar a pecuária vinda do Sul, são transferidos para a chapada dos Parecis de terras áridas. Os que escaparam da fome foram tomados pelo sarampo, doença dos brancos. Toda a população nhambiquara de menos de 15 anos foi dizimada. Os que restaram no fértil vale do Guaporé foram atingidos pelos desfolhantes lançados de avião em suas terras. Em 1980, dos 10.000 apenas restavam 650 representantes. Sua saga trágica é bem retratada por um deles:

*“Primeiro, aqui era só índio. Não tinha americano, brasileiro, Funai, nada. Aí chegou o missionário americano, em 1964. Passaram três luas, veio o brasileiro: máquina, trator, caminhão, derrubaram muito pau, botaram fogo e começou: capim, capim, capim, vaca, vaca, fazenda, arame, arame”.*³¹

Terceira estação: a sacrifização dos uaimiris-atroaris nas cercanias de Manaus. Talvez seja a tribo mais atribulada das últimas décadas. Em 1905 contavam-se 6.000. Em 1968 já tinham sido reduzidos a 3.000. Em 1982, a 517, e em 1984, a apenas 350. A proporção do extermínio é da ordem de 6 para 1, nível do tempo da conquista/invasão dos europeus no continente sul-americano. Tal catástrofe biológica se deve às várias políticas desenvolvimentistas implantadas na Amazônia, nas cercanias de Manaus. A construção da estrada Manaus-Boavista, a mineração Taboca S.A. (subsidiária da Paranapanema, que explora cassiterita, estanho) e a construção da usina de Balbina, a que nos referimos acima, atingiram diretamente as terras dos uaimiris-atroaris. Chegou-se a mudar o nome dos rios para ludibriá-los e dizer que o alagamento da barragem de Balbina sobre o rio Uatumã não atingiria suas terras. O rio Uatumã, que faz limite com a reserva indígena, passa a ser chamado de Pitinga; o nome Uatumã é transferido para um igarapé menor. Durante a construção da estrada Manaus-Boa Vista foram atacados por helicópteros e pequenos aviões militares do governo, incendiadas suas malocas, com a morte de muitos índios. Pelo menos num caso, o comando militar da Amazônia ordenou a utilização de armas químicas contra os uaimiris-atroaris indefesos. Nas várias agressões sofridas, das 60 vilas indígenas subsistiram em 1987 apenas dez. Com razão se fala de etnocídio.³² Hoje esses indígenas se afundaram na selva, reduzidos a seu silêncio, sepultados no esquecimento de nossa cultura ecocida e que provoca holocaustos nas populações originárias.

Não há páginas para contar toda a saga trágica dos indígenas amazônicos, como a dos caiapós, dos paracanãs, dos txucaramães, dos crenacarores, dos gaviões e de tantos outros. Mas os sobreviventes confiam na força da terra e da justiça das coisas sagradas. O Conselho Mundial dos Povos Indígenas emitiu em 1975 em Port Alberni uma declaração solene na qual expressa sua esperança contra todas as esperanças:

*“Entretanto, não nos puderam eliminar, nem nos fazer esquecer o que somos, porque somos a cultura da terra e do céu. Somos de uma ascendência milenar e somos milhões. E mesmo que nosso universo inteiro seja destruído nós viveremos por mais tempo que o império da morte.”*³³. (o grifo é nosso)

(Leonardo Boff. *Ecologia: Grito da Terra – Grito dos Pobres*. Editora Sextante. 2004. São Paulo – SP – págs. 134/141.)

Neste contexto, merece destaque as oportunas observações da Carta Encíclica Social-Ecológica *Laudato Si*, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015, na inteligência de que: *“Muitas formas de intensa exploração e degradação do meio ambiente podem esgotar não só os meios locais de subsistência, mas também os recursos sociais que consentiram um modo de viver que sustentou, durante longo tempo, uma identidade cultural e um sentido da existência e da convivência social. O desaparecimento duma cultura pode ser tanto ou mais grave do que o desaparecimento duma espécie animal ou vegetal. A imposição dum estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nocivo como a alteração dos ecossistemas. Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e de seus antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam de interagir para manter a sua identidade e os seus valores. Eles, quando permanecem nos seus territórios, são quem melhor os cuida. Em várias partes do mundo, porém, são objeto de pressões para que abandonem suas terras e as deixem livres para projetos extractivos e agro-pecuários que não prestam atenção à degradação da natureza e da cultura.”*

Em face desse novo quadro e diante dos nefastos reflexos decorrentes dos impactos etno-ambientais do aludido empreendimento, conforme já consignado na decisão por mim proferida nos autos do agravo de instrumento acima referido, impõe-se a concessão da medida alternativa postulada pelo douto Ministério Público Federal, como forma de atenuar, ainda que provisoriamente, os danos dali resultantes e possibilitar, a título precário, a sobrevivência dos integrantes das comunidades indígenas atingidas, sob pena de sua total extirpação de nossa sociedade, o que não se admite, na espécie, sem prejuízo, também, da imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas.

Com efeito, a tutela jurisdicional deferida pelo juízo monocrático possui natureza eminentemente precautiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do art. 273, § 7º, do CPC, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos o mínimo necessário à sua subsistência, diante do gravíssimo quadro fático noticiado nos autos, decorrente dos impactos etno-ambientais resultantes da implementação do empreendimento descrito na inicial, aliado

ao fato de que, decorridos anos desde então, até o presente momento, não teriam sido implementadas todas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração mineral em referência, concernentes à regularidade da licença ambiental, nem tampouco, a implantação das medidas compensatórias e mitigadoras de tais impactos, no seio das comunidades indígenas atingidas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, afinando-se, ainda, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que “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). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais, o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20)” e de que “nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 – OIT”. (AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014)”.

Há de se ressaltar que o parecer antropológico carreado para os autos não apenas confirma as precárias condições de subsistência das comunidades indígenas descritas na inicial, mas, sobretudo, demonstram o agravamento desse quadro nefasto, em virtude do lapso temporal decorrido desde então, com visível ameaça ao mínimo existencial-ecológico dos aludidos povos indígenas, a impor-se, no caso, com eficácia plena o comando dirigente do princípio da prevenção.

Caracterizada, pois, na espécie, o manifesto descumprimento do decisum prolatado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da sobrealudida Suspensão de Liminar nº 933/PA, impõe-se a adoção das medidas ali ordenadas, consistentes no “depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades”, observando-se, contudo, as condições estipuladas no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, a que se reporta a peça de fls. 1514/1518º, com estas letras:

Obrigações da Associação Indígena Kakarekré de Defesa do Povo Xikrin

Cláusula 1.ª. Os valores liberados na Ação Civil Pública 2383-85.012.4.01.3905 à aldeia Djudjekô deverão ser aplicados em duas finalidades distintas: a) pagamento dos projetos e ações já desenvolvidos pela Associação Kakarekré de Defesa do Povo Xikrin, no intuito de atender às necessidades imediatas das comunidades Xikrin; e b) composição de um Fundo de Apoio aos Xikrin, no intuito de formar uma reserva financeira destinada à aplicação em projetos de médio e longo prazo nas comunidades Xikrin, a fim de atender às necessidades de desenvolvimento autossustentável das presentes e futuras gerações.

Cláusula 2.ª. Quanto à primeira finalidade, 60% dos valores depositados serão destinados aos projetos e ações em desenvolvimento pela Associação Indígena Kakarekré, os quais serão relativos às áreas de saúde, de projetos de infraestrutura e de projetos produtivos (gado, cacau e piscicultura), bem como ao pagamento de valores para fortalecimento institucional das associações constituídas pelos Xilcrin e da chama VM (valor mensal pago a cada uma das famílias Xikrin);

§1º. Os recursos depositados nas contas das Associações deverão ser aplicados nos percentuais máximos estabelecido para cada uma das seguintes rubricas:

I- 15% para o pagamento de Valores Mensais — VM às famílias Xikrin, sendo que o valor destinado a uma família não poderá extrapolar R\$ 5.000,00;

II - 15% destinado a projetos de infraestrutura e projetos produtivos, sendo o primeiro a ser executado a construção de 20 casas por aldeia, conforme projeto em anexo, apresentado pelos caciques das comunidades;

III — 15% destinado ao custeio da saúde dos Xikrin, em áreas não cobertas pelo SUS e pela SESAI;

IV - 10% dos recursos será destinada ao pagamento de monitoramento independente da qualidade das águas do Rio Cateté, a ser realizado mediante Convênio firmado com a UFPA, nos termos da proposta anexa;

V - 5% destinado ao fortalecimento institucional das Associações Xilcrin, mediante contratação do corpo técnico adequado e custeio das despesas para funcionamento das associações referidas.

Cláusula 3.ª. Quanto à segunda finalidade, 40% dos valores pagos serão depositados em conta separada das demais contas da associação, para a composição de um fundo para o financiamento de projetos de natureza ambiental, econômica e sociocultural, constituindo a parcela de indenização para resguardo dos direitos dos menores e das futuras gerações de indígenas.

§1º. Os valores pagos serão depositados e ficarão bloqueados e só poderão ser movimentados com autorização expressa do Comitê Gestor, que aprovará, mediante deliberação colegiada, os projetos em que deverão ser aplicados os valores.

§2º. Deverá ser apresentada declaração do gerente da respectiva agência bancária de que os valores permanecerão bloqueados até que haja autorização para movimentação de que trata a Cláusula 4ª, a qual por sua vez, estará sujeita a fiscalização pelo Ministério Público Federal.

Cláusula 4ª. A elaboração e execução de projetos para aplicação dos valores do Fundo Apoio aos Xikrin mencionado na cláusula anterior serão de responsabilidade do comitê Gestor, o qual será composto por dois representantes de cada aldeia, dois representantes da FUNAI e dois representantes da UFPA.

§1º. No prazo de 30 (trinta) dias a contar do pagamento da primeira parcela, as entidades integrantes da Comissão deverão indicar seus respectivos representantes, e suplentes no mesmo número dos representantes, sendo que a instalação da Comissão se dará nos 30 (trinta) dias subsequentes, mediante termo específico.

§2º. Os membros do Comitê Gestor provenientes da FUNAI deverão ser aprovados previamente pelos representantes das Aldeias Xikrin.

§3º. O Comitê Gestor realizará reuniões que deverão ser presenciais e ter periodicidade bimestral.

§4º. É possível a realização das reuniões por videoconferência, desde que sejam criadas salas com equipamentos destinados, a essa finalidade, que permitam a realização da reunião sem encontro presencial.

§5º. Os termos das reuniões e deliberações da Comissão deverão ser encaminhados pela FUNAI ao Ministério Público Federal, cujas atribuições serão de cunho conciliatório e fiscalizatório.

§6º. A forma de liberação do recurso da conta bloqueada ocorrerá pela assinatura digital dos membros do Conselho Gestor, após a aprovação por consenso entre todos os membros do Conselho Gestor;

§7º. Quando não for possível consenso, será realizada mediação pelo Ministério Público Federal.

Cláusula 5ª. Os recursos do Fundo de Apoio aos Xikrin cobrirão projetos relacionados aos danos provocados diretamente pelo projeto Onça Puma, bem como à melhoria da qualidade de vida dessas comunidades, mediante o incremento da infraestrutura destas, no intuito de compensar os impactos indiretos do empreendimento Onça Puma que acarretou mudanças na dinâmica cultural e no modo de vida dos Xikrin.

§1º. O custeio das despesas de elaboração e execução dos projetos se dará com recursos do fundo tratado na Cláusula 4ª.

§2º. A elaboração e execução dos projetos deverão ser acompanhadas por profissionais com formação especializada nas áreas de abrangência do projeto específico.

§3º. Para a elaboração e execução dos projetos, a Comissão poderá fazer uso de servis, terceirizados, a serem contratados as expensas do fundo.

§4º. A aprovação dos projetos dependerá de sua adequação técnico-financeira e aos usos, aos costumes e tradições das comunidades Xikrin;

§5º. Depois de elaborado e aprovado pela Comissão, o projeto deverá ser encaminhado ao Ministério Público Federal, que avaliará sua conformidade aos ditames legais e às cláusulas do presente TAC.

Cláusula 6ª. Os recursos do Fundo de Apoio aos Xikrin poderão custear quaisquer projetos, desde que estes: a) sejam apresentados pelos próprios Xikrin, ou seja, desejados pelo conselho de guerreiros ou parte das aldeias e/ou de suas lideranças; b) sejam avaliados como viáveis pelo comitê gestor; c) estejam dentro das percentagens relativas à sua rubrica; e d) se encaixem em uma das seguintes áreas: c1- socioculturais; c2) ambientais; c3) infraestrutura; c4) educação e capacitação; c5) apoio às atividades externas das lideranças e da comunidade; e c6) produtivos.

Cláusula 7ª. A prestação de contas dos recursos aplicados pelas Associações seja aqueles geridos diretamente por estas, seja aqueles aprovados pelo Comitê Gestor, será repassada mensalmente para controle da FUNAI, do empreendedor e do Ministério Público Federal.

Cláusula 8ª. Semestralmente, as associações deverão prestar contas também à própria comunidade interessada (e não apenas às lideranças), tanto no que toca ao andamento dos projetos, quanto aos valores existentes na conta do Fundo.

Cláusula 9ª. Qualquer bem adquirido com os recursos de Onça Puma será de propriedade da associação adquirente deste bem, e deverá ser destinado à comunidade Xikrin vinculada a essa associação.

Cláusula 10. Os recursos provenientes do empreendimento Onça Puma deverão entrar na vida contábil dos Xikrin sem impactar ou inovar demais estrutura existente.

§1º. Deverão ser aproveitadas totalmente as organizações próprias de que as aldeias já dispõem para lidar com os recursos provenientes de Ferro Carajás, respeitando-se o princípio da autonomia das organizações indígenas;

§2º. O auxílio para aperfeiçoamento dessas associações na sua forma de desenvolvimento de projetos, aplicação recursos e prestação de contas, não as devera tornar organizações empresariais, amarradas e que não atendam efetivamente ao fim para qual estas existem.

Cláusula 11. Qualquer desvio de finalidade na aplicação dos recursos recebidos pelas Associações será objeto de investigação específica e poderá ensejar a responsabilização civil e criminal dos responsáveis.

Cláusula 12. Para viabilizar a fiscalização da aplicação dos recursos, bem como agilizar a prestação de contas, deverão ser abertas contas específicas em instituição financeira idônea, com expressa autorização da associação titular da conta para que haja acesso do Ministério Público Federal aos extratos e demais documentos representativos das operações, ativas ou passivas, contraídas pelo titular da conta, fato que devesse ser informado à instituição financeira já na abertura da conta, estabelecendo-se mecanismo de controle e acesso, bem como meios de comunicação ágil entre a instituição financeira e o Ministério Público Federal.

Cláusula 13. Na definição dos responsáveis para a elaboração dos projetos de aplicação de recursos, bem como para a análise das prestações de contas, deverá ser observada a prioridade por pessoas jurídicas com reconhecida capacidade nas respectivas áreas de conhecimento, bem como na definição de custo adequado, os quais deverão atentar para o tratamento antropológico do tema e implicações das decisões tomadas, onde couber tais atividades, se e quando viável, poderão ser realizadas por entes públicos, instituição de pesquisa ou ensino, públicas ou privadas, com remuneração adequada.

Cláusula 14 Os valores já depositados judicialmente pela Vale S/A, na data da assinatura do presente TAC, serão vinculados na proporção de 60% ao Fundo de Apoio aos Xikrin mencionado neste instrumento e 40% a associação subscritora, para atendimento das necessidades imediatas, estando a aplicação desses valores condicionada à observância das normas previstas nas cláusulas deste Termo de Ajustamento de conduta”.

Com estas considerações, defiro o pedido de reconsideração formulado às fls. 1486/1493, para deferir, em parte, o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para determinar o levantamento dos valores já depositados nos autos de origem, cuja destinação e controle observarão todas as condições estipuladas no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC acima referido, observando-se o seguinte:

40% (quarenta por cento) de tais valores serão depositados em contas de investimento, abertas em nome dos caciques de cada Aldeia Xikrin: uma para cada aldeia (Aldeia O-odjã, Aldeia Dujdêkô e Aldeia Cateté);

60% (sessenta por cento) de tais valores, para depósito nas contas de cada Associação Indígena Xikrin (Associação Bayprã, Associação Kakarekré e Associação Porekrô).

Determinar que a recorrida Vale S/A (Mineração Onça Puma) proceda ao depósito judicial mensal de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada Aldeia Xikrin afetada pelo empreendimento (Aldeia O-odjã, Aldeia Dujdêkô e Aldeia Cateté), a partir 19 de setembro corrente até a efetiva implementação do Plano de Gestão Econômica Ambiental e demais medidas compensatórias dos impactos ambientais causados às referidas comunidades indígenas, conforme atesta o parecer antropológico de fls. 1519/1657, com os documentos que o acompanham, nestes autos, com vistas às partes interessadas, bem assim do que restar apurado na perícia ambiental já ordenada pelo juízo singular, nos autos do processo principal, sob a vigilância desta Relatoria, devendo essa quantia ser depositada perante o juízo monocrático, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior liberação do valor depositado, nos termos acima explicitados.

Por ocasião do julgamento do presente agravo de instrumento, a colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal deu provimento ao presente agravo de instrumento,

[...] para reformar a decisão agravada e conceder, integralmente, o pedido veiculado no feito de origem, e determinar a imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e Ambiental e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, conforme perícia técnica já determinada nos autos, na dimensão da perícia multidisciplinar ordenada por esta Relatoria [...].

Determinou-se, ainda, por maioria, que a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, em montante correspondente ao valor de 01 (um) salário-mínimo, por integrante de cada aldeia, por se adequar, ainda que não satisfatoriamente, à realidade sócioeconômica do cenário de danos, ali ocorridos, até ulterior deliberação judicial, na dimensão da perícia multidisciplinar já determinada, e até porque a extração mineral, noticiada nos autos, na sub-bacia do Rio Cateté, com impactos negativos nas aludidas terras indígenas deveria resultar, por determinação constitucional, na aferição do direito das comunidades indígenas afetadas, em participar do resultado da lavra do mineral perseguido pela empresa multinacional Vale S/A (CF, art. 231, § 3º). Vencido, em parte, no ponto, este relator, que fixava o valor da indenização provisória em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada aldeia das comunidades indígenas descritas nos autos, conforme determinação confirmatória de minha decisão monocrática pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da referida Suspensão de Liminar 933/PA.

Assim posta a questão e na linha da eficácia plena do julgado em referência, bem assim, do *decisum* preferido nos autos do mencionado AI 0027838-88.2016.4.01.0000/PA, defiro o pedido de levantamento dos valores já depositados nos autos de origem, cuja destinação e controle observarão todas as condições estipuladas nos Termos

dos Ajustamentos de Conduta – TAC acima referidos, observando-se, ainda, os montantes definidos na petição de fls. 4.615-4.617v., a saber:

1) R\$ 19.287.766,40 (*dezenove milhões, duzentos e oitenta e sete mil, setecentos e sessenta e seis reais e quarenta centavos*), para a etnia XIKRIN, compreendendo as aldeias: Ô-Ôdjã (171 indígenas), Cateté (707 indígenas) e Djudjeko (430 indígenas);

2) R\$ 19.287.766,40 (*dezenove milhões, duzentos e oitenta e sete mil, setecentos e sessenta e seis reais e quarenta centavos*), para a etnia KAYAPÓ.

Oficie-se ao juízo monocrático, comunicando-lhe o inteiro teor desta decisão, *para fins de imediata expedição dos respectivos alvarás de levantamento*, observando-se as formalidades legais.

Com vistas na parte final da referida petição de fls. 4.615-4.617v., manifestem-se as associações indígenas ali nominadas, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentando competente planilha dos valores cuja complementação fora objeto do pleito ali formulado.

Manifestem-se, ainda, as referidas associações indígenas recorridas, no prazo legal, em face dos embargos de declaração opostos às fls. 4.229-4.240 e 4.241-4.253, opostos pela Vale S/A e pelo Estado do Pará, respectivamente.

Após o transcurso do prazo acima assinalado, abram-se vistas destes autos à Vale S/A, pelo prazo legal, em face dos embargos de declaração de fls. 3.722-3.756 e 3.824-3.863, e, posteriormente, ao douto Ministério Público Federal, para, querendo, apresentar contrarrazões, também, aos referidos embargos de fls. 4.241-4.253, eis que já contraminutou o recurso de fls. 4.229-4.240.

(Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 15/12/2017, p. 2.450)

Abril indígena – 2018



Julgados em defesa dos interesses indígenas

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação possessória. Reserva indígena Tupinambá. Reintegração de posse. Discussão envolvendo a posse de área submetida a processo de demarcação como terras indígenas amparada em título dominial passível de nulidade. Preliminar de inadequação da via eleita. Rejeição.

I. A norma do § 2º do art. 19 da Lei 6.001/1973, no sentido de que não cabe a concessão de interdito proibitório contra demarcação de terras indígenas, somente se aplica nos casos em que já concluído e homologado o respectivo processo demarcatório, hipótese não ocorrida, na espécie. Rejeição da preliminar de inadequação da via eleita.

II. No caso em exame, amparando-se a pretensão possessória em título dominial passível de ser declarado nulo, de pleno direito, após conclusão do processo de demarcação de terras indígenas em que se encontra localizado o imóvel objeto do litígio, afigura-se prematura a concessão de tutela jurisdicional assecuratória da sua posse ao detentor do suposto título de propriedade, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

III. Provimento parcial da apelação da União Federal. Provimento das apelações da Funai e do Ministério Público Federal. Sentença reformada.

(Processo na origem: 2118120084013301, Apelação Cível 2008.33.01.000211-9/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Constitucional e Ambiental. Ação civil pública. Indenização por danos materiais. Terra indígena Araçá. Invasão de parte da área por gado de propriedade dos requeridos. Prejuízos ao usufruto da terra pelos indígenas. Comprovação. Falta de interesse processual. Inadequação da via processual eleita. Nulidade da sentença. Julgamento extra petita. Descabimento. Preliminares e prejudicial rejeitadas.

I. Na espécie, não há que se falar em falta de interesse processual ou em inadequação da via processual eleita, tendo em vista que a pretensão deduzida em juízo não se limita à “defesa da posse”, mas persegue a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização pelos danos impostos à comunidade indígena, constituindo, assim, a ação civil pública em meio processual adequado para tanto, inexistindo qualquer limitação ao exercício do direito de defesa pelos promovidos. Preliminares rejeitadas.

II. De igual modo, não prospera a alegada nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, na medida em que é possível extrair da petição inicial a pretensão da parte-autora, no sentido de obter provimento jurisdicional que assegure a indenização pelos danos materiais causados aos índios, decorrentes da ocupação irregular do solo pelo gado de propriedade dos réus. Com efeito, o autor requereu a reparação pelos estragos e prejuízos decorrentes da invasão das terras indígenas pelos animais dos promovidos, sendo que os danos sofridos pelas plantações resultam diretamente da presença indevida do gado, que impediu os legítimos usufrutuários de utilizar a área.

III. Estando plenamente demonstrada a irregularidade da ocupação de solo indígena pelo gado dos réus, bem como os prejuízos dela decorrentes, consubstanciados no impedimento do usufruto da área pelos indígenas, é devida a condenação ao pagamento de danos materiais, a serem calculados em liquidação de sentença.

IV. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Processo na origem: 5084920044014200, Apelação Cível 2004.42.00.000507-0/RR, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Processual Civil e Civil. Indenização. Danos materiais e morais. Autores indígenas. Discussão acerca de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Intervenção obrigatória do Ministério Público. Ausência. Improcedência do pedido inicial. Comprovado prejuízo. Nulidade absoluta.

I. A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça “já assentou entendimento no sentido de que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*” (REsp 818.978/ES, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/08/2011, DJe de 18/08/2011).

II. Por outro lado, esta egrégia Corte Federal possui entendimento jurisprudencial, na dicção de que, “em se tratando de ação de indenização decorrente de supostos danos causados por comunidade indígena, nos termos dos artigos 129, caput e inciso V e 232, ambos da Constituição Federal, afigura-se indispensável a intervenção do Ministério Público Federal, sob pena de nulidade do processo *ab initio*.” (AC 0027985-27.2001.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1, p. 153, de 23/06/2008.)

III. Na espécie dos autos, embora os autores sejam indígenas, assim como o título em discussão seja originário de uma ação civil pública, o Ministério Público Federal não participou de todos os atos do processo, em especial não foi ouvido em razões finais, nem mesmo foi intimado da sentença, o que evidentemente redundou em prejuízo para a parte-autora, que teve seus pedidos rejeitados, a configurar a nulidade absoluta do *decisum*, nos termos do art. 246 do então vigente CPC.

IV. Questão prejudicial suscitada pela Procuradoria Regional da República acolhida, para anular o processo a partir da última manifestação do Ministério Público Federal nos autos, devendo o feito retornar à origem para regular processamento e oportuna prolação de nova sentença.

(Processo na origem: 14179020094013303, Apelação Cível 2009.33.03.001418-7/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Ação possessória. Reserva indígena Pataxó e Pataxó Hã Hã Hã. Interdito proibitório. Discussão envolvendo a posse de área submetida a processo de demarcação como terras indígenas amparada em título dominial passível de nulidade. Agravo retido. Não conhecimento. Preliminar de inadequação da via eleita. Rejeição. legitimidade passiva ad causam da União Federal. Fundamentos do recurso dissociados da situação fático-processual. Indamissibilidade, no ponto.

I. À luz do que dispunha o art. 523, § 1º, do CPC vigente na época em que fora proferida a sentença recorrida, não se conhece do agravo retido, *quando não consta, nas razões ou nas contrarrazões do apelo, pedido expresso para sua apreciação, como no caso. Agravo retido não conhecido.*

II. Não se conhece de recurso, no ponto em que suas razões se encontram dissociadas da situação fático-processual do feito, como no caso, em que a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal tem por suporte situação fática inexistente (suposta imposição de multa coercitiva). Não conhecimento da preliminar veiculada sob tal fundamento.

III. A norma do § 2º do art. 19 da Lei 6.001/1973, no sentido de que não cabe a concessão de interdito proibitório contra demarcação de terras indígenas somente se aplica nos casos em que já concluído e homologado o respectivo processo demarcatório, hipótese não ocorrida, na espécie. Precedentes.

IV. A orientação jurisprudencial já firmada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região é no sentido de que *“não merece prevalecer a arguição da União de inépcia da inicial por conta de alegada delimitação imprecisa da posição geográfica da área vindicada na inicial, uma vez que a discussão cinge-se em torno da eventual incursão da posse do autor em terras indígenas que será plenamente verificada com a demarcação levada a efeito pela FUNAI”* (AC 0001066-13.2006.4.01.3307/BA, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 de 18/12/2015).

V. No caso em exame, amparando-se a pretensão possessória em título dominial passível de ser declarado nulo, de pleno direito, após conclusão do processo de demarcação de terras indígenas em que se encontra localizado o imóvel objeto do litígio, afigura-se prematura a concessão de tutela jurisdicional assecuratória da sua posse ao detentor do suposto *título de propriedade, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.*

VI. Provimento parcial da apelação da Funai. Apelo da União Federal conhecido, em parte, e nessa extensão, parcialmente provido. Sentença reformada.

(Processo na origem: 16984920144013310, Apelação Cível 0001698-49.2014.4.01.3310/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Comunidade indígena Atikum. Município de Curaçá/BA. Fornecimento de energia elétrica. Instalação de medidores domiciliares. Intervenção ou supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente. Obra de utilidade pública e baixo impacto ambiental. Código Florestal (arts. 3º e 8º). Resolução Conama 369/2006. Possibilidade. Obrigação da concessionária. Deferimento da tutela de urgência.

I. Conforme o Código Florestal e a Resolução Conama 369/2006, compete à concessionária providenciar a instalação do projeto adequado de fornecimento de energia elétrica, na área ocupada pela comunidade indígena Atikum, inexistindo óbice legal à intervenção ou supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental, como na espécie, a autorizar o deferimento da tutela liminar requerida pelo Ministério Público Federal, em sede de ação civil pública.

II. Agravo de instrumento provido, para deferir a antecipação de tutela, para determinar a tomada de providências quanto à regularização do fornecimento de energia elétrica na Aldeia Atikum, no Município de Curaçá/BA, segundo requerido na petição inicial.

(Agravo de Instrumento 0007361-78.2015.4.01.0000, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Terra indígena Kikrati. Demarcação de terras tradicionalmente ocupadas. Discussão envolvendo a correta delimitação da área demarcada no bojo de outra ação judicial. Manutenção da ocupação por não índios. Tutela cautelar inibitória. Cabimento. Antecipação da tutela. Ausência de oitiva prévia da União Federal e dos respectivos órgãos de proteção (Funai e Ministério Público Federal). Ausência de comprovação.

I. Nos termos do art. 63 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), “nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio”. Não demonstrada, contudo, na hipótese dos autos, a aventada violação ao referido dispositivo legal, rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão agravada, sob tal fundamento.

II. Consistindo a tutela jurisdicional liminarmente deduzida no feito de origem no direito à manutenção da ocupação de área supostamente inserida em reserva indígena cujos limites da área demarcada é objeto de discussão no bojo de outra demanda judicial, afigura-se adequada a suspensão da ordem da Administração de desocupação, até a definição definitiva da questão, mormente por reclamar extensa dilação probatória, para essa finalidade.

III. Agravo de instrumento desprovido. Decisão agravada mantida

(Agravo de Instrumento 0043322-17.2014.4.01.0000, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, decisão em 18/04/2018)

Cidadão honorário de Santarém (PA)

Discurso pronunciado na sessão solene de outorga do título de Cidadão Honorário de Santarém (PA), em 27 de março de 2018, no Plenário da Câmara Legislativa.

Honrado com a distinção do título de Cidadão Honorário de Santarém, que esta destacada Casa Legislativa me outorga, através do Decreto Legislativo 39/2017, de iniciativa do nobre Vereador Alysson Pontes, sinto-me mais consciente e responsável, na graça da eleição que me traz aqui, pela construção de um Estado Democrático de Direito e de Justiça, e, por isso, não posso calar-me neste dia grande, para mim e para vós, em que se reparte esta titulação de cidadania como prêmio do esforço e da alegria de construirmos juntos um mundo melhor.

O exercício da cidadania está garantido e vinculado, constitucionalmente, ao pleno gozo de todos os direitos civis, políticos, sociais, coletivos e difusos dos cidadãos de um país e do planeta, em dimensão cósmica.

A palavra cidadão, na plenitude de sua força, conota a ideia de uma participação consciente e voluntária na construção de uma sociedade global sempre mais solidária, no cumprimento dos deveres e direitos cívicos, em perspectiva universal.

A cidadania ativa e passiva, de que nos falava Pimenta Bueno, no século XIX, e que fora apregoada na Declaração dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, em 1948, com a determinação de que “todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos” (art. 21), já adquiriu nova dimensão, no terceiro milênio.



Com razão, pois, Carmem Lúcia Antunes Rocha, quando diz

[...] que hoje a cidadania não se afirma apenas em uma cidade, quer dizer, o cidadão não é mais considerado em tal condição pela sua tão-só condição de membro de uma determinada sociedade política.

Os direitos — especialmente os direitos fundamentais individuais, sociais e os denominados direitos difusos — ultrapassaram as fronteiras territoriais do Estado. [...] Rompem-se as barreiras, inclusive materiais, que o Estado burguês cuidou de construir no início da era moderna. A soberania ainda é, em grande parte, do poder de um povo de um Estado. Mas a cidadania é maior que o Estado; os direitos do povo interessam a todos os povos de todos os Estados. Os direitos fundamentais têm a fraternidade despida da farda normativa que o Estado Moderno cuidara de esculpir. Trouxeram-na ao experimento diário de cada cidadão, a se obrigar pelo seu semelhante em outro ponto do Planeta, a revoltar-se contra os maus governos de todos os Estados que os tenham assim, a rebelar-se contra todas as formas de corrupção que lesem os homens. A mídia, em grande parte, fez com que o mundo se fizesse muito pequeno e o concidadão muito mais próximo, quase sempre seu vizinho; a economia fez com que o bolso de um cidadão, do mais longínquo recanto, pagasse o estrago de um mau administrador de um país desconhecido; enfim, os laços estreitaram-se de tal forma entre os homens, as guerras assentaram-se na sala de visitas de todos os que ainda as têm com tal sem cerimônia, que não se mostrou possível persistir a idéia de que a condição do cidadão pudesse se restringir aos limites físicos de um Estado.

O cidadão deixou a exclusividade de sua aldeia para, sem abandonar o seu canto, fazer-se universal. Dessa qualidade unge-se a cidadania contemporânea. As partes que ligam Estados retratam as linhas universais que ligam todos os cidadãos, a determinar o compromisso de todos com as causas de todos.

É exatamente essa tônica de cidadania que parece fundamentar uma nova proposta de paz mundial, numa perspectiva e possibilidade jamais vislumbradas, pois a responsabilidade e as consequências de todas as causas da humanidade passam a ser de todos os cidadãos. As guerras perdem o seu núcleo contendor. A cidadania pensada e vivida sem fronteiras desarma os homens, possibilitando, concretamente, a paz mundial. Afinal, se todas as guerras são de todos, todos os amores também. Todas as misérias são de todos, mas todas as esperanças, também.¹

Nessa perspectiva, há de exercitar-se, sobretudo, a cidadania dos juízes, comprometida com as políticas públicas de realização do bem comum, e atuando segundo o Direito posto pelo povo e para o povo, para uma Justiça materialmente factível.

Na conjuntura atual, sob a grave ameaça de uma globalização econômica, cada vez mais insensível e aniquiladora dos valores sociais da pessoa humana, urge a atuação de uma magistratura ativa e independente, na defesa de uma ordem jurídica justa para todos os povos, guiada por uma disciplina ético-normativa, visivelmente comprometida com os interesses sociais de uma cidadania universalmente ampliada.

A missão histórica e constitucional de distribuir justiça, que é entregue aos órgãos competentes do Poder Judiciário, já era vista e proclamada por Aristóteles, como sendo a base da sociedade ou o lugar comum de todo o governo, na concepção platônica, e sem ela, “no pueden mucho durar los reinos”², na afirmação de Egídio Romano citado por Linares Quintana.

Desde os idos de 1857, a advertência de Pimenta Bueno vem de ser atual nesta fala:

*Tirai a independência do Poder Judiciário e vós lhe tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade; não tereis mais magistrados e, sim, comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder [...] Não é pois no amor, ou no interesse dos Juízes, que o princípio vital de sua independência deva ser observado como um dogma, e sim por amor dos grandes interesses sociais [...]*³.

Na lição de Abreu Dallari,

[...] o juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente

¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997, pp. 117-118.

² ROMANO, Egídio. *Glosa Castelhana Al Regimento de Príncipes*. Madrid: 1947, t. 1, p. 112.

³ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público e Análise da Constituição do Império*. Senado Federal: 1978, p. 324.

os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimação tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

No Estado moderno, os governos, como Poder Executivo, também ficam sujeitos ao que for decidido por juízes e tribunais, além de serem obrigados a fornecer meios para a execução das decisões. O que tornou popular a expressão “decisão de juiz cumpre, não se discute” é o fato de que, nos sistemas constitucionais modernos, os tribunais são independentes do parlamento ou do Executivo e as decisões judiciais são ordens, não pareceres ou sugestões [...]”⁴.

No mundo atual, a hipertrofia do Poder Executivo, em muitos países, tende a desconsiderar o valor e o significado da ordem constitucional legítima, a fim de que determinado plano de governo, gerenciador de interesses alienígenas, se sobreponha à intangibilidade do sistema constitucional vigente.

Ainda nesse contexto, os juízes exercem função relevante de cidadania, na defesa do Estado Democrático de Direito, pondo freios aos constantes abusos do Executivo.

Assim o fora na liberação do plantio da soja transgênica (*round up ready*), para fins comerciais, aqui, no Brasil, sem observância da exigência constitucional do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/Rima), a ser obstada pela ação diligente do Idec e do Ministério Público Federal perante meu Juízo, avalizado por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a consciência constitucional de que todos temos 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 (CF, art. 225, *caput*).

Nesse contexto, a voz das cidadanias se rebelam contra as invasões de áreas públicas, em todo o território nacional, mas de forma peculiar contra as invasões que acontecem, no território nacional, especialmente, na Amazônia Legal, sob o olhar passivo e conivente de nossos governantes e dos órgãos visivelmente responsáveis pela tutela do meio ambiente natural e artificial, como conquista do homem vocacionado a habitar a cidade cósmica dos próximos milênios.

Inauguramos, assim, um novo milênio, sob grandes e graves desafios a envolver questões ecológicas, éticas, políticas, sociais e espirituais. Todas emergem de um caudal de ideologias históricas, que, até o momento, fracassaram em seus projetos de realização humana.

No atual momento histórico, convém destacar o alerta preambular da Carta da Terra, aprovada pela Unesco, em Paris, no dia 14 de março de 2000, nestas letras:

Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher o seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio da uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações.

A humanidade é parte de um vasto universo em evolução. A Terra, nosso lar, está viva com uma comunidade de vida única. As forças da natureza fazem da existência uma aventura exigente e incerta, mas a Terra providenciou as condições essenciais para a evolução da vida. A capacidade de recuperação da comunidade da vida e o bem-estar da humanidade dependem da preservação de uma biosfera saudável com todos seus sistemas ecológicos, uma rica variedade de plantas e animais, solos férteis, águas puras e ar limpo. O meio ambiente global com seus recursos finitos é uma preocupação comum de todas as pessoas. A proteção da vitalidade, diversidade e beleza da Terra é um dever sagrado.

Os padrões dominantes de produção e consumo estão causando devastação ambiental, redução dos recursos e uma massiva extinção de espécies. Comunidades estão sendo arruinadas. Os benefícios do desenvolvimento não estão sendo divididos equitativamente e o fosso entre ricos e pobres está aumentando. A injustiça, a pobreza, a ignorância e os conflitos violentos têm aumentado e são causa de grande sofrimento. O crescimento sem precedentes da população humana tem sobrecarregado os sistemas ecológico e social. As bases da segurança global estão ameaçadas. Essas tendências são perigosas, mas não inevitáveis.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, pp. 87-88.

A escolha é nossa: formar uma aliança global para cuidar da Terra e uns dos outros, ou arriscar a nossa destruição e a da diversidade da vida. São necessárias mudanças fundamentais dos nossos valores, instituições e modos de vida. Devemos entender que, quando as necessidades básicas forem atingidas, o desenvolvimento humano será primariamente voltado a ser mais, não a ter mais. Temos o conhecimento e a tecnologia necessários para abastecer a todos e reduzir nossos impactos ao meio ambiente. O surgimento de uma sociedade civil global está criando novas oportunidades para construir um mundo democrático e humano.

A escolha é nossa: formar uma aliança global para cuidar da Terra e uns dos outros, ou arriscar a nossa destruição e a da diversidade da vida. São necessárias mudanças fundamentais dos nossos valores, instituições e modos de vida. Devemos entender que, quando as necessidades básicas forem atingidas, o desenvolvimento humano será primariamente voltado a ser mais, não a ter mais. Temos o conhecimento e a tecnologia necessários para abastecer a todos e reduzir nossos impactos ao meio ambiente. O surgimento de uma sociedade civil global está criando novas oportunidades para construir um mundo democrático e humano. Nossos desafios ambientais, econômicos, políticos, sociais e espirituais estão interligados, e juntos podemos forjar soluções inclusivas.

Para realizar estas aspirações, devemos decidir viver com um sentido de responsabilidade universal, identificando-nos com toda a comunidade terrestre bem como com nossa comunidade local. Somos, ao mesmo tempo, cidadãos de nações diferentes e de um mundo no qual a dimensão local e global estão ligadas. Cada um compartilha da responsabilidade pelo presente e pelo futuro, pelo bem-estar da família humana e de todo o mundo dos seres vivos. O espírito de solidariedade humana e de parentesco com toda a vida é fortalecido quando vivemos com reverência o mistério da existência, com gratidão pelo dom da vida, e com humildade considerando em relação ao lugar que ocupa o ser humano na natureza.

Visando e um modo de vida sustentável como critério comum, através do qual a conduta de todos os indivíduos, organizações, empresas, governos, e instituições transnacionais, será guiada e avaliada, necessitamos, com urgência, construir sociedades democráticas, que sejam justas, participativas, sustentáveis, assegurando, assim, que as comunidades em todos os níveis garantam os direitos humanos e as liberdades fundamentais e proporcionem a cada um a oportunidade de realizar seu pleno potencial; promover a justiça econômica social, propiciando a todos a consecução de uma subsistência significativa e segura, que seja ecologicamente responsável; proteger e restaurar a integralidade dos sistemas ecológicos da terra, com especial preocupação pela diversidade biológica e pelos processos naturais que sustentam a vida e prevenir o dano ao ambiente como o melhor método de proteção ambiental e, quando o conhecimento for limitado, assumir uma postura de precaução, orientando ações para evitar a possibilidade de sérios ou irreversíveis danos ambientais, mesmo quando a informação científica for incompleta ou não conclusiva, impondo ônus da prova àqueles que afirmarem que a atividade proposta não causará dano significativo e fazer com que os grupos sejam responsabilizados pelo dano ambiental, principalmente, na cobrança preventiva do poluidor-pagador, que, antes, deve investir em técnicas e programas eficazes para não poluir, garantindo, enfim, que a decisão a ser tomada se oriente pelas consequências humanas globais, cumulativas, de longo prazo, indiretas e de longo alcance.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário está sendo permanentemente convocado, com os demais Poderes Públicos e toda a coletividade, a defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*), adotando técnicas e procedimentos processuais mais rápidos e eficazes (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), que repudiem qualquer postura de inércia ou omissão ante os desafios dos novos direitos, em temas emergentes e difusos, como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente natural, artificial, do trabalho e cultural, visando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Nesse propósito, foi aprovada, à unanimidade, no 8º Fórum Mundial da Água, em Brasília (DF), em 21 de março do corrente ano, a *Declaração de Princípios dos Juizes sobre a Justiça da Água, "reconhecendo a importante contribuição da comunidade jurídica em todo o mundo para a implementação de padrões e garantias para a sustentabilidade ambiental e observando, em particular, o papel fundamental de um Poder Judiciário independente como guardião do Estado de Direito na área do meio ambiente e como o defensor da justiça ambiental", na formatação dos princípios seguintes:*

Princípio 1 - Água como um Bem de interesse público:

O Estado deve exercer a administração sobre todos os recursos hídricos, e protegê-los, em conjunto com suas funções ecológicas associadas, em benefício das gerações atuais e futuras gerações, e da Terra enquanto comunidade de vida.

Princípio 2 - Justiça da água, uso da terra e função ecológica da propriedade:

Devido às estreitas interligações entre terra e água e as funções ecológicas dos recursos hídricos, qualquer pessoa com direito ou interesse no uso dos recursos hídricos ou da terra tem o dever de manter as funções ecológicas e integridade dos recursos hídricos e ecossistemas relacionados.

Princípio 3 - Justiça da Água e os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais:

Os direitos e as relações dos povos indígenas e tribais com seus tradicionais e/ou costumeiros recursos hídricos e ecossistemas relacionados devem ser respeitados, com seu consentimento livre, prévio e informado, necessário para qualquer atividade sobre, ou que afete, seus recursos hídricos e ecossistemas relacionados.

Princípio 4 - Justiça e prevenção da água.

Para evitar medidas posteriores dispendiosas no sentido de reabilitar, tratar ou desenvolver novas fontes de água ou ecossistemas hídricos relacionados, a prevenção de dano aos recursos hídricos e aos ecossistemas relacionados deve ter precedência sobre a remediação.

Princípio 5 - Justiça da Água e Prevenção.

O princípio da precaução deve ser aplicado à resolução de disputas relacionadas com a água, de modo que, não obstante a incerteza ou complexidade científica quanto à existência ou extensão dos riscos de graves ou danos irreversíveis à água, à saúde humana ou ao meio ambiente, os tribunais devem optar por medidas de proteção necessárias, tendo em vista as melhores evidências científicas disponíveis.

Princípio 6 - *In Dubio Pro Aqua*.

Em consonância com o princípio In Dubio Pro Natura, em caso de incerteza, as controvérsias ambientais e hídricas perante os tribunais devem ser resolvidas, e as leis aplicáveis interpretadas, de um modo mais favorável a proteger e a conservar os recursos hídricos e ecossistemas relacionados.

Princípio 7 – Poluidor-pagador, Usuário-pagador e a Internalização de custos ambientais externos.

Os fatores ambientais devem ser incluídos na avaliação e na precificação dos recursos hídricos e seus serviços, incluindo:

(a) princípio do poluidor-pagador - aqueles que causam poluição da água e degradação do ecossistema devem suportar os custos de contenção, prevenção, redução e gestão, a fim de evitar danos à saúde humana ou ao meio ambiente, e de remediar, restaurar ou compensar qualquer dano dessa natureza,

(b) princípio do usuário-pagador - os usuários de recursos hídricos e seus serviços devem pagar preços ou taxas com base no ciclo de vida completo dos custos de fornecer os recursos hídricos e seus serviços ecossistêmicos, incluindo a sua utilização, e a eliminação final de qualquer lixo, e

(c) obrigações duradouras - obrigações legais para restaurar as condições ecológicas dos recursos hídricos e suas os serviços ecossistêmicos são obrigatórios para qualquer usuário do recurso e qualquer proprietário do local do recurso, e a responsabilidade não é rescindida pela transferência de uso ou título da terra para outros (obrigação de propter rem).

Princípio 8 - Justiça da Água e Boa Governança da Água.

Em consonância com a jurisdição supervisora do Poder Judiciário sobre os setores políticos de governo, a existência de boas leis sobre água e sua efetiva implementação e execução são essenciais para a proteção, conservação e uso sustentável dos recursos hídricos e ecossistemas.

Princípio 9 - Justiça da água e integração ambiental.

Considerações ambientais e ecossistêmicas devem ser integradas na aplicação e implementação do direito à água. Ao julgar os casos hídricos e relacionados ao direito à água, os juízes devem estar atentos à conexão essencial e inseparável que a água possui com o meio ambiente e os usos do solo, e devem evitar julgar esses casos isoladamente ou como apenas um assunto setorial relativo somente à água.

Princípio 10 – Direito processual da água.

Os juízes devem se esforçar para alcançar o devido processo legal hídrico, garantindo que pessoas e grupos tenham acesso apropriado e satisfatório a informações sobre recursos hídricos e serviços prestados pelas autoridades públicas, a oportunidade de participar de forma significativa nos processos de tomada de decisão relacionados com a água e o acesso efetivo a processos judiciais e administrativos e para remediar e reparar adequadamente.

Assim, “*nós reconhecemos a importância de garantir que o direito à água e a legislação ambiental apareçam com destaque nos currículos acadêmicos, estudos jurídicos e treinamento em todos os níveis, em particular entre juízes e outros envolvidos no processo judicial.*”

É lamentável ver-se um país como este, de dimensões continentais, com imensas riquezas e belezas naturais, inteiramente exposto à cupidez alienígena e poluído de milhões de miseráveis de todas as idades, sem saúde, sem teto, sem terra, sem pão e educação e sem nada, com índices alarmantes e sempre mais crescentes de violências e criminalidades, ante a postura discursiva e omissiva de nossos governantes, sem pronta solução.

Ora, o Brasil não é “isso”, como já dizia o grande Rui, no início do século passado.

O Brasil, senhores, sois Vós. O Brasil é esta assembleia. O Brasil é este comício imenso de almas livres. Não são os comensais do Erário. Não são as ratazanas do Tesouro. Não são os mercadores do parlamento. Não são as sanguessugas da

riqueza pública. Não são os falsificadores de eleições. Não são os compradores de jornais. Não são os corruptores do sistema republicano. Não são os oligarcas estaduais. Não são os ministros da tarraxa. Não são os presidentes de palha. Não são os publicistas de aluguel. Não são os estadistas de impostura. Não são os diplomatas de marca estrangeira. São as células ativas da vida nacional. É a multidão que não adula, não teme, não corre, não recua, não deserta, não se vende. Não é a massa inconsciente, que oscila da servidão à desordem, mas a coesão orgânica das unidades pensantes, o oceano das consciências, a mole das vagas humanas, onde a Providência acumula reservas das nossas energias. É o povo, num desses movimentos seus, em que se descobre toda a sua majestade [...].

Ante a experiência agressiva e fracassada da globalização econômica, no processo histórico em que vivemos ou tentamos sobreviver, frente às manifestações terroristas de esquerda e de direita, fundamentalistas ou não, em todo o planeta, nunca será demais lembrar o *patriotismo* tão necessário aos dias de hoje, e, ainda, tão bem definido pela cultura universal do jurista baiano, nestas letras:

Não vos iludais com essas falsificações abominandas. O sentimento que divide, inimiza, retalia, destrói, amaldiçoa, persegue, não será jamais o da pátria. A pátria é a família amplificada. E a família, divinamente constituída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. É uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas. Multiplicai a célula, e tendes o organismo. Multiplicai a família, e tereis a pátria. Sempre o mesmo plasma, a mesma substância nervosa, a mesma circulação sanguínea. Os homens não inventaram, antes adulteraram a fraternidade, de que Cristo lhes dera a fórmula sublime, ensinando-os a se amarem uns aos outros: Diliges proximum tuum sicut te ipsum.

Dilatai a fraternidade cristã, e chegareis das afeições individuais às solidariedades coletivas, da família a nação, da nação à humanidade. Objetar-me-eis com a guerra? Eu vos respondo com o arbitramento. O porvir é assaz vasto, para comportar essa grande esperança. Ainda entre as nações, independentes, soberanas, o dever dos deveres está em respeitar nas outras os direitos da nossa. Aplicai-o agora dentro nas raías desta: é o mesmo resultado: benqueiramo-nos uns aos outros, como nos queremos a nós mesmos.⁵

No entanto, aumenta, cada dia, o espectro assustador da exclusão social. O poder de compra interno entrou em colapso, a fome eclodiu, hospitais e escolas fecharam as portas e milhões de crianças viram negado seu direito à educação primária e ao mínimo existencial.

Ainda se ouve o choro dos meninos perdidos do Sudão, cativos a US\$100 (cem dólares) por cabeça, como noticiava, na época, a mídia internacional.

Em plena aridez do deserto africano, mulheres e crianças negras da tribo Dinka esperavam acorrentadas e famintas para serem vendidas e o mercador negociava com o homem branco cada ser humano como se eles fossem uma propriedade ou mercadoria rentável, na triste realidade do Sudão em pleno século XXI.

Lembra-nos essa cena dantesca, a visão de horror do poeta dos escravos, que, na descrição da tragédia de seu “Navio Negroiro”, sob o olhar atento da águia do oceano, assim contou:

Era um sonho dantesco... O tombadilho que das luzernas avermelha o brilho, em sangue a se banhar. Tinir de ferros... estalar do açoite... Legiões de homens negros como a noite, horrendos a dançar. Negras mulheres, suspendendo as tetas, magras crianças, cujas bocas pretas regam o sangue das mães. Outras, moças... mas novas, espantadas, no turbilhão de espectros arrastadas, em ânsia e mágoa vãs.

Preso nos elos de uma só cadeia, a multidão faminta cambaleia, e chora e dança ali! Um de raiva delira, outro enlouquece... Outro, que de martírios embrutece, cantando, geme e ri!

No entanto o capitão manda e manobra e após, fitando o céu que se desdobra tão puro sobre o mar, diz do fumo entre os densos nevoeiros: “vibraí rijo o chicote, marinheiros! Fazei-os mais dançar!...

Senhor Deus dos desgraçados! Dizei-me vós Senhor Deus! Se é loucura... se é verdade tanto horror perante os céus... Ó Mar! Por que não apagas co’ a esponja de tuas vagas, de teu manto este borrão?... Astros! Noites! Tempestades! Rolai das imensidades! Varrei os mares, tufão!...

Quem são estes desgraçados, que não encontram em vós, mais que o rir calmo da turba que excita a fúria do algoz? Quem são?... Se a estrela se cala, se a vaga à presa resvala, como um cúmplice fugaz, perante a noite confusa... Dize-o tu, severa musa, Musa libérrima, audaz!

⁵ OLIVEIRA, Rui Caetano Barbosa de (Rui Barbosa). *Discursos, Orações e Conferências*. Vol. 2, Tomo II. Livraria Editora Iracema Ltda. p. 442.

São os filhos do deserto onde a terra esposa a luz. Onde voa em campo aberto a tribo dos homens nus... São os guerreiros ousados, que com os tigres mosqueados combatem na solidão... Homens simples, fortes, bravos... Hoje míseros escravos sem ar, sem luz, sem razão...⁶

E os “navios negreiros” ainda aportam nos mares africanos, em pleno século XXI, e repetem o espetáculo dantesco, que o poeta descreve, à luz do tombadilho do século XIX, enquanto o povo imigrante agoniza em lento genocídio, sob o patrocínio letal dos “abutres internacionais”.

Não é somente a África que agoniza ante a indiferença humana e global.

Nas últimas décadas cerca de 20 mil imigrantes morreram no mar tentando aportar no continente europeu, em busca de dias melhores. Desde 2016, mais de 2 (dois) mil venezuelanos pediram refúgio ao Brasil, pelo agravamento da crise econômica e social de seu país, com graves violações de seus direitos humanos.

E o Papa Francisco nos adverte que essa globalização da indiferença faz dos homens pessoas sem rosto e sem nome e nos torna insensíveis à dor e ao sofrimento dos outros, nossos irmãos.

Penso que hei de habitar a cidade de todos e todas as cidades, onde a angústia e a dor humana precisam ser curadas, com gestos de quem pretende construir a vida com a solidariedade responsável de seus concidadãos.

Por isso, agradeço, sensibilizado, a nobreza do gesto desta Casa e de seus ilustres representantes, na outorga do Título de Cidadão honorário desta bela cidade de Santarém, no coração verde da Amazônia brasileira, que, ora, recebo, com o compromisso de honrá-lo no exercício pleno de minha liberdade de juiz-cidadão, a reparti-lo com todos que se proponham a assumir uma nova experiência de vida democrática e construtiva de uma sociedade política e universal, mais solidária, justa, livre e sem preconceitos, para o bem-estar de todos, das presentes e futuras gerações.

“O século é grande”, como adverte o poeta, mas a esperança que alimenta a alma humana é infinitamente maior.

E, se “toda noite — tem auroras, Raios — toda escuridão, Moços, creiamos, não tarda a aurora da redenção. Gemer — é esperar um canto... Chorar — aguardar que o pranto faça-se estrela nos céus. O mundo é o nauta nas vagas... Terá do oceano as plagas, se existem justiça e Deus.”⁷

Muito obrigado.

Santarém – PA, em 27 de março de 2018.

Desembargador Federal Souza Prudente
Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Referências

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*. Belo horizonte: Editora Del Rey, 1997, pp. 117-118.

ROMANO, Egídio. *Glosa Castelhana Al Regimento de Príncipes*. Madrid: 1947, t. 1, p. 112.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público e Análise da Constituição do Império*. Senado Federal: 1978, p. 324.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, pp. 87-88.

ROLLEMBERG, Rodrigo. Planejamento Urbano do DF. *Jornal Distrital*. Brasília: setembro/2000, p. 7.

⁶ ALVES, Antônio de Castro. Os Escravos. *Navio Negreiro* (Obra Completa). Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1996, pp. 280-281.

⁷ ALVES, Antônio de Castro. O Século. *Navio Negreiro* (obra completa). Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1996, p. 212.

MANINHA, Maria José. op. cit., p. 7.

ROURE, Wasny de. op. cit., p. 7.

Visão do Correio. Brasília em riso. *Correio Braziliense*. Opinião, 16/04/2001, p. 4.

ZUGLIANI, Thays. O tombamento é do brasiliense. Cidades. *Correio Braziliense*. 15/04/2001, p. 12.

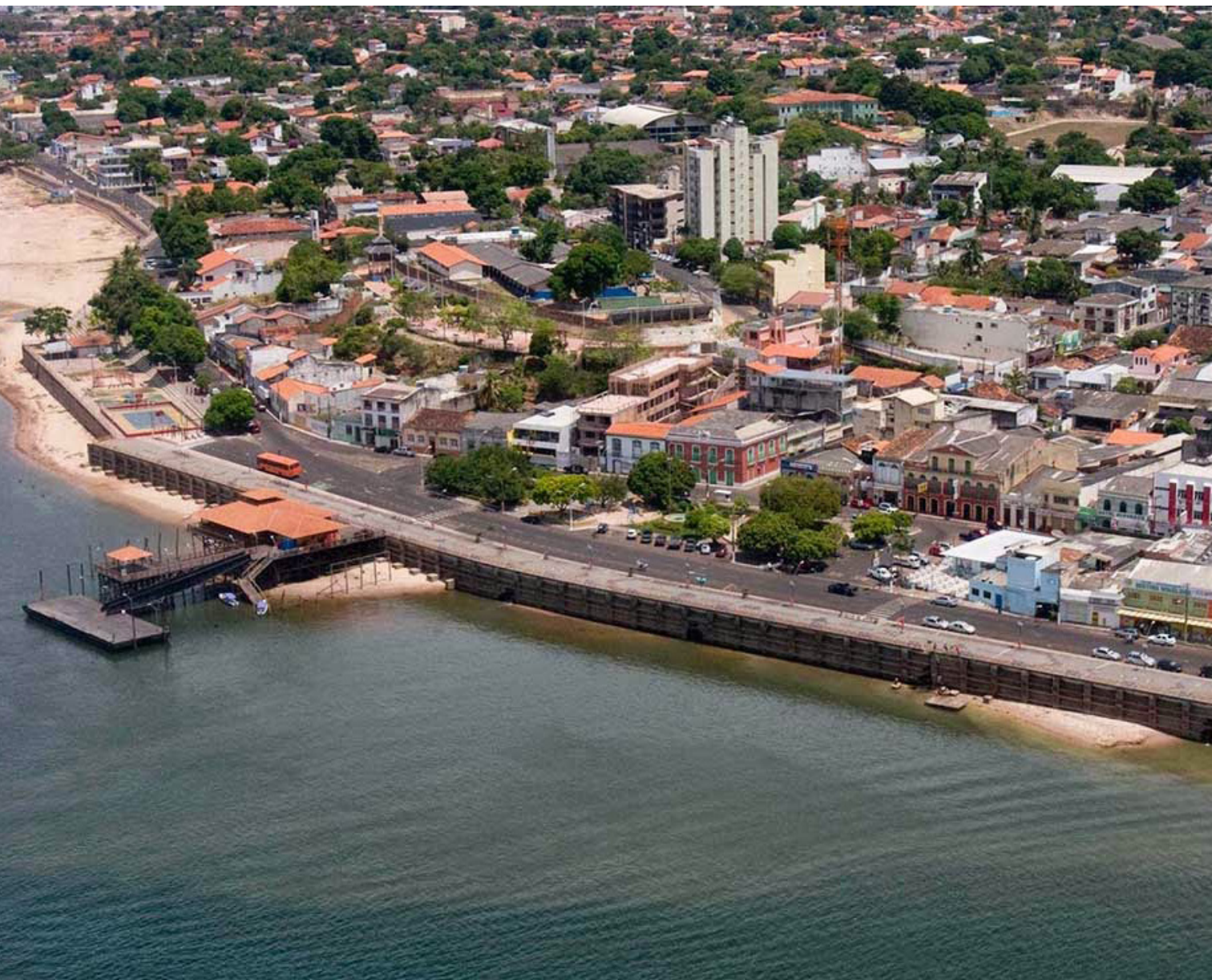
BOFF, Leonardo. *Ética da Vida*. Brasília: Letraviva, 1999, pp. 82-83.

ALVES, Antônio de Castro. Os Escravos. *Navio Negreiro* (obra completa). Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1996, pp. 280-281.

ALVES, Antônio de Castro. O Século. *Navio Negreiro* (obra completa). Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1996, p. 212.

Canto da Bioesperança

(Ao povo de Santarém – Cidadãos do Amazonas-Tapajós)



I

Ainda nesta noite ainda
nosso dia chegará.
Nosso dia chegará montando a asa do vento,
como um rio que passa, cortando meridianos,
trazendo chuva à semente,
distribuindo sol.

II

Não haverá mais noites,
não haverá mais sombras,
sobreexistirá a luz.

III

Ainda nesta noite ainda,
o boto cor-de-rosa pescará a lua,
no abraço mágico das águas
do Amazonas-Tapajós.
E a Musa, sem Parnaso,
com seu vestido de orvalho
e o sol nas mãos,
acordará madrugadas,
em "Alter-do-Chão",
e ofertará ao Povo santareno
a alma das castanheiras,
em busca de salvação.

IV

Ainda nesta noite ainda,
nosso dia chegará.
Todos caminharemos juntos, de mãos dadas,
na vigília do verde, em defesa da vida,
Fauna e Flora – Vitória-Régia,
conjugando o verbo Amar.
E depois,
alados em um gesto unânime de infinito Amor,
construiremos a Aurora do Amanhã
no dorso amplo dos rios em abraços fraternos
e tomaremos a nave da Bioesperança
rumo à Estrela Polar
das presentes e futuras gerações.

V

Cidadãos Santarenos,
ainda nesta noite ainda,
nosso dia chegará!

Santarém-PA, em 27/03/2018.
Desembargador Federal *Souza Prudente*
Cidadão Santareno

Repositórios Oficiais de Jurisprudência publicados de acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997

- Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- Editora Fórum: *Fórum Administrativo e Interesse Público*;
- 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 Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- Editora IOB Thompson/Síntese: *Repertório de Jurisprudência IOB Civil, Processual, Penal e Comercial; Repertório de Jurisprudência IOB Trabalhista e Previdenciário; Repertório de Jurisprudência IOB Tributário, Constitucional e Administrativo; Direito Público; Jusis Síntese DVD; Revista de Estudos Tributários; Revista Direito Aduaneiro Marítimo e Portuário; Revista Jurídica/RS; Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público; Revista Síntese Direito Administrativo; Revista Síntese Direito Ambiental; Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil; Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal; Revista Síntese Licitações Contratos e Convênios; Revista Síntese Responsabilidade Pública; Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.*

Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br.

Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

