

# Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
v. 29 n. 11/12 novembro/dezembro 2017

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 29	n. 11/12	p. 1/212	novembro/dezembro 2017
---------	----------	-------	----------	----------	------------------------

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Souza Prudente – Diretor

## Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

## Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/SEREV

## Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

## Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Scapellato Cruz

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

## Editoração eletrônica

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Milena Lima Pereira Araújo

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

## Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

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/Cojud/TRF1

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

70.096-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3410-3574 e 3410-3571 – Fax: (61) 3410-3573

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/portaltrf1/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  
Neuza Alves  
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

## 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  
Jorge Miranda  
José Afonso da Silva  
José Joaquim Gomes Canotilho  
José Renato Nalini  
José Rubens Morato  
Luiz Fux  
Luiz Guilherme Marinoni  
Maria Sylvania Zanella Di Pietro  
Nabor Bulhões  
Nelson Nery Júnior  
Paulo Bonavides  
Rodolfo de Camargo Mancuso  
Ronaldo Poletti  
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 co-diretor 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, Unifesp, 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 Jurídicas*, Argentina.

### 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, Subse o de Curitiba.

#### Maria S lvia 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.

#### 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 1ª 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.

#### 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.

#### 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.

#### 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 COGEAE-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 Ítalo 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 novembro/dezembro de 2017, apresenta-nos um Conselho Editorial com renomados juristas e artigos jurídicos de elevado nível científico, a saber: I – *A competência do Supremo Tribunal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça*, do Professor, Jurista e Ministro Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, que, após importante análise das razões históricas de criação do Conselho Nacional de Justiça e o seu respeitável entendimento pessoal sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça, chega à conclusão de que “deve ser preservada a competência da Suprema Corte para apreciar primariamente as demandas que digam respeito às atividades disciplinadora e fiscalizadora do CNJ que repercutam frontalmente sobre os tribunais ou seus membros, ainda que não veiculadas por ação mandamental, em outras palavras, as ações que versem sobre a autonomia dos tribunais ou o regime disciplinar da magistratura. II – *Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito*, do Professor, Doutor, Jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, na análise conclusiva de que “quando as regras jurídicas para complementação de precedentes são rigorosamente seguidas, incluído o dever de detalhada fundamentação, a evolução da jurisprudência tenderá ao aumento do bem-estar social, ainda que os juízes responsáveis pela mudança sejam movidos por inclinações políticas, interesses de carreira, experiências pessoais ou outras preferências diversas da maximização da eficiência do sistema jurídico. A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo podem variar sem deixar de gerar proveito para todos os envolvidos. Em suma, é bastante provável que o demandismo e a ‘cultura de litigância’ tão propalados sejam, em parte, um reflexo do descompromisso com a estabilidade da jurisprudência. Que o novo Código de Processo Civil seja um marco em direção a um sistema de justiça mais eficiente.” III – *A imunidade tributária dos livros eletrônicos e seu reflexo na busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado*, da Professora, Advogada e Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília Thaís Soares de Oliveira, sob nossa orientação científica, na compreensão de que “o objetivo desse estudo pauta-se em demonstrar a aplicação da imunidade aos livros eletrônicos, vez que insertos no conceito de livro, atendem, igualmente, ou até com mais efetividade em relação aos impressos em papel, a finalidade da norma imunizante de garantir a liberdade de expressão, acesso e democratização do conhecimento, com reflexo na proteção do meio ambiente”. IV – *Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*, da Professora, Doutora e Jurista Flávia Piovesan, na excelente conclusão de que “a América Latina é caracterizada por sociedades multiétnicas e multirraciais, marcadas por desigualdades estruturais e pela etnicização e feminização da pobreza, a alcançar sobretudo povos indígenas e afrodescendentes, sofrendo as mulheres formas múltiplas e agravadas de discriminação. A título ilustrativo, sob o prisma étnico-racial, estudos e pesquisas indicam que, na Bolívia, os povos indígenas representam 62% da população do país, sendo que 74% destes povos

vivem na pobreza. No Brasil, a população afrodescendente representa 51% da população do País, constituindo, contudo, 70% dos pobres e 71% das pessoas vivendo na extrema pobreza. No Chile, a incidência da pobreza é significativamente superior em relação aos povos indígenas (35.6%), se comparada com os não indígenas (22.7%). Na Colômbia, os afrocolombianos constituem 26% da população, sendo que 76% deles enfrentam a pobreza extrema. No Peru, os povos indígenas representam 45% da população, vivendo nas áreas mais pobres, sem acesso a serviços públicos básicos. No Uruguai, os afrodescendentes são 9,1% da população, metade deles vive abaixo da linha da pobreza, ao passo que os povos indígenas constituem 3,8% da população, 32% deles vivendo abaixo da linha da pobreza. Constituições latino-americanas explicitamente protegem o valor da diversidade étnico-racial como um valor fundamental de nações pluriétnicas e multirraciais, como é o caso das Constituições da Bolívia, Equador, Colômbia e Peru. Ao contemplar cláusulas de abertura constitucional, as constituições latino-americanas dialogam ainda com o sistema regional interamericano, sob a inspiração do princípio da prevalência da dignidade humana e do princípio *pro persona*. Por sua vez, a Corte Interamericana, mediante interpretação dinâmica e evolutiva, ao proteger os direitos dos povos indígenas, endossa o direito ao respeito à sua identidade cultural específica e singular. Revisita o direito de propriedade privada (enunciado no art. 21 da Convenção Americana) para assegurar o direito de propriedade coletiva e comunal da terra, como base da vida espiritual e cultural dos povos indígenas, bem como de sua própria integridade e sobrevivência econômica. Assegura o direito à consulta prévia, adequada, informada e efetiva às comunidades indígenas quando da adoção de medidas que afetem seu destino. Avança na configuração dos danos espirituais (para além dos danos materiais e morais), à luz da dimensão temporal da existência humana e da responsabilidade dos vivos para com os mortos. Revisita, ainda, o direito à vida, acenando à sua acepção lata, para esclarecer que não se limitaria apenas à proteção contra a privação arbitrária da vida, mas demandaria medidas positivas em prol de uma vida digna. Sob a perspectiva dos direitos humanos e da diversidade étnico-racial, considerando o constitucionalismo transformador latino-americano e o impacto do sistema interamericano, faz-se essencial combater a discriminação racial e promover a igualdade, conferindo especial proteção aos povos afrodescendentes e indígenas no contexto latino-americano. O combate à discriminação demanda medidas que propiciem a conscientização e sensibilização dos diversos atores sociais — com especial ênfase aos agentes públicos — relativamente ao valor da diversidade, possibilitando a transformação cultural. Cabe aos Estados o dever de reconhecer o legado discriminatório da região, particularmente opressivo aos povos afrodescendentes e indígenas, de modo a focar na importância do combate à discriminação e na promoção da igualdade, tendo como maior beneficiária a sociedade como um todo. O valor da diversidade, aliado aos direitos à igualdade e à diferença, invoca a transição de uma igualdade geral e abstrata para um conceito plural de dignidades concretas. Faz-se fundamental avançar na implementação do caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao

reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.” V – *Ação rescisória baseada em violação de norma jurídica*, do Professor, Pós-Doutor, Jurista e Advogado Luiz Guilherme Marinoni, na inteligência de que “não é preciso negar que ter em conta um texto legal implica necessariamente atribuir-lhe significado, pouco importando a sua suposta clareza ou dubiedade, para admitir que determinados textos resultam em normas sobre as quais não paira discussão no comum dos casos. Frise-se que não se está a admitir norma engastada no texto, mas se está a falar de aceitação da interpretação ou da norma que deriva do texto pelas pessoas que cotidianamente estão com ele envolvidas. Trata-se, em outras palavras, do que se pode denominar de uma norma ‘dotada de aceitabilidade’ ou de uma ‘situação de consenso’ a respeito da norma. É necessário admitir a rescindibilidade de decisão que nega interpretação ou norma jurídica racionalmente ‘aceita’ por aqueles que estão envolvidos com o texto legal ou sobre a qual há consenso. Nessas situações, em que a norma jurídica é ‘dotada de aceitabilidade’, certamente cabe a rescindibilidade da decisão com base em ‘violação manifesta a norma jurídica’, nos termos do inciso V do art. 966. Perceba-se que isso não redundará na admissão de violação de disposição de lei, como se a norma nela estivesse encartada. A violação é de norma jurídica que, a despeito de não afirmada por Corte Suprema ou por decisão investida de particular autoridade, é ‘dotada de aceitabilidade’. VI – *Justiça econômica*, do Professor, Doutor, Jurista e Advogado Ives Gandra Martins, na fala conclusiva de que “a excessiva burocracia manipula projetos sociais, gera preferências indesejáveis e termina por travar o desenvolvimento de uma nação. Na lista das encíclicas papais citadas, o Estado, se não atrapalhar, já faz muito, mas deve sim controlar os abusos do poder econômico e ser fator de estímulo à sociedade para crescimento. Quanto maior a burocracia, menos serviços prestará e menos políticas sociais gerará. Quanto maior, mais se acomodará nas benesses e terminará gerando o avanço do retrocesso. Uma justiça equilibrada entre a máquina que serve e a sociedade que cresce, através, principalmente, da educação, parece-me o melhor caminho para uma ‘Justiça econômica’, no século XXI.”

No valioso acervo jurisprudencial desta edição da Revista do TRF 1ª Região, além da histórica sentença que determinou a observância do princípio da precaução em face do plantio, comercialização e consumo de organismos geneticamente modificados no Brasil, destaca-se, em defesa da vida, dentre muitos precedentes, o direito ao levantamento do saldo existente em conta vinculada ao FGTS, com a finalidade de custear despesas com tratamento e necessidades especiais de criança portadora de síndrome de Crouzon, hidrocefalia no ventrículo esquerdo e transtorno do espectro autista, sob nossa relatoria, na compreensão de que a vida não tem preço.

Desembargador Federal Souza Prudente  
Diretor da Revista TRF 1ª Região



## Artigos Doutrinários.....21

A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça, **21**

Dias Toffoli

Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito, **32**

Luiz Fux

A imunidade tributária dos livros eletrônicos e seu reflexo na busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, **39**

Thaís Soares de Oliveira

Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, **58**

Flávia Piovesan

Ação rescisória baseada em violação de norma jurídica, **71**

Luiz Guilherme Marinoni

Justiça econômica, **91**

Ives Gandra da Silva Martins

## Inovações Legislativas.....105

Lei 13.509, de 22/11/2017.

Decreto 9.187, de 1º/11/2017.

Decreto 9.188, de 1º/11/2017.

Decreto 9.192, de 06/11/2017.

Decreto 9.199, de 20/11/2017.

Decreto 9.204, de 23/11/2017.

## Julgados de Questões Processuais Relevantes.....107

Assembleia Legislativa. Comunicação sobre o recebimento de denúncia contra deputado estadual. Emenda Constitucional 35/2001. Obrigatoriedade. Fatos imputados contemporâneos ao exercício do mandato, **107**

Agravo Regimental na Ação Penal 0026446-55.2012.4.01.0000/PI

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

Multa diária por descumprimento de ordem judicial. *Facebook*. Bloqueio de valores via Bacenjud, **107**

Mandado de Segurança 0042962-14.2016.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Juizado especial federal e juízo federal comum. Ação de cobrança de taxas de condomínio incidentes sobre imóvel da União. Matéria excluída da competência do juizado especial federal independentemente do valor atribuído à causa, **108**

Conflito de Competência 0025667-27.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Contribuição previdenciária sobre o valor da receita bruta da comercialização da produção rural – Funrural. Acórdão rescindendo dissonante da decisão proferida no julgamento do RE 718.874/RS. Constitucionalidade da contribuição, 108**

Ação Rescisória 0070890-37.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

**Bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira. Inexistência de suspeição/impedimento de conselheiros/auditores fiscais do Carf, 109**

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0008087-81.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

**Restituição de veículo apreendido e valores bloqueados. Índícios de aquisição com o proveito do crime. Autorização de utilização do bem pela Polícia Judiciária. Ausência de ilegalidade, 109**

Apelação Criminal 0001100-75.2017.4.01.3703/MA

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Desapropriação agrária. TDAs complementares. Liquidação. Decurso de tempo. Juros de mora compensatórios e correção monetária. Lapso de tempo entre a data da liquidação e a data do efetivo pagamento da parcela controversa que foi objeto de embargos do devedor, 110**

Agravo de Instrumento 0029338-58.2017.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Uso de diploma falso. Procedimento investigatório iniciado mediante delação anônima. Nulidade não configurada, 111**

Apelação Criminal 0016275-59.2005.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Ação anulatória de matrícula de imóvel desapropriado. Fraude a lei imperativa. Falta de participação dos interessados na discussão. Desapropriação consolidada e exaurida. Coisa julgada. Levantamento do valor da indenização. Tentativa velada de contornar a coisa julgada, 112**

Apelação Cível 0011498-80.2009.4.01.3600/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Ação possessória. Juízo estadual. Inexistência de jurisdição federal delegada. Competência da Justiça Federal de Primeira Instância para processar e julgar o feito, 112**

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 0009328-95.2014.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**SAT (Seguro Acidente do Trabalho). Preliminar de nulidade de sentença condicional. Acolhida. Prova. Retorno dos autos à origem após regular instrução do feito. Sentença anulada, 113**

Numeração única: 0006101-85.2010.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2010.38.00.002455-3/MG

Relator: Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado)

**Mercadoria importada. Liberação mediante caução. Possibilidade, 113**

Agravo de Instrumento 0068538-43.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

**Embargos de terceiro. Cônjuge meeira. Proteção da sua meação. Regime do casamento desinflante, 113**

Numeração única: 0009835-78.2009.4.01.3800

Apelação Cível 2009.38.00.010226-2/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Ação coletiva. Execução individual. Competência. Aplicação do art. 109, § 2º, da Constituição Federal, 114**

Agravado de Instrumento 0015635-60.2017.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Leilão de desestatização do controle acionário da Vale S/A. Suspensão. Reunião de todos os processos para decisão uniforme perante o juízo. Conexão das causas, 115**

Numeração única: 0000744-38.1998.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 1998.39.00.000746-4/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Jurisprudência Diferenciada – Julgados em Defesa da Vida.....117****Pensão por morte. Obrigação de prestar alimentos imposta ao instituidor do benefício. Manutenção do pagamento após o óbito. Desconto em prejuízo dos demais herdeiros. Impossibilidade. Filho maior de 21 (vinte e um) anos de idade. Cessaçã. Restituição devida, 117**

Apelação Cível 0005669-87.2011.4.01.3814/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado)

**Irrepetibilidade. Adequação do julgado à jurisprudência consolidada no REsp 1.401.560/MT. Juízo de retratação exercido. Acórdão retificado, 117**

Remessa Oficial 0011848-16.2006.4.01.3813/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado)

**Servidor público civil. Percepção cumulada de vencimentos e proventos. Sujeição ao teto constitucional de forma individualizada, 118**

Embargos Infringentes em Apelação Cível 0021244-58.2007.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

**Aposentadoria por invalidez. Laudo pericial conclusivo. Incapacidade laboral. Cessaçã indevida. Médico que retorna ao trabalho para coadjuvar o benefício, em atividade meramente burocrática: parecer em saúde ocupacional. Restabelecimento do benefício durante período em que laborou. Boa-fé do segurado. Cobrança de valores indevida. Irrepetibilidade. Caráter alimentar, 118**

Apelação/Reexame Necessário 0009404-30.2012.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Ação civil por ato de improbidade administrativa. Réu. Policial rodoviário federal. Acidente com vítima fatal. Atendimento. Apropriação indevida de cheque encontrado nos pertences. Depósito em conta pessoal, 120**

Apelação Cível 0007041-14.2009.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Responsabilidade civil. Acidente ocorrido em ferrovia. Conduta omissiva da empresa concessionária do serviço de transporte ferroviário. Descumprimento do dever legal de segurança e fiscalização da linha férrea. Trabalhador rural. Incapacidade laboral, 121**

Numeração única: 0007238-50.2010.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário na Ação Sumária 2010.33.00.002689-2/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Concurso público. Pontuação. Prova de títulos. Experiência profissional. Exigência de comprovação de exercício de atividades previstas no edital. Declaração do empregador. Razoabilidade. Vedação ao excesso de formalismo. Situação de fato consolidada. Possibilidade de nomeação e posse, 121**

Apelação Cível 0045668-91.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Embargos de declaração. Omissão/contradição e obscuridade inexistentes. Desprovimento. Defensoria Pública da União. Cabimento, 122**

Embargos de Declaração no Reexame Necessário 0003631-17.2015.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ação civil pública. Direito à saúde. Internação hospitalar. União Federal, estado e município. Direito humano fundamental e difuso, constitucionalmente garantido, 123**

Apelação Cível na Ação Civil Pública 0006003-81.2016.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Concurso público. Deficiência física. Distonia focal em membro superior (câimbra de escrivão). Limitação motora definitiva. Enquadramento. Portador de necessidades especiais, 125**

Apelação Cível na Ação Ordinária 0037123-27.2015.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Concurso público. Cargo de agente da Polícia Federal. Vagas destinadas aos candidatos negros (preto/pardo). Eliminação do candidato. Análise da autodeclaração. Impossibilidade. Prevalência do princípio da razoabilidade. Determinação de aferição presencial, 125**

Apelação Cível 0042211-46.2015.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Direito de acesso a informações públicas ou privadas. Transparência administrativa. Concurso público. Processos seletivos. Documentos e provas dos demais candidatos. Requerimento justificado. Óbice por parte da instituição de ensino superior. Ilegalidade. Princípios da autonomia universitária e da separação de Poderes. Ausência de afronta. Falta de dotação orçamentária. Alegação genérica, 126**

Apelação Cível na Ação Civil Pública 0012952-24.2016.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Responsabilidade civil. Acidente com resultado morte ocorrido em parque nacional. Conduta omissiva do órgão ambiental responsável pela preservação da segurança de seus frequentadores. Descumprimento de expressa previsão legal (ausência ou deficiência de fiscalização). Responsabilidade civil. Nexos de causalidade. Comprovação. Danos morais e materiais, 126**

Numeração única: 0018420-74.2008.4.01.3600

Apelação Cível/Reexame Necessário 2008.36.00.018420-7/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Responsabilidade civil. Contaminação por Césio 137 de estabelecimento comercial. Danos materiais. Danos emergentes. Reconhecimento. Sentença parcialmente reformada, 127**

Numeração única: 0004237-68.2007.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2007.01.00.003870-0/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**INSS. Descontos indevidos de valores relativos à pensão alimentícia sobre benefício previdenciário. Danos materiais. Existência de ato ilícito. Comprovação. Danos morais. Natureza *in re ipsa*, 129**

Numeração única: 0002507-65.2007.4.01.3801  
Apelação/Reexame Necessário 2007.38.01.002711-3/MG  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Inadimplência. Execução de título executivo extrajudicial. Desconto compulsório em folha de pagamento. Impossibilidade. Impenhorabilidade, 129**

Agravo de Instrumento 0010703-34.2014.4.01.0000/DF  
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Concurso público. Vagas fragmentadas por localidade. Inexistência de vagas pagas para portadores de deficiência física. Percentual mínimo de 5%. Fração. Arredondamento para o próximo número inteiro, 130**

Reexame Necessário 0035138-28.2012.4.01.3400/DF  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Liberdade de imprensa. Limites. Danos morais. Violação a direito da personalidade. Notícia inverídica. Publicação em revista de circulação nacional. Tentativa de associação a escândalo político, 130**

Apelação Cível 0035846-88.2006.4.01.3400/DF  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Proibição de embarque de menor e sua mãe. Autorização expressa concedida pelo pai. Autenticação de assinatura por autoridade francesa competente. Ato ilícito administrativo. Danos materiais e morais. Dever de indenizar, 131**

Numeração única: 0006613-69.2004.4.01.3900  
Apelação/Reexame Necessário 2004.39.00.006612-6/PA  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Ensino superior. Transferência de instituição de ensino particular. Tratamento psiquiátrico. Garantia constitucional à saúde, à educação e à unidade familiar, 131**

Remessa Oficial em Mandado de Segurança 0004932-51.2014.4.01.3500/GO  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Estrangeiro. Decreto de expulsão, posteriormente revogado. Pedido de expedição de visto permanente. Negativa baseada nos fatos que justificaram a expulsão. Contradição do ato administrativo, 132**

Numeração única: 0007254-43.2006.4.01.3300  
Apelação/Reexame Necessário 2006.33.00.007257-3/BA  
Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Sistema de cotas. Conclusão do ensino médio por meio do Programa de Educação de Jovens e Adultos ministrado pelo Serviço Social da Indústria. Equiparação ao ensino público, 132**

Reexame Necessário 0001094-91.2015.4.01.3815/MG  
Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

**Crefito. Fiscalização realizada com auxílio de agentes da Polícia Federal. Ausência de mandado judicial. Ingresso em estabelecimento comercial. Exercício de poder de polícia. Inoponibilidade à inviolabilidade de domicílio. Ato flagrantemente ilegal. Condução da autora em camburão de viatura. Prisão por desobediência. Ato ilícito. Danos morais, 132**

Numeração única: 0010106-35.2009.4.01.3300  
Apelação Cível 2009.33.00.010111-2/BA  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Vestibular. Candidato cotista. Nota suficiente para aprovação e classificação na lista de ampla concorrência. Matrícula. Possibilidade, 133**

Reexame Necessário 0005186-13.2013.4.01.4000/PI  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Incidência do ICMS na fatura de conta de energia elétrica. Limitação da incidência ao consumo efetivo, 133**

Numeração única: 0032600-14.2007.4.01.3800  
Reexame Necessário 2007.38.00.033233-8/MG  
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Coelba. Pedido de nulidade de auto de infração da Aneel. Procedimentos de coleta de dados de apuração dos indicadores de continuidade individuais e coletivos, das compensações financeiras e da composição dos indicadores globais dos conjuntos de unidades consumidoras, 135**

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0048553-20.2017.4.01.0000/DF  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**FGTS. Direito ao levantamento de saldo existente em conta vinculada. Custeio de despesas para tratamento de doença grave, 138**

Agravo de Instrumento 1010465-90.2017.4.01.0000  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....141**

Autorização para plantio da soja transgênica (*round up ready*). Regulamentação da matéria e necessidade de prévio Estudo de Impacto Ambiental – EIA/Rima. Art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal. Necessidade de formação de equipe multidisciplinar e observação dos trâmites regulamentares da Resolução 1/86 – Conama, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial. Impedimento de comercialização das sementes da soja geneticamente modificada, já produzidas, até que seja regulamentada e definida, pelo Poder Público competente, as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados, 141

Ação Cautelar Inominada 1998.34.00.027681-8/DF (Sentença proferida pelo então Juiz Federal Souza Prudente na Seção Judiciária do Distrito Federal)

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação cautelar. Liberação do plantio e comercialização de soja geneticamente modificada (*soja round up ready*), sem o prévio estudo de impacto ambiental. Inexistência de norma regulamentadora quanto à liberação e descarte de OGM no meio ambiente. Princípio da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Poder geral de cautela do magistrado *in mora*. Inexistência de julgamento *extra petita*. Art. 808, III, do CPC. Inteligência, 168

Apelação Cível 0009785-21.2000.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Exploração de matéria-prima pertencente à União sem autorização. Extração de areia e cascalho. Materialidade e autoria comprovadas. Responsabilidade da pessoa jurídica por crime ambiental. Art. 55 da Lei 9.605/1998. Possibilidade, 169

Apelação Criminal 0001598-28.2014.4.01.3817/MG

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Ação civil pública. Área de preservação permanente (Parque Nacional de Brasília). Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada e demolição de edificações), de não fazer (inibição de qualquer ação antrópica e indenização). Possibilidade. Indenização pelas benfeitorias realizadas. Descabimento, 169

Numeração única: 0031163-03.2009.4.01.3400  
Apelação Cível 2009.34.00.031740-2/DF  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ambiental. Condomínio no Distrito Federal que em razão da construção de muro veda passagem a chacareiros com propriedades no entorno. Terreno contíguo a reserva biológica e de captação de manancial da Caesb. Pretensão do ICMBio de estipulação de servidão de passagem. Cabimento. Liminar deferida há três anos sem cumprimento pelo condomínio, 170**

Agravo de Instrumento 0056272-97.2010.4.01.0000/DF  
Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

**Ação civil pública para reparação de dano ambiental. Obra edificada irregularmente em área de proteção permanente (APP). Contrariedade a lei federal (Código Florestal). Degradação ambiental incontroversa. Responsabilidade objetiva. Dever de demolir a construção. Configuração do dano moral coletivo, 171**

Numeração única: 0009278-53.2007.4.01.3803  
Apelação Cível 2007.38.03.009643-8/MG  
Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

**Meio ambiente. Embargo de obra em área não edificável. Auto de infração. Ibama. Competência. Multa. Prévia advertência. Desnecessidade, 172**

Numeração única: 0029221-36.2005.4.01.3800  
Apelação Cível 2005.38.00.029448-1/MG  
Relator: Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (convocado)

**Ação civil pública. Título dominial de imóvel. Nulidade. Registro imobiliário e plano de manejo florestal. Cancelamento. Degradação ambiental em área situada na Amazônia Legal. Impacto ambiental e social direto e indireto no bioma amazônico. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de indenizar. Danos materiais e morais. Definição do *quantum* devido, 172**

Numeração única: 0008642-58.2005.4.01.3900  
Apelação/Reexame Necessário 2005.39.00.008652-2/PA  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Infração ambiental. Aquisição de carvão vegetal sem autorização do órgão ambiental competente. Poder de polícia administrativa do Ibama. Princípio do poluidor-pagador, 174**

Numeração única: 00009212-91.2007.4.01.3700/MA  
Apelação/Remessa Necessária 2007.37.00.009440-6  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ibama. Auto de infração. Destruição de vegetação nativa com uso de fogo, sem autorização da autoridade ambiental competente. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva. Autorização Provisória de Funcionamento de Atividade Rural (APF) e Cadastro Ambiental Rural (CAR). Natureza autodeclaratória. Prova inequívoca da regularidade da atividade. Inexistência. Multa aplicada. Suspensão da exigibilidade. Caução. Ausência, 174**

Agravo de Instrumento 0064663-31.2016.4.01.0000/MT  
Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Embargos à execução fiscal. Multa ambiental. Ibama. Funcionamento de posto de combustível sem licença ambiental. Multa aplicada a pessoa física: possibilidade. Ilegitimidade passiva da sócia-administradora afastada, 175**

Apelação Cível 0044981-12.2014.4.01.9199/MG  
Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Instituto dos Arquitetos do Brasil. Paralisação imediata de obras de edifício. Comercialização das respectivas unidades habitacionais, 176**

Agravo de Instrumento 0073711-14.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Discussão acerca da legitimidade do registro imobiliário. Necessidade de prova pericial, 180**

Agravo de Instrumento 0006904-75.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Impedimento de ocupação, edificação, realização de obras de infraestrutura ou de qualquer outra finalidade, exploração de recursos naturais, corte ou supressão de qualquer tipo de vegetação ou de realização de qualquer outra ação antrópica em loteamentos clandestinos, 184**

Agravo de Instrumento 0042087-20.2011.4.01.0000

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

**Ação civil pública. Pedido de sobrestamento de cumprimento de julgado. Exploração de recursos energéticos em área indígena. UHE Belo Monte, 204**

Tutela Cautelar Antecedente 0052006-23.2017.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

## **JEFs em Revista.....207**

**Aposentadoria por idade. Ausência à audiência. Extinção sem julgamento do mérito. Cabimento. Condenação em custas. Requisitos não satisfeitos, 207**

Processo 0002732-43.2016.4.01.3907/PA

Relator: Juiz Federal Ilan Presser

**Aposentadoria por idade. Segurado especial. Início de prova material presente. Prova testemunhal favorável. Requisitos satisfeitos, 207**

Processo 0002815-59.2016.4.01.3907

Relator: Juiz Federal Ilan Presser

**Aposentadoria rural. Segurada especial. Necessidade de produção da prova testemunhal. Defeito na mídia. Sentença anulada de ofício, 208**

Processo 0007076-13.2015.4.01.3904

Relator: Juiz Federal Ilan Presser

## **Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....209**

## **Instruções Editoriais.....211**

# A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça\*

Dias Toffoli\*\*

## 1 Breves razões históricas da criação do Conselho Nacional de Justiça<sup>1</sup>

A história do Brasil demonstra que há uma disputa e um movimento pendular na Nação brasileira. Trata-se de haver uma maior autoridade e poder sob o controle das elites locais ou sob controle de um poder central; uma maior legitimidade ou competência dos Estados, das províncias — antigamente, ou uma maior competência do governo central da Nação.

O Brasil nasceu separado em capitânias, depois vieram o Governo-Geral, o Vice-Reinado, o Reino Unido, o Império e, por fim, a República. Dom Pedro I fechou a Constituinte de 1823 porque ela estava dando muita autonomia e poder às elites locais. Com a primeira regência — após a abdicação de Pedro I, em um contexto de insurreição destas elites locais ao poder central —, veio o Ato Adicional de 1834 à *Constituição de 1824*, que descentralizou as competências normativas para se deliberar sobre o Judiciário, a segurança pública, a economia, a educação etc., atribuindo-as às assembleias provinciais (até então formalmente chamadas de “Conselhos Geraes”).

Ao longo da Primeira Regência, houve absoluta falta de uniformidade na disciplina do Judiciário brasileiro, do Judiciário nacional. Disputas e debates ocorridos então levaram ao chamado Regresso juridicamente presente e consubstanciado na Lei de Interpretação de 12 de maio de 1840, capitaneada pelo Visconde do Uruguai, Paulino José de Sousa, a qual se aplicava ao Ato Adicional de 1834. Um dos pontos

centrais do Regresso era exatamente a retomada de uniformidade do Judiciário e das normas jurídicas e processuais. Quem deve disciplinar o Judiciário? As Assembleias locais ou a Nação? Deve haver uma disciplina uniforme ou uma disciplina disforme, respeitando-se as vontades e peculiaridades locais?

Naquele tempo, os rótulos que se aplicavam aos políticos eram conservadores e liberais: os conservadores defendiam uma maior competência da Nação — do poder central — perante as províncias; os liberais defendiam que, estando mais próximas do povo as assembleias locais, era mais democrático que elas disciplinassem o seu autogoverno, sua auto-organização, inclusive quanto ao Judiciário e aos códigos.

Com a República esses rótulos mudaram de liberais e conservadores para federalistas — aqueles que defendiam um maior poder das assembleias estaduais — e republicanos, aqueles que defendiam um maior poder da Nação. No Rio Grande do Sul, na Revolução de 1893, os maragatos, que eram federalistas, se opunham aos republicanos, que defendiam uma maior unidade do Estado do Rio Grande do Sul com a nação. Sagraram-se vencedores Júlio de Castilhos; depois, Borges de Medeiros; depois, Getúlio Vargas. Não foi à toa que Getúlio Vargas promoveu a centralização do poder no Estado Novo, porque ele era um chimango, um pica-pau, embora fosse casado com uma maragata.

O movimento pendular continuou, depois, com a descentralização e a redemocratização política do País em 1946, com a nova concentração promovida pelo governo militar de 1964 e com a descentralização delineada pela Constituição de 1988, inclusive em matéria tributária, passando pelo Fundo Social de Emergência, no que diz respeito à questão orçamentária (Emenda Constitucional de Revisão 1, de 1994).

Esse é o pêndulo da Nação brasileira. A riqueza do debate sobre ele pode ser apreendida nos autos da ADI 4.638/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e sua questão central permanece viva nos diversos poderes e no universo acadêmico, na medida em que há defensores fervorosos tanto de uma maior autonomia

\* Este artigo foi originalmente publicado no livro *O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ*. LEWANDOWSKI, Ricardo e NALINI, José Renato (Org.) São Paulo: Quartier, pp. 81-100, 2015.

\*\* Vice-presidente do Supremo Tribunal Federal.

<sup>1</sup> Rememoro, neste primeiro capítulo, a digressão acerca do histórico de criação do CNJ, que pontuei em meu aditamento ao voto nos autos da ADI 4.638-MC, de relatoria do Min. Marco Aurélio, no bojo da qual apreciava esta Corte a constitucionalidade da Resolução 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça que, entre outras providências, dispunha sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados.

do poder local quanto de uma maior concentração do poder na Nação.

O debate perpassa a história brasileira até os dias atuais (basta lembrar a guerra fiscal e a prorrogação, a cada quatro anos nas últimas décadas do Fundo Social de Emergência, que posteriormente recebeu a denominação de Fundo de Estabilização Fiscal e hoje é denominado de DRU – Desvinculação de Receitas da União) e, no contexto específico do Poder Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça resulta desse processo histórico. Os embates entre os defensores dessa nova forma de controle do Poder Judiciário e seus adversários foram marcados por uma diferenciada visão das atividades de correição, planejamento e organização da magistratura. De um lado, aqueles que acreditavam na suficiência do modelo então em vigor. De outro, os que percebiam o esgotamento das estruturas constitucionais e legais, cuja manutenção implicaria a contestação do Poder Judiciário como instituição apta a corresponder às expectativas do povo brasileiro no mundo contemporâneo, globalizado e na era digital e instantânea (*on line*).

Reduzindo-se o âmbito do exame desse processo histórico ao campo correicional, é evidente que a missão do CNJ era romper com a inércia, a falta de estrutura e as limitações de ordem sociológica das corregedorias dos tribunais. Essa viragem foi uma das marcas mais significativas do novo regime jurídico disciplinar inaugurado pelo CNJ.

Na realidade, ele subtraiu o controle da moralidade administrativa da magistratura dos órgãos e das elites judiciárias locais para colocá-lo em poder de um elemento nacional, descomprometido com as particularidades regionais. Marcou, assim, o avanço do elemento republicano sobre o federalista, naquilo que concerta com a eficiência na solução de desequilíbrios de poder e de uso do direito por grupos específicos. O CNJ, nesse sentido, tem a missão constitucional de trazer para as luzes do cenário nacional os problemas internos da judicatura, mais comuns e semelhantes entre si do que se imaginava.

Ao mesmo passo traz esta competência a significativa tarefa de organizar, planejar, indicar caminhos, horizontes e metas no aperfeiçoamento da gestão da coisa pública, tudo voltado a uma maior eficiência e efetividade do Poder Judiciário no cumprimento de seus deveres e de sua missão. Quem ganha não é só o jurisdicionado, mas o próprio Judiciário, o Estado e a Nação brasileira!

Essa transferência representou também um deslocamento de poder e isso não se faz de modo suave. Há erros, equívocos, exageros, vaidades e o CNJ os há cometido não poucas vezes, mas o processo histórico não pode ser revertido, a não ser que o STF, em nome de alguns aspectos de ordem técnico-jurídica, resolva detê-lo. Mas, como disse Victor Hugo, em *Os Miseráveis*, a marcha da História é inexorável. Quando muito, se consegue retardá-la, mas, quando as energias do tempo irrompem, os efeitos dessa retomada são muito mais drásticos. Se, como disse o autor francês, a reação deteve a mudança nos campos de batalha de Waterloo, em 1815, e no Congresso de Viena, a revolução fez-se duplamente implacável em 1848.

Como bem salientou o eminente Ministro Cezar Peluso, no voto que proferiu na ADI 3.367/DF,

[...] são duas, em suma, as ordens de atribuições conferidas ao Conselho pela Emenda Constitucional nº 45/2004: (a) o controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário, e (b) o controle ético-disciplinar de seus membros.

A primeira não atinge o autogoverno do Judiciário. Da totalidade das competências privativas dos tribunais, objeto do disposto no art. 96 da Constituição da República, nenhuma lhes foi castrada a esses órgãos, que continuarão a exercê-las todas com plenitude e exclusividade, elaborando os regimentos internos, elegendo os corpos diretivos, organizando as secretarias e serviços auxiliares, concedendo licenças, férias e outros afastamentos a seus membros, provendo os cargos de juiz de carreira, assim como os necessários à administração da justiça, etc, sem terem perdido o poder de elaborar e encaminhar as respectivas propostas orçamentárias.

[...]

A segunda modalidade de atribuições do Conselho diz respeito ao controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º). E tampouco parece-me hostil à imparcialidade jurisdicional.

Representa expressiva conquista do Estado democrático de direito, a consciência de que mecanismos de responsabilização dos juízes por inobservância das obrigações funcionais são também imprescindíveis à boa prestação jurisdicional.

Era perceptível que os instrumentos orgânicos de controle ético-disciplinar dos juízes e desembargadores não eram de todo eficientes, sobretudo nos graus superiores de jurisdição, como já o admitiram com

louvável sinceridade os próprios magistrados, em conhecido estudo de Maria Tereza Sadek. Realidade algo semelhante encontra-se nos demais países latino-americanos.

Ainda nas palavras do Min. Cezar Peluso,

[...] somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas pode, sob tais aspectos, responder aos desafios da modernidade e às deficiências oriundas de visões e práticas fragmentárias na administração do Poder [...].

Ninguém desconhece, porque é irrecusável, a importância do Conselho Nacional de Justiça. O CNJ consolidou-se como um órgão situado na estrutura central do Poder Judiciário nacional. Tem poderes de orientação, controle, fiscalização, sensórios e exerce competência disciplinar, apurando indícios de descumprimento dos deveres da magistratura, nos termos do art. 103-B, *caput* e incisos, da Constituição da República.

Partindo dessa premissa histórica e irrecusável e das competências constitucionalmente atribuídas ao CNJ, passo à análise específica do tema proposto, primeiro, sob minha óptica, e, no capítulo seguinte, na da Suprema Corte, conforme a tese nela prevalente.

## 2 Posição do autor sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça<sup>2</sup>

As pretensões deduzidas com fulcro no art. 102, I, *r*, da Constituição Federal<sup>3</sup> encerram os mais diversos pleitos, o que tem contribuído para que este Supremo Tribunal venha-se inclinando a não reconhecer sua competência originária nas hipóteses em que tais requerimentos sejam manejados por via diversa da mandamental.

Nesse sentido, já deixou esta Corte assentado não lhe competir o exame de ações civis públicas (Pet 3.986-AgR, relator o Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-167, de 05/09/2008) ou ações

populares (Pet 3.674-QO, relator o Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/2006) propostas em relação a atos dos conselhos referidos na alínea *r* do inciso I do art. 102 da CF/1988.

Tenho, entretanto, que a atração do feito ao rol de demandas originariamente atribuídas a esta Corte há que ser, paulatinamente, definida a partir de perspectiva dúplice: de um lado, restritiva, a ponto de preservar a feição excepcional da competência da Corte Suprema; de outro, amplificada, de modo a não delimitar a apreciação originária do Supremo Tribunal com foco apenas na natureza processual da demanda.

De fato, parece-me temerário se reduzir o alcance do art. 102, inciso I, alínea *r*, da Constituição, a partir de interpretação de índole formal sobre o dispositivo, de modo a se conceber que, ante a incapacidade processual dos referidos conselhos, a competência originária do STF para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público se restrinja aos feitos de natureza mandamental.

A Constituição Federal, ao tratar da competência originária do Supremo Tribunal Federal, com a pretensão de restringi-la a ações de natureza constitucional, o fez taxativa e especificamente. Assim o foi quanto a: i) mandados de segurança e *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; ii) *habeas corpus* quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; e iii) mandados de injunção (art. 102, I, *d, i e q*, da CF).

Diante dessa explícita opção constitucional, exclui-se, em tais casos, a possibilidade de manejar ações de índole diversa para impugnar, perante o Supremo Tribunal Federal, atos praticados por aquelas autoridades.

Além da competência do Supremo Tribunal Federal ser de direito estrito, vale, no caso, dada a evidência *per se* do enunciado constitucional, o brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Fundado no voto que proferi no julgamento de questão de ordem na AO 1.814/MG e na ACO 1.680/AL.

<sup>3</sup> Cf. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] *r*) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;"

<sup>4</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 195-198.

Em outros dispositivos do art. 102, I, porém, a Constituição Federal alude a ação (alínea *n*) e ações (alínea *r*), sem qualquer restrição quanto a sua natureza, o que parece mesmo indicar o intuito desses dispositivos de afetar, em tais casos, um maior espectro de demandas à competência originária do STF.

Não ignoro, por evidente, que o Conselho Nacional de Justiça é órgão não personificado e, portanto, investido apenas de personalidade judiciária. De regra, como observa Celso Agrícola Barbi, a capacidade de ser parte liga-se à existência de personalidade jurídica. Mas, por questão de conveniência, a lei processual pode atribuir aquela capacidade a figuras que não têm essa personalidade, tal como se dá com a massa falida, a herança jacente, o espólio, a sociedade de fato e a massa do devedor civil insolvente, a teor dos arts. 12, III, IV, V e VII; e 766, II, do Código de Processo Civil<sup>5</sup>.

Ora, se o legislador ordinário pode atribuir a capacidade de ser parte a entes desprovidos de personalidade jurídica, *a fortiori* nada obsta que a própria Constituição Federal diretamente o faça.

Assim, dentro de sua liberdade de conformação, o poder constituinte derivado, ao inserir no rol de competências originárias do Supremo Tribunal Federal as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, I, *r*, CF), pode mesmo ter-lhes outorgado a capacidade de serem parte em ações, sem restringi-la às mandamentais, uma vez que, se assim o desejasse, se teria valido da mesma técnica empregada no art. 102, I, *d*. Nesse sentido, aliás, vai o autorizado magistério de Cândido Rangel Dinamarco:

[...] Do disposto no art. 102, inc. I, letra *r*, da Constituição Federal (competência do Supremo Tribunal Federal para as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público) infere-se que também essas entidades, conquanto não tenham capacidade jurídica plena, gozam da capacidade de ser parte ou seja, têm uma capacidade de ser parte que autoriza a propositura de demandas em face delas<sup>6</sup>.

Mais, entendo que *não é a personalidade na integração do polo passivo o elemento definidor da competência originária da Suprema Corte*, mas, sim, o objeto do ato do CNJ, sendo apenas subsequente a definição quanto à adequada representação processual de tais órgãos, nada impedindo, ressalte-se, que essa se faça por intermédio da União.

Importa destacar que não desconsidero, com isso, a natureza residual da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, reafirmo as conclusões já obtidas pelo Plenário do Tribunal quanto à necessidade de, em alguma medida, restringir-se o uso de ações de natureza cível não previstas expressamente no rol do art. 102, I, da Constituição Federal, em face do regime de direito estrito a que a competência originária do STF está submetida.

Admitir o contrário seria estabelecer o Supremo Tribunal Federal como instância revisora de todos os atos e deliberações dos conselhos ali referidos, o que, de certo, não foi o intuito do poder reformador. Afinal, se nem os atos do presidente da República estão de todo inseridos na competência originária desta Corte, por que os atos daqueles conselhos estariam?

Alguma restrição, repito, é imperiosa que seja firmada. Tenho, entretanto, que a contenção interpretativa a ser realizada com tal desiderato não deve ser exercida sob a óptica meramente instrumental, pena de esvaziamento do conteúdo da norma.

Compreendo que a inserção do dispositivo em questão no rol de competências originárias da Corte não buscou apenas garantir que os atos de autoridade dos Conselhos ali referidos fossem objeto de apreciação pelo Supremo, por meio de ações mandamentais. *Vislumbro, em verdade, na previsão constitucional, um mecanismo assecuratório da própria finalidade do CNJ e da imperatividade de suas decisões, em face dos órgãos e dos membros submetidos a sua autoridade.*

Isso porque a preservação da competência constitucionalmente atribuída ao CNJ e a própria efetividade de sua missão restariam fatalmente prejudicadas se todos os atos e deliberações que proferisse estivessem sujeitos à jurisdição dos membros e órgãos submetidos a sua atividade fiscalizatória e de controle. Seria uma verdadeira subversão da posição constitucional atribuída a esse órgão; posição, ressalte-se, em grande medida fundada na histórica constatação de uso muitas vezes desequilibrado do poder e do direito pelas elites judiciárias locais, como já salientado no primeiro capítulo deste trabalho.

<sup>5</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, p. 85.

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 291.

Portanto, para preservar a necessária e importante missão constitucional atribuída ao CNJ, tenho que a contenção interpretativa a ser realizada sobre o alcance do artigo 102, I, *r*, da Constituição, a despeito de considerar a necessária delimitação das atribuições originárias da Corte, não pode descuidar da *ratio* subjacente à edição daquela reforma constitucional.

Importa frisar que a preocupação com a razão de ser *não manifesta* das hipóteses consagradas no art. 102, I, da Carta Magna tem sido uma constante nos julgamentos desta Corte, relativamente à definição das matérias submetidas a sua competência originária.

Exemplifico. Nos autos da ACO 359/SP-QO, o eminente Min. Celso de Mello trouxe ao Plenário da Suprema Corte a discussão quanto ao alcance da alínea *f* do citado dispositivo. Naqueles autos, firmou-se o entendimento, em que pese a menção genérica do texto constitucional a causas e conflitos entre os entes federados, de que tão somente os litígios com potencialidade ofensiva sobre os valores que informam o pacto federativo seriam de competência originária da Corte.

Naquele mesmo julgado, foi citado trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ACO 417/PA-QO, o qual bem ressalta a superação da interpretação literal por esta Corte em favor da apreensão da finalidade do dispositivo:

A jurisprudência da Corte traduz uma audaciosa redução do alcance literal da alínea questionada da sua competência original: cuida-se, porém, de redução teleológica e sistematicamente bem fundamentada [...] (ACO nº 417/PA-QO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/12/90).

De igual modo, esta Corte reduziu o alcance literal da alínea *n* do art. 102, I, da CF para excluir da categoria de ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados aquelas demandas que: (i) comportem interesse restrito a magistrados que se encontrem sob condição específica; ou (ii) veiculem direito extensível a outros servidores públicos. São precedentes: o MS 21.441/RJ-QO, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, rel. p/ o ac.: Min. Ilmar Galvão, DJ de 28/05/1993; e a Rcl 16.065/PR-AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 19/02/2014. Nesses julgados, superou-se a interpretação literal dos dispositivos

fundamentalmente com o objetivo de atingir o núcleo normativo de seus comandos.

A interpretação que exponho e o fiz, como já salientado, no julgamento da AO 1.814/MG e da ACO 1.680/AL segue a linha de compreensão do Supremo Tribunal quanto à necessidade de se atender à *ratio* subjacente à edição da norma (*in casu*, a alínea *r* do art. 102, I, da CF), o que implica — não nego — reforço à imediata restrição ao alcance da palavra “ações” constante do dispositivo, mas, insisto, apenas na exata medida imposta para o atendimento da finalidade do comando normativo.

No ponto, e considerando a já destacada missão constitucional do Conselho Nacional de Justiça, *entendo que devem ser preservadas à apreciação primária desta Suprema Corte as demandas que digam respeito às atividades disciplinadora e fiscalizadora do CNJ que repercutam frontalmente nos tribunais ou em seus membros, ainda que não veiculadas por ação mandamental. Em resumo: todas as ações que digam respeito à autonomia dos tribunais ou ao regime disciplinar da magistratura.*

Pondero que há questões que atingem de modo direto e exclusivo a magistratura mas que já se encontram inseridas na competência desta Corte por força da alínea *n* do art. 102, I, da CF/1988. Destaco que elas já se fizeram presentes em julgados desta Corte, em situações que bem ilustram a importância de que não se restrinja, com base essencialmente em análise formal do dispositivo, o alcance da competência originária inserta no art. 102, I, *r*, da CF. Cito, *verbi gratia*, a Rcl 15.551/GO, em que a Min. Cármen Lúcia reconheceu, em decisão monocrática, a competência do STF para apreciar ação ordinária que tinha por objeto suspender os efeitos da decisão com que o Conselho Nacional de Justiça (PCA 0004380-76.2012.2.00.0000) declarou a nulidade da Resolução Administrativa 35/2012 do TRT da 18ª Região, “a qual destinava todas as vagas criadas pela Lei 11.964/2009 aos membros da magistratura de carreira, sem reserva do quinto constitucional”. Ressalte-se que a ação ordinária em questão, proposta perante o juízo de primeiro grau, teve, nessa instância, liminar concedida para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça.

Observo que eventual conclusão pela ausência de competência originária desta Corte para a apreciação dessas ações fundadas na mencionada *ratio* implicaria admitir a revisão de um ato emanado do CNJ, na típica atuação de controle (art. 103-B, §

4º, II, CF), por magistrado local. Rememoro o teor do dispositivo citado, a fim de evidenciar a incoerência de tal situação:

Art. 103-B. [...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I [...]

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

Soa-me, portanto, minimamente incongruente com o propósito do texto constitucional assentir que deliberação dessa natureza, tipicamente realizada no bojo da função de controle do CNJ, possa ser submetida à apreciação dos tribunais fiscalizados ou dos membros da magistratura a esses vinculados. Aliás, como destacado pela douta Procuradoria-Geral da República, nos autos da referida Reclamação (Rcl 15.551/GO):

16. São muitas, apesar de taxativas, as possibilidades de instauração da competência do STF com base nas diversas alíneas do art. 102, I, da CF/88. Entretanto, mesmo com a consciência dos múltiplos impasses advindos da adoção dessa nova perspectiva, faz-se necessário, com base no interesse público subjacente à manutenção efetiva da competência e das atribuições do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, superar o entendimento restritivo e abrir a Suprema Corte para as ações em geral contra esses órgãos, independentemente da classe, para que se admitam, igualmente, os feitos ajuizados contra a União, na qualidade de representante de ambos os órgãos de controle.

[...]

18. De fato, ao julgar uma causa com pretensão consistente na nulidade de um ato do Conselho Nacional de Justiça, o magistrado tem em mão o poder de traçar e redefinir a própria identidade constitucional do órgão, o qual, diante das competências intrinsecamente administrativas que lhe são dadas a teor da ADI 3.367, acaba tendo de assistir, passivamente, à eventual esterilização de seus comandos, por meio de liminares, sentenças

e acórdãos, em ações que tramitam em diversos Juízos, simultaneamente, inclusive.

19. Sendo esse o quadro, entende-se haver, na situação descrita, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, o que enseja o deferimento do pleito reclamatório [...] (Rcl. nº 15.551, trecho do parecer da PGR citado na decisão monocrática).

Dessa feita, imprescindível admitir, tal qual o fez a eminente relatora do precedente citado, a competência constitucional desta Corte para a apreciação de demanda em face do CNJ pela via ordinária quando o julgamento da celeuma jurídica por instância diversa possa subverter a posição constitucional atribuída ao Conselho na estrutura do Poder Judiciário.

Por outro lado, no caso, por exemplo, da insurgência de serventuários interinos contra a Resolução 80/2009 do CNJ, que, entre outras providências, declarou a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais, a solução foi diversa. Isso porque, a deliberação do CNJ quanto à vacância de serventias extrajudiciais, a despeito de não ter decorrido de uma atuação corretiva ou correicional sobre os tribunais ou seus membros, atingiu esses órgãos de modo apenas reflexo, naquilo que dizia respeito a suas atribuições de fiscalização sobre os serviços notariais e de registro, restando desatendidos, desse modo, os necessários pressupostos à atração da competência originária desta Corte.

De fato, nos termos do art. 96, I, b, foi atribuída aos tribunais a organização de seus serviços auxiliares, competindo-lhes, ainda, velar pelo exercício da atividade correicional respectiva. Essa previsão faz surgir o vínculo funcional, lógico e operacional — para usar as palavras proferidas pelo eminente Ministro Ayres Britto na ADI 4.140/GO-MC — das serventias extraforenses com o Poder Judiciário, necessário para que se tenha por assegurada a estabilidade dos atos jurídicos em âmbito judicial e extrajudicial.  *Vide a lição do Ministro:*

Para que servem as serventias, os cartórios? Para conferir estabilidade, certeza aos atos jurídicos; atividade típica do Poder Judiciário no plano jurisdicional. As serventias fazem, no plano administrativo, o que os órgãos do Poder Judiciário fazem no plano judicante, no plano jurisdicional.

Há uma perceptível e clara identidade ou afinidade de funções entre o Poder Judiciário e as serventias. Um as serventias atuando

administrativamente e os órgãos do Poder Judiciário jurisdicionalmente.

Dessa feita, relativamente aos serviços auxiliares, em que a posição dos tribunais é de supervisão e organização, resta evidente que a disciplina traçada pelos tribunais locais às serventias não repercutem sobre si, apenas de si emanam. Por consequência, a disciplina do CNJ sobre essa específica competência das cortes locais as atingiria apenas incidentalmente, repercutindo, em verdade, de modo direto, sobre as serventias extrajudiciais.

Os exemplos citados, portanto, parecem ocupar posições opostas no campo de delimitação da competência do Conselho Nacional de Justiça: uma, a Rcl 15.551/GO, tem por demanda matriz típica hipótese de atuação do Conselho sobre o poder conferido aos tribunais para a regência de seus interesses diretos (no caso, o provimento das vagas de desembargador) e estaria, na interpretação aqui conferida, sujeita à competência originária desta Corte; a outra, a ACO 1.680/AL, comporta lide acerca de ato do CNJ que incide apenas reflexamente sobre o tribunal local, na medida em que tão somente seu poder de regramento sobre serviço de natureza auxiliar pode vir a ser atingido. Essa última não atrairia a competência desta Corte.

Nessa senda, seriam, fatalmente, de competência primária desta Corte: (i) demandas relacionadas ao exercício do poder disciplinar do CNJ sobre os membros da magistratura; (ii) ações em face de decisões do Conselho que desconstituam ato normativo ou deliberação de tribunal local relacionados a matérias a esse diretamente afetas (como foi o caso da Rcl 15.551/GO); e (iii) outras em que a atuação do CNJ se dê, precipuamente, na consecução de sua atividade fim, quando direta e especialmente incidente sobre membros e órgãos a ele diretamente subordinados.

Por outro lado, não vislumbro, em sede de ação ordinária, a competência do STF para apreciar demandas cujos objetos sejam, *verbi gratia*, deliberações do CNJ que (i) atinjam tão somente servidores dos órgãos fiscalizados ou mesmo as serventias extrajudiciais fiscalizadas pelos tribunais locais; (ii) revejam atos administrativos gerais dos tribunais (assim considerados os que não se sujeitam a regulamentação distinta do Judiciário, de que seriam exemplos os relacionados a concursos públicos ou licitações dos tribunais locais), ou (iii) não digam respeito a *ações de interesse exclusivo de toda a magistratura*.

### 3 Posição do STF sobre o tema no julgamento de questão de ordem na AO 1.814/MG e na ACO 1.680/AL

Diferentemente do que acabei de expor e do meu voto no julgamento da questão de ordem apresentada na AO 1.814/MG e na ACO 1.680/AL, a Suprema Corte decidiu que a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ações que questionam atos do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público limita-se às ações tipicamente constitucionais: mandados de segurança, mandados de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*.

Anoto que o caso da AO 1.814 é de um magistrado que pretende anular procedimentos do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) e do CNJ que determinaram desconto, em seu subsídio, de valores relacionados ao adicional por tempo de serviço. Em questão de ordem, o Ministro Marco Aurélio, relator, sustentou entender que não compete ao STF julgar a causa, uma vez que só caberia à Suprema Corte analisar mandado de segurança contra atos do CNJ, pois seria impróprio interpretar-se ampliativamente o art. 102, inciso I, alínea r, no sentido de ser da competência do STF qualquer causa a envolver o Conselho Nacional de Justiça ou o Conselho Nacional do Ministério Público. Nos agravos regimentais interpostos na ACO 1.680, oito destinatários de delegações cartorárias de Alagoas questionam decisão em que o relator, Min. Teori Zavascki, decidiu monocraticamente pela incompetência do STF para processar e julgar a ação contra o CNJ, fazendo referência ao precedente da Corte na AO 1706, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Naquele caso, assentou-se que a competência do Supremo para processar e julgar ações que questionam atos do CNJ e do CNMP se limitariam às ações tipicamente constitucionais. Requeri vista desses autos e após discorrer sobre as mesmas premissas e orientações que trago neste artigo, concluí da seguinte maneira no prosseguimento da referida questão de ordem:

Quanto à questão de ordem trazida na AO nº 1.814, entendo ausente, na hipótese, a competência originária desta Corte.

Trata-se de demanda proposta por magistrado cujo objeto é o reconhecimento da ilegalidade e a declaração de nulidade de procedimento mediante o qual o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, sob determinação do Conselho Nacional de Justiça, instou os magistrados

que receberam pagamento de adicional por tempo de serviço, completado no período compreendido entre janeiro de 2005 e maio de 2006, a efetuarem a devolução dos valores recebidos sob essa rubrica.

Demanda que se relacione a desconto de subsídios de magistrado determinado em processo administrativo instaurado por determinação do Conselho Nacional de Justiça ainda que essa determinação abarque todos os magistrados que se encontrem naquela mesma situação é questão de ordem meramente financeira, atingindo a magistratura enquanto membro do Poder Judiciário de modo meramente reflexo, sem potencial de ferir qualquer que seja a decisão judicial que venha a ser proferida nos autos a razão motivadora do artigo 102, I, r, da CF.

Aqui, valem as mesmas ressalvas já traçadas por esta Corte na análise interpretativa do art. 102, I, n, da CF/88: demandas que (i) comportem interesse restrito a magistrados que se encontrem sob condição específica ou (ii) veiculem direito extensível a outros servidores públicos não se inserem no âmbito da competência originária deste Supremo Tribunal.

De igual modo, como já adiantei ao longo deste voto, não vislumbro na ACO nº 1.680/AL competência originária desta Corte para sua apreciação, uma vez que a disciplina traçada pelos tribunais locais às serventias não repercute sobre si, apenas de si emanam. Por consequência, a disciplina do CNJ sobre essa específica competência das cortes locais as atingiria apenas incidentalmente, repercutindo, em verdade, de modo direto, sobre as serventias extrajudiciais.

Tenho, desse modo, que não há, em casos como esses, suficiente motivação a ensejar a competência originária desta Corte, reservada que foi, nos termos da fundamentação exposta, à apreciação de ações em face do CNJ cuja análise por tribunal de origem possa subverter a posição destacada a esse Conselho pela EC nº 45 e, por decorrência, atingir a missão constitucionalmente atribuída a esse órgão.

Entretanto, a Suprema Corte, no julgamento da questão de ordem da AO 1.814-MG, assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação, com fundamento no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, eis que a parte-ré era a União. *Vide* sua ementa:

COMPETÊNCIA – AÇÃO – RITO ORDINÁRIO – UNIÃO – MÓVEL – ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cabe à Justiça Federal processar e julgar ação ajuizada contra a União presente ato do Conselho Nacional de Justiça. A alínea ‘r’ do inciso I do artigo 102 da Carta da República, interpretada de forma sistemática, revela a competência do

Supremo apenas para os mandados de segurança (AO nº 1.814-QO, Plenário, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 24/9/14).

Seguindo essa conclusão, no julgamento dos agravos regimentais na ACO 1.680-AL, o Plenário a eles negou provimento, conferindo interpretação restritiva ao dispositivo do art. 102, inciso I, r, da Constituição Federal, sob os mesmos argumentos acima mencionados. *Vide* o texto da ementa:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, R, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não se enquadra na competência originária do Supremo Tribunal Federal, de que trata o art. 102, I, r, da CF, ação de rito comum ordinário, promovida por detentores de delegação provisória de serviços notariais, visando à anulação de atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – sobre o regime dos serviços das serventias (relação de vacâncias, apresentação de balancetes de emolumentos e submissão a teto remuneratório). 2. Agravos regimentais improvidos” (ACO nº 1.680-QO, Plenário, Relator o Ministro Teori Zavascki, j. em 24/9/14).

## 4 Considerações finais

A despeito de a Suprema Corte ter adotado interpretação restritiva e precipuamente instrumental, no sentido de que, nos casos em questão, a competência do STF se limitaria às ações tipicamente constitucionais, com o devido respeito ao entendimento dos nobres ministros, o tópico está a merecer uma nova reflexão de todos, inclusive para se garantir uma “interpretação teleológico-sistêmica”, como bem consignou o Ministro Luiz Fux durante o julgamento da referida questão de ordem.

Aliás, durante os debates do referido julgamento especialmente após o voto por mim proferido foram diversas as manifestações individuais no sentido do tema exigir profunda reflexão, a depender do substrato a ser enfrentado.

É sabido que o CNJ é um novo ator dentro do Poder Judiciário nacional, uma nova instituição jurídico-política no cenário dos conflitos horizontais e verticais. Como já tive a oportunidade de assentar, em trabalho doutrinário, o “grande” conflito — estatelistas e patrimonialistas — e o “pequeno” conflito — localistas e unionistas — são duas manifestações sócio-jurídico-políticas enraizadas na formação do Brasil. Assim, *não* é possível compreender a realidade atual do Poder

Judiciário e de sua (aparente) crise sem que esses dados sejam colocados em mesa<sup>7</sup>.

É certo que, na sessão plenária em que se iniciou o julgamento da referida questão de ordem, houve a oportunidade de se ouvir as ponderações dos eminentes Ministros Marco Aurélio e Teori Zavaski acerca da competência da Justiça Federal para processar causas de interesse da União, aí incluídas aquelas propostas, pela via ordinária, contra atos de autoridades que, em sede mandamental, se encontrem sob jurisdição do Supremo Tribunal. Respeitáveis foram os argumentos trazidos por todos os ministros durante os debates. De grande relevo, ainda, a menção aos mecanismos processuais insertos nas Leis 8.437/1992 e 9.494/1997, reveladores de verdadeiras garantias ao Poder Público no âmbito do procedimento comum. Tal posição faria parecer desnecessária a distinção quanto à natureza dos atos do CNJ para efeito de definição da competência do Supremo, embasada que está, em essência, na natureza da via processual adotada.

Todavia, como dantes sustentado, aquelas autoridades submetidas à jurisdição de primeira instância integram, no mais das vezes, Poderes da República distintos, sendo certo que, relativamente aos Tribunais Superiores e a este Supremo Tribunal, apenas seus atos de natureza administrativa se encontram, na via ordinária, sob jurisdição da Justiça Federal de primeira instância. E qual a razão da distinção senão a natural posição hierárquica do Supremo e daqueles tribunais superiores em face dos membros da magistratura, de primeiro e segundo graus? Evidentemente que, em matéria finalística do Poder Judiciário, não se poderia supor a subversão de sua escala para se admitir o questionamento de ato de instância superior por grau que lhe seja inferior.

O Conselho Nacional de Justiça não possui atuação jurisdicional, é certo, mas detém atuação finalística no Poder que integra, qual seja, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º).

*Mutatis mutandis*, não vislumbro de que modo um ato proferido pelo Conselho Nacional de Justiça, exercido no âmbito de sua atividade finalística

e relativo a sua função precípua, possa estar sob jurisdição diversa da do Supremo Tribunal Federal, única instância acima do referido conselho na escala hierárquica do Judiciário (art. 92, CF). Nessa linha de raciocínio, os atos administrativos do CNJ, como os atos de qualquer órgão do Judiciário, se submetem à jurisdição de primeira instância (porque nenhuma subversão hierárquica pode daí decorrer); os atos finalísticos, por outro lado, e tão somente os que digam respeito à missão precípua do Conselho (quais sejam: os que incidam frontalmente sobre interesses diretos de tribunais e membros da magistratura), devem ser submetidos à competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Ressalto que as garantias de que cercaram as Leis 8.437/1992 e 9.494/1997 a Administração Pública são apenas meios de que essa dispõe para a salvaguarda imediata do interesse público nas hipóteses em que suas demandas estejam submetidas às instâncias ordinárias; não são, contudo, elas próprias, elementos definidores ou determinantes da competência para a apreciação da demanda. É sempre prévia a identificação da competência para o processo e o julgamento de uma causa ao regramento que lhe será atribuído, e as lógicas seguidas para uma e outra definição não são necessariamente coincidentes.

Parece-me, desse modo, que a mais condizente interpretação constitucional para as situações postas naqueles feitos, a despeito do que decidiu o Supremo Tribunal na questão de ordem da AO e nos referidos agravos regimentais na ACO, seria a seguinte: (i) a gradação hierárquico-constitucional (inserta no art. 92) define, em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal como instância julgadora de demandas em face do CNJ; (ii) a interpretação sistemática, sobretudo quando observadas as limitações à competência originária do STF para a apreciação de seus próprios atos (art. 102, I, *d*), tão bem lembradas nos votos que me antecederam, conduz, igualmente, à *exclusão da competência originária desta Corte para as demandas em face do CNJ que não se refiram à atuação fim do Conselho*; e, por fim, (iii) a interpretação teleológica sobre o próprio dispositivo (art. 102, I, *r*) impõe, ainda, que se restrinja o âmbito da competência originária desta Corte tão somente às demandas de cunho finalístico que respeitem a razão máxima de criação daquele Conselho, de modo a não subverter a posição que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Incursiono, por fim, para que não remanesçam dúvidas quanto ao alcance interpretativo proposto, na análise do dispositivo que prevê a competência do

<sup>7</sup> TOFFOLI, José Antônio Dias. Notas jurídico-históricas sobre os conflitos federativos e patrimonialismo no Estado Brasileiro. In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luiz Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *Estudos Jurídicos*: em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha – 20 anos de STJ. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, pp. 176 a 197.

CNJ, a teor do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal. Merece especial atenção<sup>8</sup> o inciso I do § 4º.

A primeira parte do inciso I versa sobre a competência do CNJ para zelar pela autonomia do Poder Judiciário. Trata-se de matéria intimamente relacionada à atuação precípua do Conselho Nacional de Justiça, a qual, portanto, quando judicializada, deveria ser submetida à competência originária da Suprema Corte.

Ressalto que, precisamente nesse ponto, respeitante à *autonomia dos tribunais*, há largo espaço para o surgimento de fricções institucionais entre o Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle, e os tribunais sujeitos a seu poder administrativo. Observe-se, por exemplo, a Resolução 185, de 18 de dezembro de 2013, editada pelo CNJ, a qual instituiu o sistema único de Processo Judicial Eletrônico (PJe). *Vide* os arts. 34, 44 e 45 dessa Resolução:

Art. 34. As Presidências dos Tribunais devem constituir Comitê Gestor e adotar as providências necessárias à implantação do PJe, conforme plano e cronograma a serem previamente aprovados pela Presidência do CNJ, ouvido o Comitê Gestor Nacional.

§ 1º Os Tribunais encaminharão à Presidência do CNJ e, quando houver, à do Conselho de seu segmento do Poder Judiciário, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, cópias do ato constitutivo do Comitê Gestor, do plano e do cronograma de implantação do PJe.

§ 2º O plano deve descrever as ações e contemplar informações sobre os requisitos necessários à implantação, como infraestrutura de tecnologia da informação e capacitação de usuários, observado modelo a ser disponibilizado pelo CNJ.

§ 3º O cronograma deve relacionar os órgãos julgadores de 1º e 2º Grau em que o PJe será gradualmente implantado, a contar do ano de 2014, de modo a atingir 100% (cem por cento) nos anos de 2016, 2017 ou 2018, a depender do porte do Tribunal no relatório Justiça em Números (pequeno, médio ou grande porte, respectivamente).

§ 4º No ano de 2014, o PJe deve ser implantado em, no mínimo, 10% (dez por cento) dos órgãos julgadores de 1ª e 2ª Graus.

Art. 44. A partir da vigência desta Resolução é vedada a criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de sistema ou módulo de processo judicial eletrônico diverso do PJe, ressalvadas a hipótese do art. 45 e as manutenções corretivas e evolutivas necessárias ao funcionamento dos sistemas já implantados ou ao cumprimento de determinações do CNJ.

Parágrafo único. A possibilidade de contratação das manutenções corretivas e evolutivas referidas no *caput* deste artigo não prejudica o integral cumprimento do disposto no art. 34 desta Resolução.

Art. 45. O Plenário do CNJ pode, a requerimento do Tribunal, relativizar as regras previstas nos arts. 34 e 44 desta Resolução quando entender justificado pelas circunstâncias ou especificidades locais (grifei).

Uma resolução que impõe a adoção pelos tribunais pátrios do processo judiciário eletrônico, conforme plano e cronograma a serem previamente aprovados pela Presidência do CNJ, ficando vedada a criação ou a adoção de processo judicial eletrônico diverso, ressalvadas tão somente as hipóteses que o Plenário do CNJ entenda passíveis de relativização, envolve, como é evidente, disposições que, minimamente, permeiam a autonomia dos tribunais pátrios. Existe, portanto, em tese, a possibilidade de os tribunais recorrerem à via judicial para questionar o alcance atribuído à aludida resolução.

Como admitir que o julgamento de questão dessa ordem seja subtraído da competência do Supremo Tribunal Federal tão somente pela eventualidade de a via processual eleita para se dirimir a questão *não ser o mandado de segurança? Não me parece ser* este o intuito da Constituição. Ressalvem-se, desse entendimento, apenas as questões meramente administrativas, cuja prática pelos tribunais não se dá de modo diferenciado da que ocorre no seio da Administração Pública em geral.

A competência do CNJ para a apreciação dessa espécie de atos encontra-se, inclusive, destacada no inciso II, do § 4º: zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário.

Aqui, como evidencia a própria menção ao art. 37 da Constituição Federal, a atuação do CNJ se dará sobre atividade administrativa do Judiciário, tais como as concernentes a concursos públicos, licitações

<sup>8</sup> Cf. "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...] I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;"

de tribunais, deliberações sobre regime jurídico dos servidores, dentre outras, nada justificando a apreciação originária desta Corte em tal seara.

A segunda parte do inciso I do § 4º do art. 103 da CF/1988, por seu turno, atribui ao CNJ a competência para zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. Aqui, se tem evidenciado o interesse direto e exclusivo de todos os membros do Poder Judiciário, consubstanciado em seus direitos, garantias e deveres.

Faço a leitura desse dispositivo em conjunto com o inciso III (na parte em que atribui ao CNJ a competência para receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário) e com o inciso V (revisar, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano). Também essa espécie de previsão constitucional, na linha de tudo quanto foi debatido nestes autos, não poderia ser retirada da apreciação originária desta Corte.

O Supremo Tribunal Federal já teve, por exemplo, a oportunidade de apreciar mandado de segurança (MS 28.891/DF) proposto em face do CNJ, o qual, nos autos do Processo Administrativo Disciplinar 2009.10.0000.1922-5, impôs ao impetrante (então presidente de um Tribunal de Justiça) a aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao tempo de serviço. No caso, considerou o Conselho ter sido o magistrado

[...] responsável pela autorização de pagamento, em caráter privilegiado e com base em metodologia carente de respaldo legal, de verbas de atrasados a magistrados, a título de 'atualização monetária' sendo ele inclusive um dos beneficiários, bem como pela autorização do pagamento de verbas de atrasados com mudança de rubrica [...] para 'mascarar' a natureza do crédito, além de ter participado no 'esquema' de direcionamento de verbas do Tribunal de Justiça de Mato Grosso para socorrer à Loja Maçônica 'Grande Oriente do Estado de Mato Grosso', em face do 'rombo' ocorrido por desvio de numerário da Cooperativa SICOOB, com a qual a referida loja fez contrato, mediante deferimento de verbas de atrasados em caráter privilegiado, àqueles magistrados que poderiam participar do esquema de empréstimo para a referida Loja [...].

Como admitir que discussão dessa natureza, que envolve a aplicação de penalidade por fatos de indubitável gravidade, possa ser trazida à apreciação desta Suprema Corte apenas na via mandamental, onde a análise sobre o acerto meritório do ato emanado do órgão coator sofre as limitações inerentes a essa via?

Como admitir, por outro lado, que a mesma discussão possa ser largamente apreciada por magistrados de primeiro e segundo graus, os quais estão submetidos à atuação disciplinar do CNJ? Não me parece, mais uma vez, ter sido esse o intuito da Constituição.

Com base nessas premissas, concluo que deve ser preservada a competência da Suprema Corte para apreciar primariamente as demandas que digam respeito às atividades disciplinadora e fiscalizadora do CNJ que repercutam frontalmente sobre os tribunais ou seus membros, ainda que não veiculadas por ação mandamental, em outras palavras, as ações que versem sobre a autonomia dos tribunais ou o regime disciplinar da magistratura.

## Referências

ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.

CASTRO, Flávio Mendes de Oliveira. 1808-2008. *Itamaraty: dois séculos de história (1808-1979)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. II. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORONHA, Ibsen. *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista: Consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2008.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Notas jurídico-históricas sobre os conflitos federativos e patrimonialismo no Estado Brasileiro. In: Org. MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luiz Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudos Jurídicos: em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha – 20 anos de STJ*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, pp. 176 a 197.

## Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito

Luiz Fux\*

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil brasileiro. Estabilidade da jurisprudência. Motivação das decisões judiciais. Discricionariedade judicial na análise de fatos. Análise econômica do Direito.

Dois temas fundamentais e intrinsecamente conectados ganham aprimorada dimensão com o Código de Processo Civil de 2015. A uniformização da jurisprudência, no modelo estabelecido pela novel legislação, atrai um regime de maior rigor em relação à fundamentação das decisões judiciais, no afã de prover balizas mais seguras para a aplicação do Direito pelas diversas instâncias do Judiciário, bem assim constituir ambiente de previsibilidade para os jurisdicionados.

Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, o respeito aos precedentes é extremamente valioso, seja porque elabora um arcabouço informativo destinado a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do Direito, seja porque os agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios.<sup>1</sup> Tudo isso apenas é possível à medida que as decisões judiciais sejam motivadas em conformidade com o ordenamento jurídico, conferida primazia de incidência à jurisprudência já firmada em detrimento das impressões pessoais dos julgadores em casos subseqüentes.

Em um plano mais abrangente, o destaque ao dever de motivação é permeado por todo o texto do novo diploma. O art. 11 do Código de Processo Civil de 2015, em sua parte final, impõe a nulidade de qualquer decisão do Poder Judiciário destituída de fundamentação. Já o art. 489, § 1º, do mesmo diploma, enumera hipóteses em que “não se considera fundamentada” a decisão judicial — na realidade, são hipóteses nas quais a fundamentação, embora existente, é deficiente, incapaz de atender ao dever de motivação.

Adota-se, no processo civil pátrio, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Por essa perspectiva, concebe-se o processo como instrumento de realização da justiça compromissado com a verdade, no bojo do qual serão colhidas provas e argumentos destinados a reconstruir os fatos históricos relevantes para a causa, bem assim a definição do conjunto normativo aplicável. Dispensar o julgador da explicitação do caminho que o conduziu ao provimento exarado seria igualmente desonerá-lo do compromisso com a realidade dos fatos, com a lei e, em última análise, com a justiça. Na Europa medieval, muitas disputas eram resolvidas pelo método das ordálias, sob influência de explicações divinas e metafísicas para a justiça, que poderiam consistir em juramento, duelo, prova d'água, caldeirão fervente, ferro incandescente, fogo etc. Michele Taruffo narra que as ordálias não eram compreendidas como meios de prova em sentido estrito, ou seja, como instrumentos para apurar a verdade sobre os fatos que fundamentavam a controvérsia. Eram consideradas instrumentos para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza, e não uma técnica destinada à descoberta da verdade.<sup>2</sup>

Devem os juízes ser extremamente ciosos quanto ao cumprimento do dever de motivar suas decisões,

\* Ministro do Supremo Tribunal Federal. Vice-presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

<sup>1</sup> SPIER, Kathryn E. Litigation. In: *Handbook of Law and Economics*. Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.). V. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007, p. 298.

<sup>2</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 22.

na medida em que este é o aspecto distintivo entre o seu ofício e a resolução das controvérsias por meios totalmente aleatórios, como jogar ao alto uma moeda e decidir por cara ou coroa. Há, inclusive, estudos específicos demonstrando como pode ser positiva a tomada de decisões por cara ou coroa: Steven Levitt, professor de economia da Universidade de Chicago, identificou uma correlação entre esse método decisório e um aumento na sensação de felicidade dos que o adotam para definir o rumo de suas vidas.<sup>3</sup> Fugindo à aleatoriedade, já há métodos de resolução de conflitos baseados em algoritmos e *softwares* computacionais (*online dispute resolution* – ODR).<sup>4</sup> Se a prestação jurisdicional não resultar de um refletido e racional processo conducente à conclusão adotada, é melhor resolver litígios por métodos menos onerosos e lentos.

A fundamentação do *decisum* é ponto crucial da concepção democrática do processo, tanto que insculpida na Carta Magna como garantia fundamental (art. 93, IX). Com efeito, a legitimidade democrática do Judiciário reside no fato de que, em juízo, a solução justa é encontrada pelo Estado-juiz em conjunto com as partes. Há, assim, ativa participação e influência dos cidadãos na formação da jurisprudência. Quanto à capacidade de participação dos indivíduos na tomada de decisões, é relevante notar que o Legislativo edita normas por meio de parlamentares eleitos com base em critérios complexos, nem sempre assecuratórios da representatividade popular — vide discussões sobre o critério proporcional de eleição, o regime de suplência, distribuição de tempo de propaganda na TV, financiamento de campanhas *etc.* Muitas das leis editadas pelo Congresso impõem regras de enorme impacto na vida diária das pessoas, sem que se tenha oportunizado à imensa maioria delas, sequer indiretamente, expor suas razões ou influenciar de forma efetiva o conteúdo do regramento promulgado. Em vez de um regime “pelo povo e para o povo”, o que se observa na prática legislativa é a utilização do poder

político por grupos minoritários, que pressionam parlamentares para obtenção de benefícios em detrimento da maioria da população, a qual fica alheia ao processo de tomada de decisão. O direito surgido nos Tribunais guarda legitimidade democrática substancialmente maior, porquanto é resultado de diversas discussões travadas, em casos concretos, entre sujeitos diretamente interessados no assunto controvertido, sendo a solução jurídica descoberta em conjunto com os jurisdicionados e não arbitrariamente imposta.<sup>5</sup> Toda a carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da adequada fundamentação dos provimentos judiciais, como garantia de que a participação democrática será sempre a base da conclusão adotada pelos magistrados.

O Estado não deve se limitar a impor seus provimentos, pois o papel constitucional que lhe foi atribuído é promover a justiça e a pacificação social. Nesse contexto, o convencimento das partes acerca da legitimidade da decisão é essencial. A sensação de frustração da parte derrotada é bastante amainada, se não eliminada, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu acolhimento ou não. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos.

Não se compatibilizava com esse raciocínio a jurisprudência no sentido de que os juízes e tribunais não estão obrigados a responder a todos os argumentos das partes na fundamentação da sentença.<sup>6</sup> Por força do mandamento constitucional, havendo diversos argumentos igualmente aptos, em

<sup>3</sup> LEVITT, Steven D. “Heads or Tails: The Impact of a Coin Toss on Major Life Decisions and Subsequent Happiness”. In: NBER Working Paper N.º 22487, Aug. 2016, JEL n.º D12, D81.

<sup>4</sup> GOODMAN, Joseph W. “The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites”. In: 2 *Duke Law & Technology Review* 1-16 (2003).

<sup>5</sup> Sobre o tema, recomenda-se vivamente a leitura da obra de LEONI, Bruno. *Freedom and the Law*. 3. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.

<sup>6</sup> V. g.: “[...] O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (STF, AI-QO-RG 791292, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2010); “[...] Não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes” (STF, RE 437831 AgR-ED, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 18/10/2005); “[...] Não viola os artigos 165, 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta”. (STJ, REsp 681638/

tese, a dar supedâneo ao direito que a parte alega ter, o magistrado tem o dever de analisar cada um deles, sob pena de vício na fundamentação do julgado. Ilustre-se com a situação do demandante que postula a declaração de nulidade de um ato administrativo por desvio de finalidade e por ausência de competência da autoridade que o produziu. Uma sentença de improcedência calcada apenas na inexistência do defeito na finalidade do ato não satisfaz a exigência do art. 93, IX, da Constituição, pois nega, sem qualquer motivação, a pretensão baseada na segunda causa de pedir.<sup>7</sup>

É nesse contexto que deve ser compreendida a previsão do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, segundo o qual é deficiente a fundamentação da decisão quando não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que esse preceito não alterou sua jurisprudência construída sob a égide do código anterior, pois o “julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”.<sup>8</sup> Este entendimento não está de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cuja Primeira Turma assentou:

A motivação das decisões judiciais, dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição, resta satisfeita quando os fundamentos do julgado repelem, por incompatibilidade lógica, os

argumentos que a parte alega não terem sido apreciados [...].<sup>9</sup>

Assim, o julgador deve analisar todos os pontos controversos à luz das alegações das partes, desincumbindo-se do dever de motivar sua decisão apenas quando racionalidade da fundamentação for idônea a afastar todos aqueles argumentos deduzidos nos autos teoricamente capazes de respaldar a consequência jurídica invocada.

A fundamentação do julgado não é completa, outrossim, quando inadequada ao caso apreciado, despreocupada com as suas peculiaridades. O jurisdicionado deve ter o conforto de que a sua causa foi atentamente analisada pelo magistrado, ainda que sua pretensão não tenha sido acolhida. O acúmulo de processos não pode servir de álibi para a desumanização da Justiça, com a prolação de decisões genéricas padronizadas ou dotadas de motivação extremamente concisa. Com essa preocupação, o art. 489, § 1º, do CPC/2015 reputa carente de motivação válida a decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (inciso I); que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inciso II); ou que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inciso III). Não se pretende condenar a prática de utilização de modelos, cujo emprego é salutar por promover a isonomia, a segurança jurídica, a agilidade e a previsibilidade da prestação jurisdicional. Exige-se do magistrado, no entanto, a demonstração da aderência da fundamentação às especificidades do caso concreto.

O inciso V do art. 489, § 1º, do CPC/2015 prevê não atendido o dever de motivação quando a decisão se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. É curioso notar que na Itália, por ocasião da reforma de 2009, o legislador inseriu no art. 118 das *Disposizioni di Attuazione del CPC* a possibilidade de ser satisfeita a obrigação de motivação

PR, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006.)

<sup>7</sup> Sobre o direito da parte à análise de todos os fundamentos suscitados, confira-se o seguinte precedente: “PROCESSUAL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - LEGITIMIDADE DO RECORRIDO - ACÓRDÃO QUE NÃO OS RESPONDE - NULIDADE (CPC ART. 535). I - É direito da parte obter comentário sobre todos os pontos levantados nos embargos declaratórios. II - É nulo, por ofensa ao Art. 535 do CPC, o acórdão que silencia sobre questão formulada nos embargos declaratórios. III - Em sendo parte, o recorrido não pode ser constrangido a suportar, em silêncio, omissões, contradições ou imperfeições do Acórdão. Tanto, quanto o recorrente, ele tem acesso aos embargos declaratórios. IV - As questões suscitadas em contra-razões de recurso especial - quando pertinentes - devem ser resolvidas no respectivo julgamento.” (STJ, EREsp 95441/SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 08/04/1999, DJ 17/05/1999).

<sup>8</sup> STJ, EDcl no MS 21.315/DF, rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016.

<sup>9</sup> STF, RMS 27967, rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012.

simplesmente com referimento a precedentes (“*precedenti conformi*”).<sup>10</sup> A novidade foi combatida de forma ferrenha pela doutrina, anotando Gian Franco Ricci que até nos casos mais simples a motivação não pode consistir exclusivamente na citação de um precedente, demandando necessariamente também a referência à questão de direito ou de fato que justifica a decisão.<sup>11</sup>

Por fim, o inciso VI do art. 489, § 1º, do CPC/2015 reputa não fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O dispositivo se justifica tendo em vista que o Código passa a adotar um sistema de precedentes vinculantes, nos termos do seu art. 927. O afastamento da jurisprudência vinculante, nesse sentido, somente será legítimo se realizada a necessária distinção entre o caso julgado e o paradigma (*distinguishing*), ou mediante a demonstração da superação do entendimento por legislação superveniente ou novo entendimento do próprio Tribunal, em julgamento devidamente motivado.

Em face da decisão que não observe o disposto no art. 489, § 1º, do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração para suprimento de omissão (art. 1.022, parágrafo único, II). Apesar de o referido parágrafo primeiro afirmar que, nas hipóteses elencadas, “não se considera fundamentada” a decisão, a consequência jurídica será a invalidade por deficiência de motivação.

Questão muito debatida na doutrina é a validade de provimentos jurisdicionais que adotam, como razões de decidir, tão somente os fundamentos da manifestação de uma das partes, do Ministério Público ou de auxiliar da justiça — ou mesmo de decisão anterior no mesmo processo. É a denominada motivação *per relationem*, cuja constitucionalidade, à luz do art. 93, IX, da Carta Magna, é reconhecida pelo Supremo Tribunal

Federal.<sup>12</sup> Mais importante do que averiguar se houve transcrição ou remissão de manifestação alheia pelo magistrado é avaliar se as questões suscitadas nos autos foram decididas com efetiva análise dos argumentos das partes. Obviamente, uma decisão que se limite a fazer remissão deve ser considerada suspeita de deficiência de fundamentação. No entanto, apenas no caso concreto será possível avaliar o efetivo atendimento do art. 93, IX, da Constituição.

É muito comum que, no seu voto de desprovimento do agravo interno, o relator adote como razão de decidir os mesmos fundamentos de sua decisão monocrática recorrida. O art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 proíbe a prática, devendo o relator enfrentar analiticamente os argumentos apresentados pelo recorrente no agravo. No entanto, caso o agravante se limite a reiterar os mesmos argumentos já examinados na decisão monocrática combatida, não há qualquer utilidade em obrigar o julgador a redigir uma nova motivação, por mera formalidade. Deve-se interpretar o dispositivo, portanto, como um dever de acrescentar novos fundamentos quando o recurso de agravo igualmente contiver novos argumentos.

Um fator que contribui para a insegurança jurídica na jurisprudência diz respeito à motivação das decisões colegiadas. O sistema de precedentes vinculantes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 encontrará um grande obstáculo na sistemática de votação dos tribunais. É muito comum que cada um dos magistrados apresente suas próprias razões de decidir, tornando difícil, senão impossível extrair do julgado uma fundamentação comum para nortear a solução de casos pendentes e futuros. É verdade que, à luz do art. 1.038, § 3º, do CPC/2015, o conteúdo do acórdão deve abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Nada obstante, frequentemente a tese fixada no dispositivo do acórdão demanda interpretação à luz das motivações fornecidas individualmente pelos julgadores. Na

<sup>10</sup> BODART, Bruno Vinicius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: *O novo Processo Civil brasileiro – Direito em expectativa*. FUX, Luiz (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 43.

<sup>11</sup> RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 26.

<sup>12</sup> STF: ADI 416 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014; MS 33558 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015; ARE 936510 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016; Rcl 4416 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016; RMS 30461 AgR-segundo, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016; AI 809147 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; AI 738982 AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012.

Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que se observa o *stare decisis*, apenas um dos *Justices* redige a minuta de voto da Corte (*Court's opinion* ou *main opinion*), que será o parâmetro para aplicação da tese. Uma maioria de julgadores deve concordar com todo o conteúdo do voto da Corte antes da sua publicação. Por isso, o *Justice* a cargo de redigi-lo deve ser cuidadoso e levar em consideração todos os pontos suscitados pelos seus pares. Essa sistemática preserva a unicidade de entendimento da Corte sem tolher o direito de cada magistrado declinar suas próprias razões, por meio de votos paralelos favoráveis ou contrários (*concurring and dissenting opinions*).

Para que se garanta que as disposições do novo código serão refletidas em frutos concretos para os cidadãos, é imperioso estar atento à racionalidade que inspirou a sua elaboração. Como ensina Richard Posner, a jurisprudência é um estoque de capital que gera incremento produtivo às futuras decisões do Judiciário. Trata-se de um acúmulo de conhecimento que produz utilidade por vários anos a potenciais litigantes, em formato de informações sobre suas obrigações jurídicas.<sup>13</sup> O estoque de capital, assim, traduz-se em menos demandas judiciais, já que, sendo possível realizar um prognóstico de suas chances em juízo, as partes tendem a solucionar suas desavenças consensualmente — ou as desavenças podem sequer ocorrer. Mais ainda, a heurística derivada da aplicação de precedentes simplifica a tarefa do julgador, poupando recursos na solução dos casos.

É papel dos juízes impedir que esse capital se deteriore, adaptando-o às evoluções sociais ao longo do tempo, mas também formulando precedentes bem fundamentados e os respeitando em julgamentos subsequentes. O magistrado que decide em desacordo com precedentes, sem observância das regras próprias do *overruling*, para satisfazer preferências pessoais, agendas políticas ou até mesmo para que suas habilidades argumentativas ganhem destaque, ameaça diretamente o capital consubstanciado no arcabouço jurisprudencial. A proliferação dessa conduta assistemática transmuda o Judiciário em um aparelho disfuncional para a multiplicação de regras socialmente ineficientes. Recursos serão

desnecessariamente gastos com a reforma de decisões não alinhadas à jurisprudência. As consequências negativas também atingem os juízes: se a atual geração de magistrados não respeita os precedentes criados pelos mais antigos, a próxima geração provavelmente também não respeitará os julgados dos juízes de hoje. E se os magistrados das Cortes Superiores ignorarem os próprios precedentes, o respeito a estes por todo o sistema judicial restará comprometido.<sup>14</sup> Em última análise, a credibilidade do Judiciário como instituição resta comprometida, legitimando a ampliação do espaço de atuação dos outros Poderes.<sup>15</sup>

Noutro prisma, a boa-fé do Estado-Juiz, insculpida no art. 5º do CPC/2015, também compreende o dever de coerência na atividade jurisdicional. Com efeito, trata-se de uma preocupação central do Código, cujo art. 926 impõe aos tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. Repise-se que a segurança jurídica quanto ao entendimento dos tribunais pauta não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente inferiores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência. A disposição das partes a resolver suas disputas por um acordo, à luz da teoria dos atores racionais, resulta da multiplicação da probabilidade de vitória pelo proveito (ou prejuízo, no caso do potencial réu) esperado com o valor fixado em condenação por eventual sentença judicial, subtraindo-se disso o custo de litigar em juízo.<sup>16</sup> Nos Estados Unidos, onde a higidez dos precedentes é valorizada, apenas 2% (dois por cento) das causas de acidentes automotivos, 4% (quatro por cento) de todas as causas cíveis nas cortes estaduais e menos de 2% (dois por cento) das causas cíveis federais são resolvidas por ato jurisdicional de mérito.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014, p. 759.

<sup>14</sup> POSNER, Richard A. *Op. cit.*, pp. 761-762.

<sup>15</sup> SHLEIFER, Andrei. *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012.

<sup>16</sup> POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011, p. 135 e ss.

<sup>17</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014, p. 779. GALANTER, Marc. "The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts". In: *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, 459-570, Nov. 2004.

A não aplicação de precedentes pode ocorrer legitimamente sob a forma de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Quando regularmente aplicada, a distinção não configura desrespeito à jurisprudência, mas a sua complementação à luz de informações colhidas em casos subsequentes. O *distinguishing* preserva a racionalidade dos julgados anteriores, ao mesmo tempo em que agrega novas razões, à luz de fatos diferentes apresentados ao Judiciário. Casos futuros, assim, devem respeitar tanto os precedentes anteriores quanto aquele gerado pela distinção. Por sua vez, a superação de um precedente reduz o seu valor a zero, de modo que a repetição frequente da prática de *overruling* desestabiliza a segurança jurídica.<sup>18</sup> Não por acaso, o art. 927, § 4º, do CPC/2015 determina que a

[...] modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia [...].

Ante a natureza excepcional da superação de precedentes, é prevista no Código a possibilidade de modulação temporal dos efeitos do *overruling*, bem assim de realização de audiências públicas ou oitiva de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (art. 927, §§ 2º e 3º, do CPC/2015).

Não se quer afirmar que o *overruling* é prática sempre deletéria. Cuida-se de importante mecanismo para eliminar regras jurídicas ineficientes e substituí-las por normas mais consentâneas com a evolução dos tempos. É, portanto, característica essencial de um sistema jurídico funcional, malgrado excepcional.<sup>19</sup> A ineficiência surge nos casos em que o desrespeito aos precedentes ocorre de forma velada, como um falso *distinguishing*, pela deturpação dos fatos da causa para conduzir ao resultado de preferência do julgador, independente dos seus motivos para tanto. Quando as regras jurídicas para complementação de

precedentes são rigorosamente seguidas, incluído o dever de detalhada fundamentação, a evolução da jurisprudência tenderá ao aumento do bem-estar social, ainda que os juízes responsáveis pela mudança sejam movidos por inclinações políticas, interesses de carreira, experiências pessoais ou outras preferências diversas da maximização da eficiência do sistema jurídico.<sup>20</sup>

A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo podem variar sem deixar de gerar proveito para todos os envolvidos. Em suma, é bastante provável que o demandismo e a “cultura de litigância” tão propalados sejam, em parte, um reflexo do descompromisso com a estabilidade da jurisprudência. Que o novo Código de Processo Civil seja um marco em direção a um sistema de justiça mais eficiente.

## Referências

BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: *O novo Processo Civil brasileiro – Direito em expectativa*. FUX, Luiz (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COOTER, Robert; KORNHAUSER, Lewis; LANE, David. Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent. In: *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, Nº. 1 (Spring, 1979), pp. 366-373.

GALANTER, Marc. “The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts”. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, 459–570, Nov. 2004.

LEONI, Bruno. *Freedom and the Law*. 3. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.

<sup>18</sup> POSNER, Richard A. *Op., cit.* pp. 761-762.

<sup>19</sup> Sobre os benefícios da eliminação de regras ineficientes pela atividade jurisdicional, v. COOTER, Robert; KORNHAUSER, Lewis; LANE, David. Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent. In: *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, Nº. 1 (Spring, 1979), pp. 366-373.

<sup>20</sup> Nesse sentido, o modelo apresentado por GENNAIOLI, Nicola. The evolution of Common Law. In: *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012, pp. 53-75. Segundo o autor, essa conclusão ganha mais força em áreas do Direito menos politizadas, como o Direito Contratual e o Societário.

LEVITT, Steven D. "Heads or Tails: The Impact of a Coin Toss on Major Life Decisions and Subsequent Happiness". In: NBER Working Paper Nº. 22487, Aug. 2016, JEL Nº. D12, D81.

POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.

RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

SHLEIFER, Andrei. *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012.

SPIER, Kathryn E. Litigation. In: *Handbook of Law and Economics*. Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.). V. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

# A imunidade tributária dos livros eletrônicos e seu reflexo na busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado

Thais Soares de Oliveira\*

## Resumo

O debate a respeito da extensão da imunidade tributária, insculpida no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal Brasileira de 1988, ao livro eletrônico, frente à considerável e crescente transformação da divulgação de informações, ideias e pensamentos do meio físico para o tecnológico, mostra-se relevante, jurídica, econômica e socialmente. Assim, o objetivo do presente estudo baseia-se na realização de interpretação histórico-evolutiva, teleológica e sistemática da norma imunizante, de maneira a demonstrar a aplicação adequada ao seu fim, qual seja, a garantia da liberdade de expressão, da facilitação do acesso ao conhecimento, bem como a utilização da imunidade como instrumento de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto foi realizada uma revisão de literatura, utilizando-se livros, artigos e jurisprudência no âmbito do STF a respeito do tema. Encontraram-se duas teses interpretativas da imunidade do livro, que se dividem, cada qual com seu fundamento, na restrição ou extensão da imunidade ao livro eletrônico, tomando por base a finalidade da norma e a delimitação do conceito de livro. A questão restou definida pelo STF, no julgamento do RE 330.817/RJ, no qual foi reconhecida a repercussão geral, decidindo que a imunidade tributária aplica-se aos livros eletrônicos e aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo, alinhando-se, portanto, à proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Imunidade. Livro eletrônico. Proteção do meio ambiente.

## 1 Introdução

A evolução digital introduziu novos substratos de difusão de ideais, pensamentos e informações, capazes de armazenar dados em textos, imagens e vídeos, apresentando-se como uma versão mais moderna da forma tradicional de publicação de obras, baseada na impressão em papel, de forma a potencializar o acesso ao conhecimento.

Nesse contexto, analisa-se a extensão da imunidade, posta no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal de 1988 aos livros eletrônicos, vez que tal norma imuniza os livros, jornais, periódicos e papéis destinados à sua impressão, em razão da relevante função que desempenham, alinhando-se à proteção do direito fundamental, ligado à liberdade de expressão.

Para a determinação da aplicação da norma imunizante aos livros eletrônicos, necessária a fixação de algumas premissas que indicarão o caminho lógico dessa conclusão.

Desse modo, inicialmente, lançam-se as bases introdutórias ao tema, calcadas na conceituação e natureza jurídica da imunidade; a classificação e finalidade da norma, insculpida no art. 150, VI, *d*, da CF/1988; e a evolução histórica da previsão dessa imunidade nas Constituições brasileiras. Tais esclarecimentos mostram-se essenciais à compreensão da questão.

Em segundo plano, estuda-se o objeto de proteção da norma imunizante, qual seja, o livro. Realizada a delimitação conceitual, passa-se à análise se o livro eletrônico está inserido no conceito de livro, abrangido pela imunidade, a partir da apresentação de duas teses: a restritiva, que realiza uma interpretação histórica da norma constitucional e a restrição do livro ao seu suporte físico de papel, para negar a imunidade aos livros eletrônicos; e a extensiva, que faz uma interpretação histórico-evolutiva, teleológica e sistemática da norma imunizante e a conceituação de livro, baseada na sua finalidade de ser um veículo de difusão de ideias, informações e pensamentos, concluindo pela aplicação da imunidade aos livros eletrônicos. Diante dessas divergências, fixa-se o

\* Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Advogada. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/Goiânia. Professora do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera/Anápolis/GO. Analista administrativo em Ciências Jurídicas na Câmara Municipal de Anápolis/GO. Sócia do escritório Soares & Valim Advogados Associados em Anápolis/GO. Presidente da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/GO – Subseção Anápolis.

posicionamento deste estudo, que entende pela imunidade dos livros eletrônicos como garantia da liberdade de expressão, facilitação do acesso ao conhecimento, bem como a promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Apresenta-se o posicionamento, no âmbito do STF, a respeito da imunidade dos livros, que decidiu, no julgamento do RE 330.817/RJ, a que foi reconhecida a repercussão geral, a aplicação da tese extensiva, que labora no sentido de que os livros eletrônicos estão albergados pela norma imunizante.

Por fim, aborda-se o reflexo positivo do reconhecimento da imunidade do livro eletrônico na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental, compatibilizando-o com a liberdade econômica.

Destarte, o objetivo desse estudo pauta-se em demonstrar a aplicação da imunidade aos livros eletrônicos, vez que insertos no conceito de livro, atendem, igualmente, ou até com mais efetividade em relação aos impressos em papel, a finalidade da norma imunizante de garantir a liberdade de expressão, acesso e democratização do conhecimento, com reflexo na proteção do meio ambiente.

## 2 A imunidade do art. 150, VI, d, da Constituição Federal de 1988: aspectos gerais

### 2.1 Considerações iniciais acerca da imunidade como delimitação da competência tributária

No plano da Constituição Federal, o constituinte não se ocupou da criação de tributos, mas, tão somente, da distribuição da competência tributária entre os entes federados, fixando, de tal sorte, os parâmetros para o seu exercício.

As normas jurídicas que abrangem as hipóteses de imunidade são normas de estrutura e direcionam-se aos legisladores dos entes políticos, comandando que se abstenham de instituir tributos sobre determinadas situações, bens ou pessoas e, como consequência, delimitando, negativamente, o campo impositivo em que podem atuar.

Marcelo Fortes de Cerqueira leciona que as:

[...] normas de estrutura, por seu turno, aparecem modalizadas ou não. Ordinariamente, as regras de estrutura apresentam dever-ser intraproposicional neutro, visto que não são normas diretamente reguladoras das condutas

interpessoais; não têm esse objetivo imediato, conquanto por vezes podem ostentar a justaposição de dois modais deonticos, como nos casos das normas de competência e de imunidade, em que o núcleo normativo é 'proibido obrigar'; ou seja, as pessoas políticas competentes para instituir tributos estão proibidas, pelas normas de imunidade, de obrigar determinadas pessoas a pagar tributos.<sup>1</sup>

Neste sentido, apresentam-se as palavras do eminente tributarista Paulo de Barros Carvalho que considera as imunidades tributárias, normas prescritivas que informam, positiva ou negativamente, os limites materiais e formais da competência legislativa das pessoas políticas ou, em outras palavras, como sendo:

[...] a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas [...].<sup>2</sup>

Partindo desse ponto de vista, depreende-se que, apesar de um dos efeitos da norma imunizante ser a limitação do poder de tributar, impedido o legislador ordinário de sequer iniciar projeto de lei, o seu conceito não queda adstrito à vaguidade dessa afirmação, qual seja, que a imunidade constitui-se em uma limitação às competências tributárias, como consequência de sua inclusão no Título VI, Capítulo I, art. 150, VI, da Constituição Federal.

Isso porque a regra imunizante funciona como demarcação do feixe de atribuições conferidas aos entes federados, que se congregando às demais, molda, com cuidado e segurança, o caminho a ser seguido pelo legislador, no que tange à inovação da ordem jurídica em matéria tributária. Percebe-se, desse modo, que inexistente cronologia entre as normas atributivas de competência e as normas imunizantes. Ao contrário, são contemporâneas e obedecem ao princípio da simultaneidade da dinâmica normativa.

<sup>1</sup> *Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de uma teoria*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 113.

<sup>2</sup> *Curso de Direito Tributário*, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 190-191.

Corroborando esse entendimento, a Professora Misabel Abreu Machado Derzi, atualizando a clássica obra de direito tributário de Aliomar Baleeiro, comenta:

A imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não-competência das pessoas políticas da federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário. A imunidade é, portanto, regra de exceção e delimitação de competência, que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas concomitantemente [...].<sup>3</sup>

Mantendo-se alinhado a esse raciocínio, a imunidade tampouco funciona como exclusão ou supressão do poder tributário, que pressuporia instantes cronologicamente distintos: o primeiro, definidor da norma que outorga competência tributária; e, o segundo, introdutor de preceitos excludentes ou supressores de parcela das referidas atribuições.

Tal ideia contraria a construção das normas jurídicas de competência tributária a partir do seu entrelaçamento vertical e horizontal, cuja conclusão lógica é de que tal competência vem demarcada pelos preceitos que a Constituição fixou, dentre os quais estão incluídas as normas imunizantes.

Ademais, a imunidade definida como hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada, de acordo com a argumentação desenvolvida, também merece revisão, uma vez que leva a crer que a norma constitucional possa não incidir, o que soa inadmissível.

Conforme dito alhures, as normas de imunidade são de estrutura. Estas cuidam do relacionamento entre normas jurídicas, sua produção, modificação e extinção, sem possuir, por sua natureza, previsão de fatos. Em contrapartida, as normas de incidência são preceitos de conduta, que pressupõem a existência de suporte fático. Assim, no Direito Tributário, o fenômeno da incidência designa a ocorrência do fato descrito na lei, contido em hipótese de incidência tributária, que faz nascer a respectiva obrigação tributária. Perfazendo

o evento descrito na hipótese da norma, a incidência é inafastável.<sup>4</sup>

A *contrario sensu*, a não incidência configura a inexistência do impacto da norma sobre determinado fato, quer dizer a indiferença da própria norma jurídica quanto à conduta realizada, não coadunando com a imunidade.

No plano constitucional, há tão somente a preocupação com a definição das competências tributárias e não com a ocorrência do fato e formação do vínculo obrigacional, marcados pela atuação do legislador infraconstitucional.

Nesse sentido, preleciona Paulo de Barros Carvalho:

Os preceitos que definem a adjudicação de competências tributárias não de preceder os dispositivos editados em função dos poderes outorgados. E a proposição não admite comutatividade. Seria incompreensível analisar a norma jurídica que cria o tributo e, portanto, define a incidência, sem antes observar, atentamente, os canais que a Constituição elegeu para esse fim. [...] Cravada a premissa, não temos por que aludir às imunidades como barreiras, embaraços ou obstâncias à incidência dos tributos [...].<sup>5</sup>

Nessa mesma linha de argumentação, difere a imunidade da isenção, porque esta é criada de acordo com a conveniência dos entes federados, decorrente do poder de tributar,<sup>6</sup> inibindo a incidência da norma que criaria a relação obrigacional entre contribuinte e sujeito ativo tributante, de tal sorte que, mesmo ocorrendo o evento tributário no plano real, o fato não poderá ser constituído e irradiar efeitos, em razão da diminuição/mutilação do campo de incidência da regra-matriz operada pela norma isentiva. Disso decorre que a regra jurídica que prescreve a isenção consiste na enunciação negativa da regra jurídica que determina a tributação.<sup>7</sup>

A imunidade, prevista na CF/1988, não se preocupa com a formação da relação jurídico-tributária,

<sup>3</sup> *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a emenda Constitucional no 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 228.

<sup>4</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. 2. ed., rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 39-41.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 184.

<sup>6</sup> BORGES, José Souto Maior. *Isonções Tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 32.

<sup>7</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 306.

sendo norma que antecede à previsão da conduta e sua ocorrência, exercendo a função de colaborar na delimitação das competências impositivas.

Desse modo, a imunidade tributária constitui-se em um fenômeno de natureza constitucional que encerra na incompetência dos entes políticos para tributar, sendo fruto do desenho constitucional traçado, dupla e concomitantemente, pelo giz das regras positivas de competência e das negativas, consubstanciadas, estas últimas, nas regras imunizantes.

### 2.2 Classificação da imunidade do art. 150, VI, d, da CF/1988

A imunidade dispensada aos livros, jornais, periódicos e ao papel destinado à sua impressão reveste-se de natureza objetiva.<sup>8</sup> Isso significa que a proteção recai sobre o bem, sendo indiferente a pessoa que o comercializa ou como se dá sua circulação, ou seja, o sujeito deixará de pagar o tributo, não em razão de um privilégio próprio perante o fisco, mas devido à relevância do objeto da relação.

Desse modo, esses materiais ficam livres de impostos que recairiam sobre operações e prestações que os têm como objeto, tais como: Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre Produtos Industrializados, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Imposto sobre Serviços.<sup>9</sup>

Depreende-se, portanto, que não sendo subjetiva a norma imunizante, as empresas fabricantes dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado à sua impressão, bem como o vendedor e o autor desses bens, não são imunes à incidência dos demais impostos não aplicáveis a esses objetos, e tampouco às taxas e às contribuições.<sup>10</sup>

### 2.3 *Ratio essendi* da norma exonerativa do art. 150, VI, d, da CF/1988

A tributação, entendida como a ação estatal de exigir tributos, não possui apenas a intenção arrecadatória, mas também a de interferir nos

comportamentos sociais, políticos ou econômicos, caracterizando seu aspecto extrafiscal.

Desse modo, o tributo pode dificultar ou até mesmo impedir totalmente a atividade tributada.

Cogita-se, então, a imunidade como instrumento impeditivo para o Estado utilizar sua voracidade exacional de maneira a interferir em direitos relevantes, caracterizados como fundamentais, ligados à liberdade, bem como em valores relacionados à democracia e à forma federativa, vulnerando-os, pois também disciplinados pela Constituição Federal.

Seguindo essa ideia, preleciona Regina Helena Costa:

[...] se o ordenamento constitucional ampara determinados direitos, não pode, ao mesmo tempo, compactuar com a obstância ao seu exercício, mediante uma atividade tributante desvirtuada. A atividade tributante do Estado deve conviver harmonicamente com os direitos fundamentais, não podendo conduzir, indiretamente, à indevida restrição ou inviabilização do seu exercício [...].<sup>11</sup>

No mesmo sentido, afirma Bernardo Ribeiro de Moraes sobre a finalidade da imunidade:

[...] está na preservação, proteção e estímulo dos valores éticos e culturais agasalhados pelo Estado. Em verdade, a imunidade tributária repousa em exigências teleológicas, portanto valorativas. É o aspecto teleológico da imunidade tributária que informa o seu conceito.<sup>12</sup>

Presta-se, portanto, a imunidade para limitar a atuação estatal na sua atividade tributante (efeito da norma imunizante), de modo que a inação do Estado permita o exercício dos direitos fundamentais de primeira geração: aqueles relacionados às liberdades individuais.

Entende-se, em dissonância ao concebido pelo julgamento da ADI 939-1/DF, que a imunidade, em si, não constitui direito fundamental, consubstanciada em um direito subjetivo do contribuinte, mas configura, tão somente, o instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Saneando a argumentação tem-se que: as imunidades tributárias têm como finalidade limitar

<sup>8</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 378.

<sup>9</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 378.

<sup>10</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. Op. cit., pp. 187-188.

<sup>11</sup> *Imunidades...* op. cit., p. 79.

<sup>12</sup> A imunidade tributária e seus novos aspectos. In: *Imunidades Tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 1998, p. 107.

constitucionalmente o poder de tributar, como natureza jurídica a delimitação da competência tributária e como referencial os princípios constitucionais inerentes aos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

Quanto à imunidade inserida no art. 150, VI, d, da CF/1988, ressalta-se que, em consonância com a Constituição Federal em sua unidade, ela visa a proteger a liberdade de expressão, de manifestação do pensamento e de opinião, o direito à informação, bem como o acesso à educação e à cultura, garantindo, em última análise, o acesso ao conhecimento, de maneira a fomentar o desenvolvimento intelectual, o aprendizado e a concretização do Estado Democrático de Direito.

Com esse enfoque, Heleno Taveira Torres e Vanessa Nobell Garcia tecem comentários à finalidade da imunidade em estudo:

Funciona, essa imunidade, pragmaticamente, como uma forma de garantir a irradiação da cultura e da educação, mediante o barateamento dos livros, jornais e periódicos, e, desse modo, como modo de facilitação do acesso aos bens necessários para a formação intelectual das pessoas. Com isso, vincula-se integralmente ao princípio da capacidade contributiva e tem o seu valor axiológico condicionado por uma espécie de garantia de 'mínimo existencial', em matéria de acesso à informação.<sup>14</sup>

Assim sendo, a finalidade ínsita à norma imunizante dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão associa-se à difusão de conhecimentos, pensamentos e informações, concretizando, pois, a liberdade de expressão.

#### 2.4 Evolução histórica da imunidade de livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão nas Constituições brasileiras

De extrema importância demonstrar o tratamento da imunidade tributária de livros, jornais e periódicos nas Constituições brasileiras, de modo a possibilitar melhor entendimento da *ratio essendi* da norma imunizante, insculpida no art. 150, VI, d,

da CF/1988, por meio da investigação das condições subjetivas e objetivas que levaram à instituição dessa proteção.

O dispositivo em questão surgiu, no Brasil, embora com contorno e redação diferentes do atual, na Constituição de 1946, em seu art. 31, V, c, para excluir do alcance da tributação somente o papel, exclusivamente, qualificado pela sua destinação à impressão de livros, jornais e periódicos, por motivos de ordem política e econômica. Observa-se que a norma imunizante alcançava, tão somente, o suporte material que servia para a confecção de livros, jornais e periódicos, não os incluindo.

A criação da imunidade, na época, buscou escapar da forte tributação do papel, principalmente no que se refere ao imposto de importação, vez que a matéria-prima encarecia excessivamente os custos de produção dos livros, jornais e periódicos, de maneira a fomentar a difusão de pensamentos.

A razão da introdução dessa norma na Constituição de 1946 é destacada por João Pedro Antunes Lima da Fonseca Carvalho, citando o estudo realizado por Ciro Fernandes Rodrigues Baltar, que registra:

Durante o governo de Hermes da Fonseca, entre 1910 e 1914, o imposto de importação aplicado ao papel era consideravelmente superior ao que incidia nos livros, o que acabava por dificultar a vida das editoras brasileiras, dificultando a sua consolidação. Isso porque produzir um livro em território nacional era bem mais custoso do que importar um livro já pronto. Na época da constituinte de 1946, visando garantir a propagação da cultura, ninguém menos que o brilhante Jorge Amado, então deputado federal pelo Partido Comunista Brasileiro, defendeu a imunidade tributária do papel. Tal instituto, então, protegeria o interesse cultural, pois os impostos encareciam a principal matéria-prima dos livros naquele momento, o papel.<sup>15</sup>

Dessa maneira, percebe-se que a inserção dessa imunidade no sistema jurídico teve por escopo a garantia da produção nacional de jornais, livros e periódicos, bem como a propagação de informações e pensamentos. Em outras palavras, a norma visou à preservação da liberdade intelectual, científica, artística e de manifestação do pensamento. Nas

<sup>13</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Vol. III: Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40.

<sup>14</sup> Tributação e Imunidade dos Chamados "Livros Eletrônicos". In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

<sup>15</sup> A imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos eletrônicos: Garantia de acesso ao conhecimento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4132, 24 out. 2014.

lições de Aliomar Baleeiro, “este ainda é o objetivo constitucional de proteção à educação, à cultura e à liberdade de comunicação e pensamento”.<sup>16</sup>

Por outro giro, a norma veio em contraposição ao regime ditatorial de Vargas que censurou, pela tributação excessiva, a liberdade de expressão, principalmente, dos opositores e da imprensa.

Registra o professor Bernardo Ribeiro de Moraes que a Constituição de 1946:

[...] introduziu essa imunidade do papel, segundo Aliomar Baleeiro, por duas razões: a primeira, “que em 1946 estava muito recente a ditadura de Vargas, que tinha posto colete de ferro na imprensa”; e a segunda: ‘Vargas, por meio do papel, também usava o financiamento pelos bancos estatais, e teve uma imprensa passiva, dócil, acomodada, que só dizia o que ele queria.’<sup>17</sup>

A Emenda Constitucional 18/1965, que inseriu a reforma no sistema tributário, não trouxe nenhuma novidade ou alteração quanto à regra de imunidade tributária. A modificação veio na Constituição de 1967, em seu art. 20, III, *d*, que ampliou a vedação da tributação para incluir os livros, jornais e periódicos, tornando-se, ao lado do papel destinado à sua impressão, objeto da norma imunizante. Essa mudança foi mantida pela Emenda Constitucional 1/1969, em seu art. 19, III, *d*.<sup>18</sup>

A imunidade, que alcança os livros, jornais e periódicos e o papel destinado à sua impressão, foi mantida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 150, VI, *d*, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – instituir impostos sobre:

[...]

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão;

Necessário faz-se destacar o relato do eminente professor Ives Gandra da Silva Martins quanto às

discussões que pairaram sobre a redação dessa norma imunizante na CF/1988:

A letra “d” do inciso VI reproduz o texto de idêntica redação da Emenda Constitucional n. 1/69, artigo 19, III, “d”.

A proposta que levei aos constituintes era mais ampla. Em face da evolução tecnológica dos meios de comunicação e daqueles para edição e transmissão, tinha sugerido, em minha exposição para eles, a incorporação de técnicas audiovisuais.

Os constituintes, todavia, preferiram manter a redação anterior, à evidência útil para o Brasil do após-guerra, mas absolutamente insuficiente para o Brasil de hoje.<sup>19</sup>

Dessa maneira, pesa a informação de que, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, a discussão do projeto que expandia a imunidade aos livros, jornais e periódicos, veiculados em meios diferentes do papel, como os eletrônicos ou virtuais, foi rejeitado, para determinar que apenas o livro impresso esteja agasalhado pela norma imunizante.<sup>20</sup>

Cumpra ressaltar que, em relação à evolução histórica da previsão dessa imunidade nas Constituições brasileiras, culminando na atual, existe um dissenso quanto à sua essência protetiva: uma primeira corrente analisa que, a decisão da Constituinte, que elaborou a CF/1988, enseja a proteção, tão somente, dos livros, jornais e periódicos e o papel destinado à sua impressão, vez que rejeitou proposta mais ampla que abrangia outros insumos, além do papel, e outros suportes físicos; uma segunda corrente entende, em contrassenso, que a referida imunidade sempre teve em vista a ideia intrínseca da proteção da liberdade de expressão, independente do suporte físico, não determinante à sua finalidade, que é a facilitação do acesso ao conhecimento e à informação.

Esses pontos de vista divergentes, quanto ao objeto da norma imunizante, se a finalidade ou a forma do livro, tornam-se importantes para a análise sobre a possibilidade da extensão da imunidade, insculpida no art. 150, VI, *d*, da CF aos livros eletrônicos, matéria essa declarada de repercussão geral pelo STF, a qual será melhor delineada a seguir.

<sup>16</sup> *Direito Tributário Brasileiro*, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148.

<sup>17</sup> *A imunidade tributária...*, op. cit., p. 139.

<sup>18</sup> VESPERO, Regina Celi Pedrotti. *A imunidade tributária do artigo 150, VI, “d” da Constituição Federal e o denominado livro eletrônico (CD-ROM, DVD, disquete etc.)*, online.

<sup>19</sup> *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. vol. 6, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 186.

<sup>20</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. São Paulo: Método, 2011.

### 3 A imunidade tributária do art. 150, VI, d, da Constituição Federal de 1988 e os livros eletrônicos

#### 3.1 Livro<sup>21</sup>: objeto de proteção da norma imunizante

A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal de 1988 tem por seu objeto a proteção do livro, enquanto incremento à cultura e sua disseminação na sociedade, baseada na livre expressão de ideias e manifestação do pensamento.

Ocorre que, em face das diversas conceituações e interpretações da evolução histórica do vocábulo “livro”, torna-se imprescindível sua análise, de modo que se possa fixar o entendimento de qual mídia está, ou não, amparada pela norma constitucional. Em outras palavras: que “livro” está albergado pela imunidade prevista na Constituição Federal?

A definição do livro vem assim disposta no dicionário *online* Michaelis da língua portuguesa:

1 Segundo a Unesco, publicação não periódica, impressa, contendo pelo menos 48 páginas, excluída a capa. *Col: pilha, ruma* (amontoados); *biblioteca, livraria* (dispostos em ordem). 2 Coleção de lâminas de madeira ou marfim ou folhas de papel, pergaminho ou outro material, em branco, manuscritas ou impressas, atadas ou cosidas umas às outras.<sup>22</sup>

A Lei 10.753/2003, que institui a Política Nacional do Livro, considera livro:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional do Livro, mediante as seguintes diretrizes:

[...]

II - o livro é o meio principal e insubstituível da difusão da cultura e transmissão do conhecimento, do fomento à pesquisa social e científica, da conservação do patrimônio nacional, da transformação e aperfeiçoamento social e da melhoria da qualidade de vida;

[...]

<sup>21</sup> Esclarece-se que a norma constitucional, insculpida no art. 150, VI, d, traz, em seu bojo, a proteção de livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão. Para obter maior síntese textual, englobar-se-ão, na expressão “livro”, em sentido lato, ou seja, objeto de divulgação de ideias, pensamentos e informações, os livros, jornais e periódicos.

<sup>22</sup> “Livro”. Def. 1 e 2. *Dicionário de Português Michaelis*. 2009. *online*.

Art. 2º Considera-se livro, para efeitos desta Lei, a publicação de textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, em qualquer formato e acabamento.

Parágrafo único. São equiparados a livro:

[...]

VII - livros em meio digital, magnético e ótico, para uso exclusivo de pessoas com deficiência visual;

Partindo dessas conceituações, percebe-se que o conceito clássico de livro está atrelado ao suporte material papel impresso, que lhe confere a existência física, colocando a finalidade como elemento secundário. Ou seja, há uma preferência pela forma (impressa), em detrimento à sua finalidade.

Isso fica claro, inclusive, quando se analisa o conceito apresentado pelo legislador ordinário, que determinou o conceito do livro restrito ao suporte físico papel e possibilitou a equiparação do livro digital ao impresso, condicionada ao uso exclusivo de pessoas com deficiência visual. Dessa maneira, segundo a disposição legal, o conceito de livro está restrito ao suporte físico de papel, não abarcando o livro digital senão em expressa exceção.

Sob perspectiva diversa, o estudo do conceito de livro pode ser empreendido por meio da evolução histórica do material utilizado na sua confecção para exprimir e divulgar ideias e conhecimento, ao longo do tempo, sem que isso implique na modificação da gênese do que seja livro, em razão de sua finalidade.

Disso decorre que livro o é, independente de seu substrato, não se prendendo, pois, à forma de veiculação, mas ao ínsito propósito de divulgar conhecimentos e informações.

Sobre o assunto, Wilson Martins descreve, em breves palavras, brilhantemente a história do livro:

Das tabuinhas xilográficas para os tabletes de argila, dos rolos manuscritos aos volumes em pergaminho e destes para os impressos em papel; dos estiletos para os pincéis e as penas de pato, destas para as metálicas e para os tipos móveis, o livro chegava assim ao que até agora é a sua última metamorfose técnica: a composição e impressão eletrônicas.

Paralelamente, das bibliotecas lenhosas e minerais para as da Antiguidade e da Idade Média, dos catálogos em fichários de cartão para os catálogos informatizados, também as bibliotecas estão acolhendo em número crescente o que Hebert

Mitigang, do New York Times, denominou em 1.990 'O livro sem papel' (*the paper-less book*).<sup>23</sup>

No mesmo sentido, o desenvolvimento do modo de exteriorização das ideias escritas do homem ao longo do tempo foi salientado em brilhante parecer do professor Roque Antônio Carraza:

O papel, apenas, foi, por largo tempo, o suporte material por excelência do livro, no sentido considerado pela Constituição, para fins de imunidade: veículo de transmissão de ideias. Inventado pelos chineses e trazido para a Europa nos fins da Idade Média, o papel, sendo muito mais barato, veio a substituir, com vantagens, o papiro, dos antigos egípcios. Mas, ninguém em sã consciência sustentará - mesmo nos dias que ora correm - que um papiro, contendo ideias, não é um livro.

Muito bem, com a evolução dos tempos, surgiram outros suportes materiais para o livro. Hoje temos livros informatizados. Mas, sempre livros, isto é, veículos de transmissão de ideias e, nesta medida, amparados pela imunidade do art. 150, IV, "d", da CF.<sup>24</sup>

Ressalte-se que o papel, nas últimas épocas teve uma relevante importância na facilitação da divulgação das ideias e conteúdos escritos, superando os inconvenientes dos meios mais ultrapassados utilizados, mas como demonstrado, nunca foi determinante para indicar o que seria "livro". Ademais, com o surgimento de novas tecnologias no fim do século XX e início do século XXI, o livro pôde ser veiculado por outros meios, notadamente os eletrônicos, que trazem em seu bojo maior facilidade de acesso, cumprindo exatamente o seu objetivo que é transmitir ideias, pensamentos e conhecimentos. Houve, portanto, um avanço do físico para o tecnológico.

Diante dessa transformação, o conceito do livro abandona seu substrato material, mero elemento acidental, encerrando-o pela sua essência e utilidade, conforme destacam Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo:

[...] parece-nos necessário compreender o que é um livro, encontrando sua essência: aquilo que, presente, faz da coisa um livro e, retirado, faz

com que a coisa deixe de ser livro. Determinada a essência, todo o resto será elemento acidental, que poderá ser perfeitamente alterado sem que o objeto deixe de ser livro. O mesmo raciocínio vale para os jornais e periódicos. [...] O essencial ao livro, portanto, não é o papel, cujo emprego foi difundido apenas nos fins da Idade Média. Também não é essencial a forma com que o papel, o pergaminho, o papiro ou as tábuas de argila são enfeixados ou montados. Na verdade, tais suportes físicos apenas tornam livros na medida em que veiculam determinado conteúdo, sendo - como toda concreção de uma ideia - constantemente aperfeiçoados na infinita busca do homem pela perfeição [...].<sup>25</sup>

O mesmo raciocínio já era desenvolvido pelo ilustre Aliomar Baleeiro, que declarava livro por sua finalidade, e não pela sua forma:

Livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitam ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos Braille destinados a cegos. A Constituição não distingue nem pode o intérprete distinguir os processos tecnológicos de elaboração dos livros, jornais e periódicos, embora os vincule ao papel como elemento material de seu fabrico. [...] Mas o papel e o formato convencional não bastam a caracterizar o livro, o jornal e o periódico, se as publicações e gravações não se destinam àqueles fins específicos de difusão de ideias, conhecimentos, informações, narrações, enfim, assuntos do interesse da comunidade[...].<sup>26</sup>

Dessa maneira, o conceito de livro, fixado no presente estudo, coincide com o apresentado pelo ilustre professor Eduardo Sabbag, como sendo:

[...] impresso em papel; pode ser um livro virtual, no espaço cibernético; pode conter folhas soltas ou cosidas; pode vir com capa flexível ou dura; pode conter informação científica ou leviana; entre outras tantas e multifacetadas possibilidades. A nosso sentir, os livros são suportes materiais utilizados à propagação de um pensamento formalmente considerado. Nesse passo, o livro deve conter uma base física (em papel ou em mídia eletrônica) e uma finalidade "espiritual" de geração do bem educativo.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> *A palavra escrita - história do livro, da imprensa e da biblioteca*. São Paulo: Ática, 1996, p. 261.

<sup>24</sup> Importação de Bíblias em Fitas - sua Imunidade - Exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 26, p. 117.

<sup>25</sup> *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 100-101.

<sup>26</sup> *Limitações constitucionais...* op. cit., p. 354.

<sup>27</sup> *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

Por fim, entende-se que o livro eletrônico ou digital não funciona como objeto de equiparação com o livro impresso, mas senão, apresenta-se englobado pelo próprio conceito de “livro”, marcado pela sua essência de difusão de conhecimento e não pelo seu substrato, que sempre será substituído por outros que sejam mais funcionais e apresentem maiores vantagens.

### 3.2 Livro eletrônico insere-se no objeto de proteção do art. 150, VI, d, da CF/1988: divergências

O alcance da imunidade do livro está, intrinsecamente, atrelado à determinação de seu conceito, bem como ao método de interpretação da norma constitucional, que fundamentam duas correntes a respeito do assunto.

Uma corrente não admite a extensão da imunidade aos livros eletrônicos, seguindo o conceito de livro fundamentado em seu suporte físico e na vontade trazida pelo constituinte originário. A outra, admite a aplicabilidade da imunidade aos livros eletrônicos, tendo como base a conceituação do livro quanto à sua finalidade e uma interpretação histórico-evolutiva da norma imunizante, em razão do progresso tecnológico, experimentado pela sociedade.

Dessa maneira, insta trazer à baila, os argumentos levantados pelas divergentes correntes doutrinárias.

#### 3.2.1 Tese restritiva da imunidade do livro

A corrente que defende pela não extensão da norma constitucional imunizante aos livros eletrônicos prende-se à interpretação histórica da Constituição Federal, somada ao conceito clássico de livro, qual seja, impresso em papel.

O primeiro ponto que merece destaque, quanto à elaboração da norma constitucional, é que os veículos de transmissão e difusão de pensamentos, conhecimentos e informações, alinhados às novas tecnologias e distintos do papel, embora não tão acessíveis e utilizados como nos dias atuais, eram contemporâneos da elaboração da Constituição Federal de 1988, que não os incluiu na proteção.

Como explicitado na evolução da instituição da norma imunizante dos livros em tópico anterior, apesar de o projeto inicial abarcar livros, jornais e periódicos e outros veículos de comunicação, bem como o papel e outros insumos, o constituinte originário não quis alargar o objeto imunizado, excluindo

propositadamente todos os outros meios e suportes de comunicação, que não os realizados em papel.

Nesse sentido, explicita o Professor Ricardo Lobo Torres:

Quando foi promulgada a Constituição de 1988, a tecnologia já estava suficientemente desenvolvida para que o constituinte, se o desejasse, definisse a não incidência sobre a nova *media* eletrônica. Se não o fez é que, a *contrario sensu*, preferiu restringir a imunidade aos produtos impressos em papel.<sup>28</sup>

Complementando o entendimento esposado, sobre a investigação da vontade do constituinte para interpretar a norma, registra Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho:

[...] não ser possível interpretar a lei maior de um país sem procurar conhecer a intenção daqueles que a fizeram, pois dessa lei sairá o sistema jurídica aplicável à sociedade para a qual foi preparada. E “[...] a lição de hermenêutica, a qual recomenda que, diante da mesma razão aplica-se a mesma disposição, deve ser, aqui, sopesada com outra máxima, no sentido de que, diante da enfática insuficiência do texto, não se pode ampliar o sentido do mesmo, sob o argumento de que ele teria expresso menos do que intencionara.<sup>29</sup>

Dessa maneira, partindo-se da interpretação da norma pelo método histórico-literal, tendo sido a proposta original rejeitada e rechaçada pelo constituinte, os livros eletrônicos não fazem parte do objeto da imunidade constitucional, devendo tal vontade ser respeitada, visto que apenas o livro, cujo insumo é o papel, está exonerado da tributação, conforme expõe Luís Carlos Martins Alves Jr:

O livro constitucionalmente imunizado é o de papel. Eventual exoneração do livro eletrônico há de ser viabilizada pelos legítimos representantes eleitos pelo povo, via emenda constitucional ou projeto de lei. O juiz não tem autorização constitucional para tributar nem para exonerar. Somente o legislador tem autoridade para esse mister, em sufrágio da

<sup>28</sup> Imunidade tributária nos produtos de informática. In: YAMASHITA, Fugimi (coord.). *Livro de Apoio do 5º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário*. São Paulo: IOB, 1996, p. 99.

<sup>29</sup> Imunidade Tributária. In: *Imunidades tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 1988, p. 344.

Separação dos Poderes e do estado Democrático de Direito [...].<sup>30</sup>

Ainda sob o prisma da tese restritiva, uma interpretação valorativa e finalística da norma imunizante indica que seu principal escopo foi o de baratear o produto, de modo que o povo, ou os menos afortunados da sociedade, tivesse maior acesso à cultura e à educação, não podendo ser estendida aos livros digitais, vez que a informática é instrumento de tecnologia sofisticada e cara, manejada por quem tem poder aquisitivo.<sup>31</sup>

Sob outra perspectiva, mas de maneira a confirmar a não abrangência da imunidade aos livros digitais, existe o apego ao conceito de livro, considerando o seu suporte físico, conforme leciona Bernardo Ribeiro de Moraes:

Livro é vocábulo gênero, que vem a ser toda edição comercial de obra literária, científica, artística, musical, técnica ou pedagógica, gravada ou impressa em reunião de folhas em cadernos, destina à leitura. Em consequência, não se enquadra ao conceito de 'livro', para fins da imunidade tributária em exame, encadernação que contenha apenas folhas em branco ou apenas folhas pautadas ou riscadas para escrituração ou anotação, pois não servem para leitura. Do mesmo modo, um disco, por não ser lido, mas apenas ouvido, não é livro. A impressão para leitura é elemento fundamental para o conceito de livro, para efeito de imunidade tributária. Os suportes papel e escrita são fundamentais na previsão constitucional (papel destinado à impressão de livro). Outros instrumentos que possam ter o mesmo conteúdo e a mesma finalidade do livro, na divulgação de ideias, difusão da cultura e de conhecimentos e informações v.g., filme cinematográfico, peça teatral, discos, disquetes, CD-Rom etc., não são livros. Os suportes são diferentes.<sup>32</sup>

Assim, o livro funciona como instrumento imediato e direto de comunicação com o homem, ao passo que as publicações realizadas em meios digitais necessitam da intermediação de máquina decodificadora (*hardware*) e de um programa de computador (*software*) para que o ser humano possa

acessá-las, funcionando como suportes mediatos da comunicação.

Esse é o entendimento delineado por Ionete de Magalhães Souza:

O livro é suporte imediato de comunicação, diretamente com o homem, sem a necessidade da máquina – computador –, para efetiva uma leitura informatizada de um CD-ROM. Caso contrário, a comunicação não se efetuará. Dessa forma, parece que não há que se falar que CD-ROM seja livro, mesmo quando naquele contiver o mesmo e único conteúdo de um livro. O acesso, a forma e a durabilidade distanciam o livro e o CD-ROM. Se CD-ROM fosse livro, não seria outro nome para designá-lo, o signo 'livro' bastaria e o enquadraria.<sup>33</sup>

Destaca-se, por fim, que, para os adeptos da tese restritiva, o conceito de livro está, intimamente, relacionado ao seu suporte físico (papel e escrita), que permite a iteração comunicacional direta com o homem, não proporcionada pelas informações divulgadas em meios eletrônicos, que sequer estão abarcadas pelo conceito de livro. Somando essa ideia à vontade histórica da norma constitucional, fixada está a tese de não extensão da imunidade aos livros eletrônicos.

Assim sendo, o rol taxativo na Constituição Federal, que trata a respeito das imunidades, abarca tão somente o livro escrito e impresso em papel, sendo incabível uma interpretação extensiva, posto que só possível para situações determinadas pela necessária correlação com os objetos discriminados.

### 3.2.2 Tese extensiva da imunidade do livro: adequada interpretação da norma imunizante

Atento ao princípio da supremacia constitucional, à norma imunizante deve ser conferido o sentido que maior eficácia lhe dê, porque se presta à proteção de valor fundamental da sociedade, qual seja, a liberdade de expressão. Dessa maneira, não pode o intérprete desprezar as novas tecnologias que influenciaram, sobremaneira, as formas de divulgação de informações, ideias e pensamentos, buscando, desse modo, atualizar a norma constitucional.

As imunidades, diferentemente das isenções, não podem ser interpretadas restritivamente, comportando outros métodos de interpretação, além

<sup>30</sup> Imunidade do livro eletrônico: visão da Fazenda Pública. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3497, 27 jan. 2013.

<sup>31</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito...* op. cit., pp. 300-301.

<sup>32</sup> *A imunidade tributária e seus novos aspectos*, op. cit., pp. 137-138.

<sup>33</sup> Imunidade tributária e "livro eletrônico". *Informativo Jurídico Consulex*. Ano XVI, n. 26, jul/2002, pp. 21-22.

do literal, porque resguarda princípios e valores ético-culturais relevantes. Esse foi o entendimento fixado pelos Ministros do STF, na ocasião do julgamento do RE 102.141/RJ, em 18 de outubro de 1985, analisando o art.19, III, *d*, da Constituição de 1967, *in verbis*:

Imunidade Tributária. Livro. Constituição, Art. 19, Inc. III, Alínea 'D'. Em se tratando de norma constitucional relativa às imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transparecerem os princípios e postulados nela consagrado. O livro, como objeto da imunidade tributária, não é apenas o produto acabado, mas o conjunto de serviços que o realiza, desde a redação, até a revisão de obra, sem restrição dos valores que o formam e que a Constituição protege. (RE 102.141-1/RJ. Relator para acórdão: Min. Carlos Madeira, Brasília/DF, 29 nov. 1985).

Sob essa perspectiva, abandonado o literalismo estéril e petrificante, colocam-se os elementos histórico-evolutivo, em que a tendência moderna é a substituição do livro de papel pelo livro eletrônico, ainda que a existência não fosse tão significativa à época da elaboração da Constituição Federal; sistêmico, em que a norma imunizante deve estar em consonância com aquelas que consagram os direitos e garantias fundamentais; e teleológico, em que a finalidade da norma imunizante está a abranger diversos meios de comunicação, que não apenas o livro eletrônico, de forma que possa cumprir o objetivo que carrega.<sup>34</sup>

A investigação de elementos históricos, quando da elaboração da norma, é importante no sentido de limitar os contornos da sua atualização, mas não de engessar o intérprete, vez que a norma depois de sancionada, promulgada e publicada, torna-se independente do pensamento do seu autor, adquirindo vida própria, de maneira que seu significado não permanece estático. O sentido histórico da norma dá ao intérprete a ideia da lei ao tempo em que ela foi elaborada, mas não lhe dá o sentido que deve ter no momento de sua aplicação. Para tanto, será utilizado o método histórico-evolutivo, de maneira a conciliar a norma constitucional com a realidade que se coloca.<sup>35</sup>

Dessa maneira, com a instauração do mundo globalizado e acessível, que insere o homem para dentro de uma vida virtual mergulhando-o em uma esfera de informações e possibilidades, há a inegável redefinição dos meios pelos quais se divulgam ideias, conhecimentos, pensamentos e informações, a que a Constituição deve albergar.

Além do mais, a norma imunizante não deve ser avaliada isoladamente, mas senão enquanto pertencente a um sistema, que prestigia a liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, bem como o direito à educação e ao acesso à cultura e à informação, como valores de uma sociedade democrática, como preleciona o art. 5º, IV, VIII, IX e XIV, arts. 6º, 205, 215, 218 e 220, da Constituição Federal, de modo a ser observada a sua unidade.

Para Felipe Daudt de Oliveira:

A leitura desses preceitos constitucionais, não é difícil concluir que a interpretação restritiva da palavra livro, no art. 150 da Lei maior, poderia tornar letra morta os dispositivos que asseguram a 'livre manifestação do pensamento', 'a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação', a 'liberdade de aprender, ensinar e pesquisar', enfim, a expressão de ideias em seu sentido amplo 'sob qualquer forma, processo ou veículo'. Efetivamente bastaria mudar-se o suporte ou a embalagem da obra literária, científica ou artística e lá iria por água abaixo a imunidade do art. 150, pondo em cheque aquelas sagradas liberdades. Assim, situando a norma que queremos interpretar no sistema da Lei Maior, cotejando-as com aquelas outras relativas ao mesmo objeto, todas seriam esvaziadas do seu conteúdo se limitasse a abrangência semântica da palavra livro.<sup>36</sup>

Disso tudo decorre que o intérprete não está extrapolando os limites constitucionais da norma imunizante, que protege o "livro", mas fazendo incluir dentro desse objeto, sem que isso o descaracterize, as novas formas em que se exterioriza, em atendimento às novas necessidades e realidade sociais, calcadas na era digital. Isso porque a mudança dos suportes físicos, a que o livro foi submetido, não o descaracterizou.

Desse modo não há interpretação extensiva, à maneira que os livros eletrônicos são a mais nova forma de livro, o livro de papel evoluído, que guarda a mesma

<sup>34</sup> Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo. Imunidade tributária do livro eletrônico. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000.

<sup>35</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 234-235.

<sup>36</sup> *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75.

essência. Referindo-se, portanto, a Constituição, a livros, abrange os livros eletrônicos.

Para tanto, conforme defendido alhures e acolhido pela tese ampliativa, o livro eletrônico e digital está inserido no próprio conceito de livro, que considera a sua finalidade, conforme entende Roque Antônio Carraza, nos termos seguintes:

Na medida em que livro, para fins de imunidade, é o veículo do pensamento, são imunes, independentemente de sua base material (papel, celuloide, papiro, plástico, metal, etc.), não só os atos jurídicos praticados com livros convencionais (impressos em papel), como os praticados com livros eletrônicos (impressos em disquetes de computador, fitas para videocassetes, fitas cassetes e assim por diante). Tais livros não se descaracterizam só porque diferem, pelo aspecto – mas não pela finalidade –, daquele impresso por Gutenberg.<sup>37</sup>

Quanto à informática, seus produtos apenas configuram instrumento ou meio em que se materializa o livro, de modo que a tributação apenas será afastada quando seu conteúdo versar sobre informação, educação, cultura. Isso demonstra que não é todo e qualquer suporte eletrônico que será imunizado, mas tão somente, os que se prestarem a difundir conhecimento, assim como o papel (somente é imunizado aquele destinado à impressão de livros, jornais e periódicos).

O que é relevante é o conteúdo veiculado e não o suporte físico, puramente considerado, conforme ensinam Adriana Piraíno, Ângela Teresa Gobbi Estrella e Natascha Machado Fracalanza:

Não se confundir a noção de obra intelectual de natureza literária, científica ou artística que pode eventualmente ser reproduzida em combinação com um software em CD-ROM, com a noção do próprio software em CD-ROM, que é por si também obra intelectual e que pode trazer ou não em seu conteúdo uma obra literária, científica ou artística. Note-se que tanto a obra literária, científica e artística (impressa em papel ou reproduzida eletronicamente em CD-ROM) quanto o software (que pode conter uma obra literária, científica e artística ou não) estão protegidos pela nova lei dos direitos autorais (respectivamente incisos I e XII do art. 7º) na qualidade de obras intelectuais, mas somente a obra literária, científica e artística está protegida pela imunidade constitucional, esteja ela

impressa ou embutida em um software. Em outras palavras, o software, como obra intelectual, em regra não é imune (softwares de programas tais como Word, Excel, Power Point, ou de jogos interativos): somente será imune quando portador de uma obra intelectual de natureza literária, científica ou artística (Dicionário Aurélio, Enciclopédia Comptons, Encarta etc.).<sup>38</sup>

Por fim, a imunidade dos livros serve para barateá-los, de forma a não inviabilizar sua aquisição e, conseqüentemente, a liberdade de expressão, de modo que não está relacionada com a capacidade contributiva das pessoas. Aliás, com o avanço da tecnologia, qualquer pessoa, hoje, que possa ter acesso a um livro impresso, seguramente tem acesso às mídias eletrônicas, não havendo razão para a discriminação.

O livro consiste em um meio de divulgação e disseminação de cultura, independentemente do mecanismo em que é veiculado, ressalvada a conceituação clássica, devendo receber o tratamento fiscal delineado pela Constituição Federal. Além do mais, a Carta Magna visa a garantir a liberdade de comunicação, pensamento, cultura e educação, de modo que os meios de difusão, sejam eles impressos ou eletrônicos, estão albergados pela norma do art. 150, VI, d, da CF/1988.

### 3.3 Aplicação da imunidade ao livro eletrônico: garantia da liberdade de expressão

O direito deve seguir a dinâmica social, notavelmente, quando as inovações forem vantajosas e enriquecedoras, como a proteção da liberdade de expressão e o acesso ao conhecimento, proporcionado pelos meios eletrônicos, de maneira que as normas jurídicas devem adaptar-se às novas realidades, sob pena de impor a aplicação de direito anacrônico.

A liberdade de expressão, direito fundamental de primeira geração, figura elemento característico do Estado Democrático de Direito, porque implica o fomento da pluralidade de pensamentos, o acesso ao conhecimento, em consequência das discussões intelectuais, em contramão aos regimes ditatoriais.

<sup>37</sup> *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 793.

<sup>38</sup> Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imunidades Tributárias. Pesquisas Tributárias*. Nova Série. Nº 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 533 (nota de rodapé).

Dessa forma, André Ramos Tavares eleva a liberdade de expressão como um direito essencial e precioso:

Em síntese, depreende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência de elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação do pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiofusão.<sup>39</sup>

A liberdade de expressão caminha junto com a educação, pois sem se conhecer, não haverá muito o que se pensar, ligando-se ao acesso aos livros, jornais, periódicos, noticiários, etc., sendo esse seu aspecto substancial. Olhando sob a perspectiva instrumental, a liberdade de expressão refere-se à escolha do meio que servirá de suporte físico para a divulgação da informação.<sup>40</sup>

Depreende-se, portanto, que são incabíveis interpretações restritivas, de maneira a vulnerar a liberdade de expressão por meio da tributação, mormente quando lhe é intrínseca a inércia do Estado de forma a permitir o agir individual na realização do seu direito.

Constituiria verdadeira violação do Estado Democrático de Direito, a atividade do Estado de tolher esse direito do indivíduo, invadindo o seu patrimônio de forma a desestimular a difusão de pensamentos e a interferência da escolha do meio material de divulgação.

O professor José Souto maior Borges demonstra essa ideia com brilhantismo:

A manipulação do tributo poderá envolver atentados à livre manifestação do pensamento; valor que a CF 88 buscou preservar. Ora o vertiginoso desenvolvimento tecnológico moderno, particularmente no campo da informática (e contra o qual nós nada podemos) vem provocando o fenômeno da substituição do livro (ou pelo menos de coexistência) por disquetes, CDs, etc., que exploram

funções tradicionalmente a ele reservadas. [...] Estarão eles fora do campo de aplicação do art. 150, VI, d? A resposta é negativa. [...] Impedir a aplicação do art. 150, VI, d, aos produtos de informática é condená-los a uma esclerose precoce – dado que tudo leva à conclusão de que ele deveria aplicar-se também aos produtos novos, que coexistem com o livro e demanda o mesmo tratamento tributário.<sup>41</sup>

Dessa maneira, não se pode excluir qualquer meio que sirva de canal para o exercício da liberdade de expressão, como o fazem os meios eletrônicos, cujo poder de comunicação e rapidez são inegáveis.

Sob o mesmo enfoque, constata-se que a realidade hodierna tem como consequência a superação do meio impresso como forma de difundir conhecimentos, dado que os meios eletrônicos proporcionam muito mais agilidade e simplicidade no acesso ao conhecimento.

As mudanças nos hábitos de leituras e comunicações encontram suas raízes na facilidade que o mundo eletrônico propicia a seus usuários, diante da portabilidade e universalização das informações, de modo a reduzir o abismo entre a ignorância e o conhecimento, por meio de toque na mídia eletrônica.

O conhecimento não encontra mais seu lugar imobilizado em bibliotecas e espaços físicos, mas disponível, mundialmente, em campo virtual, a que todos, indistintamente, têm acesso. Razão pela qual se conclui que “a informação é o único bem realmente globalizado”<sup>42</sup>, entendendo-se que existe uma nova era de acesso ao conhecimento, não mais limitada aos impressos, mas ligada a meios que intensificam a divulgação de informações e pensamentos.

Por tudo, fica evidente que a intenção da norma constitucional não está adstrita à forma material do livro, restrita às folhas de papel, mas senão aos veículos de pensamento ou meios de difusão da cultura.<sup>43</sup>

Há preponderância, na norma imunizante, da finalidade sobre a forma, devendo-se conferir o devido lugar constitucional aos livros eletrônicos, que

<sup>39</sup> *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 550-551.

<sup>40</sup> CARVALHO, João Pedro Antunes Lima da Fonseca, *op. cit.*, *online*.

<sup>41</sup> Imunidade tributária dos produtos de informática. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 24, caderno 1, 1996, p. 546.

<sup>42</sup> FACHINETO, Elaine Arbusti. *O Hipertexto e as Práticas de Leitura*. 2005, *online*.

<sup>43</sup> CARRAZA, Roque Antônio. Livro Eletrônico – Imunidade tributária – Exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Imunidade tributária do Livro Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 259.

participantes dos limites desenhados na Constituição, seja em relação à teleologia ou ao objeto, visam à proteção de valores caros quanto à cultura, à educação e à ampla divulgação de ideias, permitidos pela garantia da liberdade de expressão, nos seus aspectos substancial e instrumental.

#### 4 Da aplicação da imunidade tributária aos livros eletrônicos: julgamento do Recurso Extraordinário 330.817/RJ alinhado aos direitos fundamentais

O RE 330.817, com fulcro nos argumentos da tese restritiva, foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reconheceu, em duplo grau obrigatório de jurisdição, a aplicabilidade da imunidade, insculpida no art. 150, VI, *d*, da CF/1988, para afastar a incidência do ICMS sobre a comercialização da Enciclopédia Jurídica eletrônica, ao considerar que:

Livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitem aquelas ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos. A limitação do poder de tributar encontra respaldo e inspiração no princípio *no Tax on Knowledges*.

A matéria expendida nesse RE, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, teve a repercussão geral<sup>44</sup> reconhecida no Plenário Virtual em 01/10/2012, em razão de transcender os interesses das partes envolvidas no processo, e ser relevante jurídica e economicamente, conforme a seguir ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PRETENDIDA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA A RECAIR SOBRE LIVRO ELETRÔNICO. NECESSIDADE DE CORRETA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE CUIDA DO TEMA (ART. 150, INCISO IV, ALÍNEA D). MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DE INTERESSE DE TODA A SOCIEDADE. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

Assim, o julgamento do referido RE foi proferido em 08/03/2017 e publicado no *DJE* em 31/08/2017, no qual restou firmada a seguinte tese:

A imunidade tributária constante do art. 150, VI, *d*, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo.

Dessa maneira, o STF, acertadamente, reconheceu a aplicação da imunidade aos livros eletrônicos, adotando a tese extensiva.

No primeiro ponto, dissociou o conceito “livro” do seu suporte físico, argumentando que, durante a história, os livros foram feitos de diversos materiais (entrecasca de árvores, folhas de palmeiras, seda, argila, madeira, marfim, tijolos de barro, papiro, pergaminho, etc.), não sendo o vocábulo “papel” essencial à sua existência e definição. Inclusive a própria imunidade dos produtos finais (livros, jornais e periódicos), em sede constitucional, surgiu em 1967, dissociada do seu insumo (papel).

Em seguida, considera que o conceito de livro também não pressupõe o acesso direto do leitor pela necessária visão do texto e signos da escrita, sem qualquer dispositivo intermediário. Isso porque, historicamente, a leitura processava-se por declamação e escuta, sendo pública e oral, inclusive sendo os “áudio books” atuais alcançados pela imunidade.

Refletindo sobre esses aspectos, tem-se que a teleologia da norma, calcada na liberdade de ser informado, na democratização, na difusão da cultura e na livre formação da opinião pública, foi alcançada, ainda mais porque o avanço tecnológico promove maior interação entre o leitor, bem como auxilia no compartilhamento de seu conteúdo com uma infinidade de pessoas, além da inegável facilidade do transporte e manuseio.

Por fim, o argumento que a vontade do legislador histórico em restringir a imunidade do livro àquele impresso não se sustenta, em razão da interpretação histórica, teleológica e evolutiva das normas constitucionais, alinhadas ao avanço tecnológico que a cultura escrita experimenta, o que implica na proteção da propagação de cultura, ideias, conhecimento pelos livros digitais, que merecem a mesma proteção imunizante dos livros tradicionais impressos.

#### 5 O reconhecimento da imunidade dos livros eletrônicos e seus reflexos na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado

A relevância da questão ambiental, no julgamento sobre a aplicação (ou não) da imunidade

<sup>44</sup> Repercussão Geral no RE 330.817, relator Min. Dias Toffoli, publicado em 01/10/2012.

tributária sobre os livros eletrônicos, embora não tenha sido elencada, expressamente, como fundamento para o reconhecimento da repercussão geral definida para a matéria, experimentou reflexos positivos com a decisão que foi proferida, tendo em vista que contribuiu para o meio ambiente a utilização de livros eletrônicos. Tais argumentos foram, ainda que superficialmente, levantados na decisão do RE 330.817/RJ.

A Constituição Federal de 1988, seguindo uma tendência mundial de preocupação com as questões ambientais, principalmente dos impactos que a atividade humana provoca sobre o mesmo, inseriu em seu corpo um capítulo específico<sup>45</sup>, voltado para a proteção do meio ambiente como objeto principal, em todas suas acepções (natural, artificial, cultural e do trabalho), em razão de sua importância jurídica, social, econômica e mundial, atribuindo a responsabilidade de todos (Estado e sociedade), dessa e das próximas gerações, na consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sob esse diapasão, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, inspirada nas diretrizes da Declaração de Estocolmo (1972), resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, foi integralmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, motivando a constitucionalização da proteção do meio ambiente, o que evidencia a corporificação de novos valores que provocam uma transmutação do papel do Estado na sociedade, acentuando-se o valor da solidariedade<sup>46</sup>.

Ressalte-se que os novos valores incorporados no sistema como normas jurídicas com viés ambiental, também perpassaram a liberdade econômica, sendo que a proteção ao meio ambiente deve ser compatibilizada com a ordem econômica, conforme se depreende de uma leitura sistemática do art. 225 c/c o art. 170, ambos da Constituição Federal de 1988. Isso se reputa em um dos grandes desafios para a implementação das políticas ambientais.

Carla Daniela Leite Negócio e Ela Wiecko Volkner Castilho<sup>47</sup> tratam do tema da seguinte maneira:

Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais nos lindes de um processo contínuo do planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando as suas interrelações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, numa dimensão tempo/espaço.

Trata-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado de um direito fundamental, classificado de terceira dimensão, calcados no valor da solidariedade, que, por tutelarem interesses de titularidade coletiva ou difusa, limitando as liberdades individuais com a finalidade de protegê-lo, incutem uma preocupação com as gerações humanas e sua dignidade, revelando a ideia de fraternidade entre os diferentes povos e Estados soberanos<sup>48</sup>.

O STF, em julgamento clássico e cujo posicionamento é firmado naquela Corte, trata do dever de solidariedade decorrente do direito/dever fundamental ao meio ambiente, conforme pode-se verificar:

[...] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. [...] (Destacado) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF /MS 22164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça, 17 nov. 1995, p. 39.206).

<sup>45</sup> Capítulo VI – DO MEIO AMBIENTE, composto pelo art. 225, e seus seis parágrafos, da Constituição Federal de 1988.

<sup>46</sup> MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 97-100.

<sup>47</sup> NEGÓCIO, Carla Daniela Leite; CASTILHO, Ela Wiecko Volkner. *Meio Ambiente e desenvolvimento: uma interface necessária. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

<sup>48</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Seguindo nessa linha, da responsabilidade pela proteção ambiental, uma aplicação sistemática do direito torna-se necessária, até porque uno, fazendo comunicar o direito fundamental e o dever constitucional do meio ambiente equilibrado, com o Sistema Tributário Nacional, de maneira a utilizar o tributo como mecanismo de o Estado orientar condutas – tributação ambiental.

Sabe-se que o tributo tem a finalidade precípua de arrecadar para financiamento das despesas públicas, embora possa ter um caráter extrafiscal, quando utilizado como instrumento de regulação que permite o Estado interferir na direção de determinadas atividades econômicas com o intuito de alcançar determinados objetivos cobijados pela sociedade, como a proteção ao meio ambiente.

Assim, a tributação ambiental, por meio da extrafiscalidade, é um instrumento que visa à educação ambiental, em situações sequer percebidas pela sociedade como prejudiciais ao meio ambiente.

Elena de Lemos Pinto Aydos<sup>49</sup>, discorrendo sobre o tema, assevera que:

[...] uma correta utilização da tributação ambiental deve visar à educação ambiental. O legislador precisa perceber que a aplicação do poluidor-pagador no campo do direito tributário não deve estar voltada à reparação de danos, mas visa especialmente à prevenção. O tributo ambiental tem por finalidade imediata a indução de comportamentos ecologicamente comprometidos pelos agentes econômicos, e como finalidade mediata, a educação ambiental voltada para a conscientização dos produtores e consumidores, alterando os padrões anuais de consumo e quebrando com a lógica da irresponsabilidade organizada.

Quanto aos livros, sabe-se que seu suporte material tradicional é justamente o papel, sendo ambos, expressamente, objeto de proteção da norma imunizante, conforme delineado anteriormente, o que, de certa maneira, representa um contrassenso ao pensarmos na sistemática protecionista do meio ambiente desenvolvida no texto constitucional.

A matéria-prima principal do papel é a celulose, encontrada da madeira e nos vegetais em geral, provenientes, portanto do corte de árvores que,

mesmo decorrentes de área de reflorestamento, causam impactos socioambientais. Na produção, a madeira é descascada e picada em lascas, cozida com a aplicação de produtos químicos, separando-se o líquido (licor negro) para decantação. Na próxima etapa, há o branqueamento da celulose, de maneira que sejam retiradas as impurezas da pasta a ser utilizada para fazer o papel, que atualmente, é feito com dióxido de cloro, minimizador da formação de dioxinas (compostos organoclorados resultantes da associação de matéria orgânica e cloro), que são potentes cancerígenos, relacionados também a várias doenças dos sistemas endócrino, reprodutivo nervoso e imunológico. Mesmo com o tratamento de efluentes, as dioxinas permanecem e são lançadas nos rios, contaminando água, solo, vegetação e animais<sup>50</sup>.

O Brasil, segundo dados da Associação Brasileira de Celulose e Papel (Bracelpa)<sup>51</sup>, é o quarto maior produtor de celulose no mundo e o primeiro da América Latina, sendo que a movimentação da indústria de papel e celulose tem papel importante no PIB (Produto Interno Bruto), em torno de 5%<sup>52</sup>, o que poderia representar um entrave para a disseminação da ideia da proteção do meio ambiente/ racionalização de matéria-prima e energia *versus* liberdade econômica.

Ao lado do processo de elaboração, existe a preocupação com o descarte dos produtos provenientes da produção. Desse modo, merece destaque a Lei 12.305/2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos e traz em seu bojo uma visão ecológica da economia, tendo como objetivo, dentre outros, a não geração, diminuição, reciclagem, enfim, o gerenciamento dos resíduos sólidos<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> FERRAZ, José Maria Gusman. *O papel nosso de cada dia*. Disponível em: <[http://webmail.cnpma.embrapa.br/down\\_hp/408.pdf](http://webmail.cnpma.embrapa.br/down_hp/408.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2016

<sup>51</sup> Associação Brasileira de Celulose e Papel (Bracelpa). *Relatório de Sustentabilidade 2010*. Disponível em: <[http://bracelpa.org.br/bra2/sites/default/files/public/relsustenta/Bracelpa\\_PDF\\_Navegavel\\_PORT\\_Final.pdf](http://bracelpa.org.br/bra2/sites/default/files/public/relsustenta/Bracelpa_PDF_Navegavel_PORT_Final.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2016

<sup>52</sup> MIRANDA, Roselane Estela dos Santos de. *Impactos Ambientais decorrentes dos resíduos gerados na produção de papel e celulose*. Monografia. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2008.

<sup>53</sup> Lei 12.305/2010

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;

II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

III - estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços;

<sup>49</sup> AYDOS, Elena Lemos Pinto. *Tributação ambiental no Brasil: fundamentos e perspectivas*. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

Sob essa seara, essa lei abrange tanto o processo de produção, que deve promover a “redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta”<sup>54</sup>, economizando matéria-prima, energia e água, bem como conscientizar a sociedade sobre a necessidade do consumo, de maneira a extinguir/reduzir a produção de lixo.

Nesse contexto, inserir-se-iam, portanto, os livros eletrônicos ou *e-books*. Com o reconhecimento da imunidade a estes, além dos diversos outros pontos que dão sustentação a essa proteção, estar-se-ia realizando um imperativo constitucional, relacionado à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Isso porque, restaria sua produção incentivada, o que implicaria na economia no processo de produção de papel, considerando a finitude dos elementos naturais; bem como, auxiliaria na redução dos resíduos sólidos, decorrentes de descarte de livros físicos que perderam a utilidade. Isso significa diminuição do impacto ambiental desde a cadeia de produção, consumo até o descarte final.

Desse modo, seguem trechos dos votos do RE 330.817/RJ que destacam a repercussão ambiental, relacionada ao reconhecimento da aplicação da imunidade tributária aos livros eletrônicos:

Trecho do voto do Senhor Ministro Relator Dias Toffoli:

De igual modo, as mudanças históricas e os fatores políticos e sociais presentes na atualidade, seja em razão do avanço tecnológico, seja em decorrência da preocupação ambiental, justificam a equiparação do “papel”, numa visão panorâmica da realidade e da norma, aos suportes utilizados para a publicação dos livros.

Trecho do Voto do Senhor Ministro Luiz Fux:

[...] para agrado do meu companheiro e do Ministro Gilmar Mendes no TSE, ainda tutela o meio

ambiente. Eu anoto que a proteção ao meio ambiente é forçada pelo crescimento das mídias eletrônicas, diminuindo, assim, a necessidade de papel. Afinal, não é preciso mais matar árvores - como o Ministro Herman Benjamin é tão preocupado - para garantir a liberdade e a difusão de ideias por meio da mídia.

Trecho do Voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes:

[...] Neste sentido, quer gostemos ou não, há um amplo mercado florescente de veiculação do conteúdo de livros, por meio cibernético. E sem que invoquemos questões óbvias de feição ambiental (livros de papel sacrificam mais o meio ambiente do que mensagens eletrônicas ou mídias de fácil manuseio), é chegado o momento para se repensar a imunidade tributária do papel destinado a impressão de livros, avançando, com a fixação da imunidade fiscal também para o livro eletrônico.[...]

Assim sendo o Judiciário guardião da constituição, tem-se que com o julgamento do RE 330.817/RJ cumpriu com o papel de retirar qualquer entrave interpretativo que restringia a realização de direitos fundamentais consagrados e ergueu decisão favorável à promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 6 Conclusão

Diante da transformação de paradigmas na divulgação de informações, pensamentos e ideias, marcada pela evolução do suporte físico impresso em papel para o digital, torna-se imprescindível realizar a interpretação da norma constitucional de maneira a atualizá-la a nova realidade, considerando englobado no conceito de livro, a sua nova versão, qual seja, a eletrônica.

É desse modo que se percebe a aplicação da imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da CF/1988, que alberga sob sua proteção os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, com a precípua finalidade de garantir valores fundantes do Estado Democrático de Direito, baseados na liberdade de expressão, manifestação do pensamento e da opinião, direito à informação, à educação e à cultura.

Nesse sentir, sendo os livros, veículos de divulgação de ideias, não interessa seu suporte, se papel ou digital, para que seja alcançado pela norma imunizante que, ressalte-se, não protege o livro, enquanto objeto, mas enquanto valor. Disso decorre que qualquer suporte que cumpra a finalidade específica de difusão de conhecimento deve estar albergado pela imunidade.

[...]

<sup>54</sup> Lei 12.305

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

[...]

Necessário, portanto, que as interpretações histórico-evolutiva, teleológica e sistemática da norma constitucional sejam exercidas para que se incorpore no conceito de livro, suas exteriorizações mais modernas, sejam eletrônicas ou outras que venham a surgir, de maneira que o direito não se quede estático e anacrônico, deixando de exercer seu papel fundamental de garantir as liberdades individuais.

Desta feita, conforme decidido pelo STF no RE 330.817/RJ, a aplicação da imunidade tributária do art. 150, VI, *d*, da CF/1988, como cumprimento de sua ínsita finalidade de garantir a liberdade de expressão, a difusão de conhecimentos, a democratização de conhecimento, mostra-se imperativa.

Ademais, a imunidade estendida aos livros eletrônicos, partindo, justamente, da interpretação sistemática, alinhada com os objetivos da República Federativa do Brasil, realiza a promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como determinação constitucional a ser incorporada nas atividades econômicas e sociais, vez que atua com responsabilidade no gerenciamento da matéria-prima e seu posterior descarte.

### Referências<sup>55</sup>

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. São Paulo: Método, 2011.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. Imunidade do livro eletrônico: visão da Fazenda Pública. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3497, 27 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23544>>. Acesso em: 4 maio 2017.

Associação Brasileira de Celulose e Papel (Balcepa). *Relatório de Sustentabilidade 2010*. Disponível em: [http://bracelpa.org.br/bra2/sites/default/files/public/relsustenta/Bracelpa\\_PDF\\_Navegavel\\_PORT\\_Final.pdf](http://bracelpa.org.br/bra2/sites/default/files/public/relsustenta/Bracelpa_PDF_Navegavel_PORT_Final.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2016

AYDOS, Elena Lemos Pinto. *Tributação ambiental no Brasil: fundamentos e perspectivas*. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BORGES, José Souto Maior. Imunidade tributária dos produtos de informática. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 24, caderno 1, 1996.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Isonções Tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado: 1988.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Importação de Bíblias em Fitas - sua Imunidade - Exegese do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 26.

\_\_\_\_\_. Livro Eletrônico – Imunidade tributária – Exegese do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Imunidade tributária do Livro Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO, João Pedro Antunes Lima da Fonseca. A imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos eletrônicos: Garantia de acesso ao conhecimento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4132, 24 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30375>>. Acesso em: 4 maio 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de uma teoria*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. 2. ed., rev., atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO. Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

<sup>55</sup> As referências utilizadas na formatação deste trabalho estão de acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas – NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos. Rio de Janeiro, 2011.

- FAVHINETTO, Elaine Arbusti. *O Hipertexto e as Práticas de Leitura*. 2005. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/letras/coloquios/ii/hipertexto\\_praticas.pdf](http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/letras/coloquios/ii/hipertexto_praticas.pdf)>. Acesso em: 5 maio 2017.
- FERRAZ, José Maria Gusman. *O papel nosso de cada dia*. Disponível em: <[http://webmail.cnpma.embrapa.br/down\\_hp/408.pdf](http://webmail.cnpma.embrapa.br/down_hp/408.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2016.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- "Livro". Def. 1 e 2. *Dicionário de Português Michaelis*. 2009. online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=livro>>. Acesso em: 27 maio 2017.
- MACHADO, Hugo de Brito; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. Imunidade tributária do livro eletrônico. *Revista Jus Navigandi, Teresina*, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1809>>. Acesso em: 4 maio 2017.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. vol. 6, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MARTINS, Wilson. *A palavra escrita – história do livro, da imprensa e da biblioteca*. São Paulo: Ática, 1996.
- MIRANDA, Roselane Estela dos Santos de. *Impactos Ambientais decorrentes dos resíduos gerados na produção de papel e celulose*. Monografia. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2008.
- MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. In: *Imunidades Tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 1998.
- NEGÓCIO, Carla Daniela Leite; CASTILHO, Ela Wiecko Volkner. Meio Ambiente e desenvolvimento: uma interface necessária. *Direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- OLIVEIRA, Felipe Daudt. *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. São Paulo: Atlas, 2003.
- PIRAÍNO, Adriana; ESTRELLA, Ângela Teresa Gobbi; MARTINS, Natascha Machado Fracalanza. Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imunidades Tributárias. Pesquisas Tributárias*. Nova Série. Nº 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Imunidade Tributária. In: *Imunidades tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 1998.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOUZA, Ionete de Magalhães. Imunidade tributária e "livro eletrônico". *Informativo Jurídico Consulex*. Ano XVI, n. 26, jul/2002.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 4 de maio 2017.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TORRES, Heleno Taveira; GARCIA, Vanessa Nobell. Tributação e Imunidade dos Chamados "Livros Eletrônicos". In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. Imunidade tributária nos produtos de informática. In: YAMASHITA, Fugimi (coord.). *Livro de Apoio do 5º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário*. São Paulo: IOB, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Vol. III: Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VESPERO, Regina Celi Pedrotti. *A imunidade tributária do artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal e o denominado livro eletrônico (CDROM, DVD, disquete etc.)*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/imunidade.htm>>. Acesso em: 4 maio 2017.

## Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos\*

Flávia Piovesan\*\*

### 1 Introdução

Considerando o processo de afirmação dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial, como compreender a emergência de um constitucionalismo transformador latino-americano? Qual tem sido o alcance do diálogo deste constitucionalismo transformador com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos? Em que medida o sistema interamericano tem tido a força catalisadora de impactar e fortalecer a proteção de direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial? Quais são os principais desafios e potencialidades para avançar na implementação dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial na região?

São estas as questões centrais a inspirar o presente estudo, que tem por objetivo maior focar os direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial no constitucionalismo transformador

\* Um especial agradecimento é feito à Alexander von Humboldt Foundation pela fellowship que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual. Este artigo tem como base a conferência “Diversidade Étnico-Racial, Constitucionalismo Transformador e o Impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, proferida no colóquio internacional “Epistemologias do Sul”, em Coimbra, de 10 a 12 de julho de 2014. Este artigo foi desenvolvido no âmbito do projeto de investigação ALICE, espelhos estranhos, lições imprevistas, coordenado por Boaventura de Sousa Santos (alice.ces.uc.pt) no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra – Portugal. O projeto recebe fundos do Conselho Europeu de Investigação, 7º Programa Quadro da União Europeia (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement n. [269807].

\*\* Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). *Visiting fellow* do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000). *Visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), *visiting fellow* do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; e 2015). De 2009 a 2014 foi *Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow* no Max Planck Institute (Heidelberg). Foi membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

latino-americano, sob o impacto de um diálogo emancipatório com o sistema interamericano, no marco do multiculturalismo contemporâneo.

### 2 Direitos humanos, diversidade étnico-racial e constitucionalismo transformador latino-americano

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores<sup>1</sup>, compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para parafrasear Luigi Ferrajoli<sup>2</sup>, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica. O “*victim centric approach*” é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos — toda ela destinada a conferir a melhor e mais eficaz proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. A diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer

<sup>1</sup> Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p. 7.

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338.

dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância. Como leciona Amartya Sen, “*identity can be a source of richness and warmth as well as of violence and terror*”<sup>3</sup>.

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. Neste sentido, o Direito rompe com a indiferença às diferenças.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “*todos são iguais perante a lei*” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora:

O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. [...]

Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status. [...]<sup>4</sup>

Há, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade<sup>5</sup>. Atente-se que esta feição bidimensional da justiça mantém uma relação dinâmica e dialética, ou seja, os dois termos relacionam-se e interagem mutuamente, na medida em que a discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação.

Ainda Boaventura acrescenta:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade

<sup>3</sup> Amartya Sen, *Identity and Violence: The illusion of destiny*, New York/London, W.W.Norton & Company, 2006, p. 4.

<sup>4</sup> Afirma Nancy Fraser: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não consegue tomar um taxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Neste caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo”. (Nancy Fraser, *Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia*, In: Unesco, *Informe Mundial sobre la Cultura*, 2000-2001, pp.55-56). Ver ainda da mesma autora o artigo *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age* em seu livro *Justice Interruptus. Critical reflections on the “Postsocialist” condition*, NY/London, Routledge, 1997. Sobre a matéria, consultar Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, *The politics of recognition*, in: Charles Taylor et. al., *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; Amy Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

<sup>5</sup> A respeito, ver Boaventura de Souza Santos, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56. Ver ainda do mesmo autor *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*, op. cit., pp. 429-461.

que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades [...]»<sup>6</sup>.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a adoção de novos marcos jurídicos constitucionais, com forte carga simbólica e ideológica, demarcando, de um lado, a transição democrática e, por outro, a institucionalização e a expansão de direitos humanos. Também com a democratização é fomentada a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

As constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjugase o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os

direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no art. 5º, § 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no art. 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os Poderes Públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no art. 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país. Acrescente-se a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (arts. 13, IV, e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (art. 424), adicionando que serão aplicados os princípios pro ser humano, de

<sup>6</sup> Ver Boaventura de Souza Santos, op. cit.

não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (art. 416).

A tendência do constitucionalismo latino-americano de contemplar cláusulas constitucionais abertas a permitir a interação entre das ordens local, regional e global em matéria de direitos humanos — emprestando aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada — reflete, sobretudo, uma mudança paradigmática a impactar a cultura jurídica latino-americana.

Três eram as principais características a demarcar o paradigma tradicional no qual se fundava a cultura jurídica latino-americana: 1) a pirâmide jurídica com a Constituição em seu ápice, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen (a basear um sistema jurídico endógeno e autorreferencial — não obstante Kelsen fosse na realidade defensor do monismo com primazia do Direito Internacional); 2) o hermetismo de um direito “purificado”, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do direito); e 3) o chamado “*State approach*” ou “*State centered perspective*” — prisma que abarcava como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte principe*”, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, para parafrasear Norberto Bobbio<sup>7</sup>.

Emerge, todavia, um novo paradigma a orientar a cultura jurídica latino-americana, em plena consonância com a ordem jurídica global e regional. Este novo paradigma adota três características essenciais: 1) o trapézio jurídico com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice (com a abertura da Constituição aos parâmetros protetivos mínimos referentes à proteção da dignidade humana); 2) a gradativa permeabilidade do direito — agora “impuro” –, marcado pelo diálogo do ângulo interno normativo com o ângulo externo (delineando, assim, um trapézio “com poros”, a fomentar o diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade mediante pontes de comunicação com outros saberes e diversos atores sociais); 3) o chamado “*human rights approach*” ou “*human centered*

*perspective*” — que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte populi*”, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, como leciona Norberto Bobbio<sup>8</sup>.

Logo, é neste contexto — marcado pela emergência deste novo paradigma jurídico a impactar as Constituições latino-americanas contemporâneas — que se insere o desafio do constitucionalismo latino-americano de avançar na proteção dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial.

No que se refere à proteção dos direitos à igualdade e à diferença, os Estados latino-americanos ratificaram os principais tratados de direitos humanos da ONU e da OEA voltados ao combate à discriminação, assumindo a obrigação jurídica de promover a igualdade e eliminar a discriminação.

As constituições latino-americanas consagram a cláusula geral da igualdade e da proibição da discriminação. De forma explícita, constituições latino-americanas reconhecem e protegem a diversidade étnico-racial como um valor fundamental de uma nação caracterizada como “multiétnica e pluricultural”. Neste sentido, cabe destaque, dentre outras, à Constituição da Bolívia de 2009, que no art. 14, ao assegurar o direito à igualdade e à proibição da discriminação, prescreve o dever do Estado de respeitar e proteger tais direitos, reconhecendo explicitamente a Bolívia como um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, fundado na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico. Na mesma direção, a Constituição do Equador de 2008 consagra a cláusula da igualdade e da proibição da discriminação, no marco de um Estado constitucional de direitos e justiça, unitário,

<sup>7</sup> Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1988.

<sup>8</sup> Sobre o tema, ao realçar o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroida a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”. (Prefácio ao livro de José Augusto Lindgren Alves, *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo: ed. Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. XXVI).

intercultural e plurinacional (arts. 1 e 3). A Constituição da Colômbia de 1991, reconhece e protege, no art. 7º, a diversidade étnica e cultural da nação colombiana. Adiciona o dever do Estado de promover condições para a igualdade real e efetiva, adotando medidas favoráveis aos grupos historicamente discriminados. Por sua vez, a Constituição do Peru endossa o princípio da igualdade e da não discriminação (art. 2º), realçando o direito à identidade étnica e cultural, cabendo ao Estado reconhecer e salvaguardar a pluralidade étnica e cultural da nação.

Sob o prisma étnico-racial, importa realçar que, de acordo com o International Development Bank<sup>9</sup>, a população afrodescendente corresponde a aproximadamente 25% da população latino-americana. No que se refere à população indígena, estima-se corresponder a 8% da população latino-americana. Indicadores sociais demonstram o sistemático padrão de discriminação, exclusão e violência a acometer as populações afrodescendentes e indígenas na região, sendo que mulheres e crianças são alvo de formas múltiplas de discriminação (*overlapping discrimination*). Conclui-se, assim, que em média 33% da população latino-americana enfrenta um grave padrão de violação a direitos. Note-se, ainda, que a América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda<sup>10</sup>.

Considerando o modo pelo qual o constitucionalismo latino-americano incorpora o valor da diversidade étnico-racial, bem como adota instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, transita-se à análise do impacto do sistema interamericano na região.

### 3 Direitos humanos, diversidade étnico-racial e impacto do sistema interamericano

A América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo. A pobreza na região diminuiu do patamar de 48,3% a 33,2%, no período de 1990 e 2008. Cinco dos dez países mais desiguais do mundo estão na América Latina, dentre eles o Brasil<sup>11</sup>.

Não bastando o acentuado grau de desigualdade, a região ainda se destaca por ser a mais violenta do mundo. Concentra 27% dos homicídios, tendo apenas 9% da população mundial. Dez dos vinte países com maiores taxas de homicídio do mundo são latino-americanos<sup>12</sup>.

Na pesquisa Latinobarometro 2013 sobre o apoio à democracia na América Latina, embora 56% dos entrevistados considerarem a democracia preferível a qualquer outra forma de governo, a resposta afirmativa encontra no Brasil o endosso de apenas 49% e no México 37%. De acordo com a pesquisa, 31% consideram que pode haver democracia sem partidos políticos e 27% consideram que a democracia pode funcionar sem Congresso Nacional.<sup>13</sup>

A região latino-americana tem assim sido caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/77CB8B581CD0E1F541256ABE002FD897?opendocument>>.

<sup>10</sup> De acordo com o ECLAC: "Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade." (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. Disponível em: <<http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt>>.

<sup>11</sup> Marta Lagos e Lucía Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p. 3.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Latinobarómetro, Informe 2013, Santiago do Chile, 28 de outubro de 2013.

à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente<sup>14</sup>. O sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado.

É neste cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalisadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, vislumbra-se emblemática jurisprudência protetiva dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial, com especial ênfase aos direitos dos povos indígenas.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001)<sup>15</sup>, em que a Corte reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade

e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso — caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005)<sup>16</sup> —, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai (2010)<sup>17</sup>, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (arts. 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e

<sup>14</sup> Como observa Thomas Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). Em 2012, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>. Acesso em: 6 jan. 2012.)

<sup>15</sup> Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Inter-American Court, 2001, Ser. C, n. 79.

<sup>16</sup> Yakye Axa Community vs. Paraguay, Inter-American Court, 2005, Ser. C, n. 125.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C n. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)<sup>18</sup>, a Corte Interamericana condenou o Estado do Equador pela afronta aos direitos à consulta prévia, à propriedade comunitária<sup>19</sup> e à identidade cultural (arts. 21, 1º e 2º da Convenção Americana), dentre outros. No caso houve a permissão do Estado a empresas petrolíferas para a realização de atividades de exploração de petróleo no território dos povos indígenas Sarayaku, sem consulta prévia e sem o seu consentimento, o que veio a colocar em risco os direitos à vida, à subsistência, à circulação e à expressão cultural daqueles povos. Ao motivar a sentença, a Corte Interamericana destacou a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas de 2007, bem como a jurisprudência do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Recomendação Geral 17/2005). Incorporou, ainda, precedentes judiciais em matéria indígena da Corte Constitucional Colombiana (sentença C-169/01), no que se refere ao direito à consulta prévia dos povos indígenas, bem como ao pluralismo, emprestando também destaque às Constituições da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Peru e do Chile.

Com base em uma interpretação sistemática e cosmopolita, a Corte Interamericana adota como referência interpretativa o Direito Internacional dos Direitos Humanos (compreendendo o sistema global e os sistemas regionais europeu, interamericano e africano), com forte alusão ao Direito Comparado e especialmente aos sistemas jurídicos latino-americanos. Sentenças paradigmáticas da Corte Interamericana em matéria de direitos dos povos indígenas têm realizado o diálogo regional-local, com ênfase nos marcos constitucionais latino-americanos, bem como na jurisprudência de

Cortes latino-americanas. Com isto, o sistema interamericano — norteado pelo chamado “controle da convencionalidade” — vê-se crescentemente legitimado em suas decisões, por meio do diálogo regional-local.

Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com o sistema global (mediante a incorporação de parâmetros protetivos de direitos humanos); o diálogo com os sistemas regionais; o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade); e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social). Para este estudo especial ênfase será conferida ao diálogo da Corte Interamericana com os sistemas nacionais e com a sociedade civil.

A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”. De um lado, despontam constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*. Por outro lado, o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do art. 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio *pro ser humano*.

Cláusulas de abertura constitucional e o princípio *pro ser humano* inspirador dos tratados de direitos humanos compõem os dois vértices — nacional e internacional — a fomentar o diálogo em matéria de direitos humanos.

Ao adotar uma interpretação sistemática, holística e integral do Direito dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana busca emprestar legitimidade social aos seus julgados, com amplo, sólido e consistente amparo no diálogo multinível. Deste modo, a Corte se consolida como uma Corte Constitucional regional com a competência centrada na proteção dos direitos

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 27 de junho de 2012.

<sup>19</sup> Note-se que, em 20 de novembro de 2013, no caso das Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Rio Cacarica vs. Colômbia, a Corte Interamericana condenou o Estado da Colômbia, por afronta aos direitos à vida, à integridade pessoal e à propriedade coletiva dos membros da comunidade afrodescendente desplazada de la cuenca del Rio Cacarica, dentre outros direitos. Uma vez mais, endossou o alcance coletivo da propriedade, re-significando o art. 21 da Convenção Americana, a favor de comunidades afrodescendentes.

humanos, construindo sua jurisprudência com base no diálogo com os Estados latino-americanos, seus marcos jurídicos e jurisprudenciais. Em 2011 pesquisas apontam que 80% das sentenças de fundo emitidas pela Corte encontravam-se cumpridas.<sup>20</sup>

Adicione-se, ainda, o profícuo diálogo do sistema interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente empoderamento. O sistema enfrenta o paradoxo de sua origem — nasceu em um ambiente marcado pelo arbítrio de regimes autoritários com a expectativa estatal de seu reduzido impacto — e passa a ganhar credibilidade, confiabilidade e elevado impacto. A força motriz do sistema interamericano tem sido a sociedade civil organizada por meio de um transnational network, a empreender exitosos litígios estratégicos.

Cabe realce à crescente transparência e publicidade das sessões da Corte, bem como ao componente participativo-democrático do sistema interamericano como um elemento central a assegurar a legitimação social da Corte.

A ativa participação da vítima e de organizações não governamentais nos processos junto à Corte<sup>21</sup>, por vezes mediante um *international network* a aliar vítimas, ONGs locais e internacionais<sup>22</sup>, vem a simbolizar a importância do componente democrático a crescer legitimação social à Corte Interamericana.

Por fim, merece destaque a Convenção Interamericana contra o Racismo e a Discriminação Racial, adotada pela OEA, em 5 de junho de 2013. Por iniciativa do Brasil, a proposta era elaborar

um instrumento capaz de enfrentar as formas contemporâneas de racismo e de refletir as peculiaridades da região.

Dentre as tantas inovações da Convenção, a primeira atém-se à ampliação da definição de discriminação racial, que passa a compreender qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em raça que tenha o propósito ou o efeito de restringir o exercício de direitos, nas esferas pública e privada. Consequentemente, os Estados têm o dever de prevenir, proibir e punir a discriminação racial nos domínios público e privado.

Uma segunda inovação consiste no reconhecimento da discriminação indireta, como aquela medida que — embora não pareça discriminatória — tem um efeito discriminatório quando implementada. A discriminação indireta se verifica quando são tratadas de forma igual pessoas em situação diversa e de forma diversa pessoas em igual situação.

Uma terceira inovação é o especial destaque às formas múltiplas e agravadas de discriminação, a combinar os critérios de raça, gênero e outros. Por exemplo, a discriminação racial afeta homens e mulheres diversamente.

Outra inovação refere-se ao enfrentamento das formas contemporâneas de discriminação racial, enunciando o dever dos Estados de prevenir, eliminar e punir o racismo na internet, a discriminação baseada em informações genéticas, dentre outras manifestações de racismo no século XXI.

O dever dos Estados de adotar ações afirmativas traduz a quinta inovação da Convenção, ao enfatizar a necessidade de medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção da igualdade. Aqui a Convenção incorpora a jurisprudência internacional que sustenta serem as ações afirmativas não apenas legítimas, mas necessárias à realização do direito à igualdade. Tais ações permitiriam reduzir e eliminar fatores que perpetuam a discriminação, devendo ser adotadas de forma razoável e proporcional, visando à igualdade substantiva. Devem ser concebidas não apenas sob o prisma retrospectivo — como uma compensação em face de um passado discriminatório —, mas também sob o prisma prospectivo — como um instrumento voltado à transformação social.

<sup>20</sup> Pablo Alessandri Saavedra, participação no Congresso “Impacto das sentenças da Corte Interamericana: Retos en los ordenes jurídicos nacionales”, na Universidade Autônoma do México (UNAM), em 8 e 9 de dezembro de 2011.

<sup>21</sup> Neste sentido, merece destaque o art. 25 do Regulamento de la Corte sobre a participação das vítimas e de seus representantes, assegurando-lhes o direito de apresentar de forma autônoma suas solicitações, argumentos e provas. No art. 44 do Regulamento é permitido o instituto do “amicus curie”. Também merece destaque a criação de um Fundo de Assistência Legal às Vítimas.

<sup>22</sup> Na experiência brasileira, por exemplo, 100% dos casos submetidos à Comissão Interamericana foram fruto de uma articulação a reunir vítimas e organizações não governamentais locais e internacionais, com intenso protagonismo na seleção de um caso paradigmático, na litigância do mesmo (aliando estratégias jurídicas e políticas) e na implementação doméstica de eventuais ganhos internacionais. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14. ed. revista e atualizada, São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

Uma sexta inovação concerne ao dever dos Estados de que seus sistemas jurídicos e políticos possam refletir a diversidade social.

#### 4 Fortalecimento da proteção dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial: potencialidades e desafios

Considerando que a identidade latino-americana não pode dissociar-se de seu caráter multirracial, pluriétnico e multicultural, essencial é avaliar os desafios para fortalecer a proteção dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial, no marco do diálogo emancipatório entre o constitucionalismo transformador e o sistema interamericano. São lançados 7 (sete) desafios centrais visando ao fortalecimento dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial:

1) Aplicar indicadores para promover a igualdade e combater a discriminação, fomentando dados desagregados sob a perspectiva étnico-racial, gênero, idade e outras

Dados e estatísticas sobre o efetivo exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais por grupos vulneráveis são essenciais para a formulação de políticas públicas adequadas e eficazes no combate à discriminação e na promoção da igualdade.

Indicadores técnico-científicos capazes de mensurar a implementação do direito à igualdade surge como uma medida de especial relevância voltada à plena implementação deste direito.<sup>23</sup>

Além de conferir maior rigor metodológico, a utilização de indicadores permite realizar o *human rights impact assessment* em relação às políticas, programas e medidas adotadas pelo Estado, permitindo a *accountability* com relação às obrigações contraídas pelo Estado no âmbito internacional e doméstico em matéria de direitos humanos. Fomenta, ainda, a geração de dados, estatísticas e informações, que compõe a base sólida para a composição de um preciso diagnóstico sobre os direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial. Fundamental, neste

sentido, é gerar dados desagregados compreendendo os critérios de gênero, raça, etnia, idade, orientação sexual, dentre outros — o que permitirá aliar políticas especiais às políticas universalistas.

Por meio da utilização de indicadores é possível identificar avanços, retrocessos e inações dos Poderes Públicos em matéria da promoção da igualdade e do combate à discriminação. É condição para compor um diagnóstico preciso do enquadramento das ações e inações públicas no marco dos direitos humanos, permitindo um balanço crítico de programas e medidas implementadas.

A partir de um diagnóstico preciso é possível identificar prioridades e estratégias visando ao aprimoramento da realização de direitos humanos, o que poderá compreender uma melhor e mais eficaz interlocução dos Poderes Públicos, mediante arranjos interinstitucionais orientados à construção da igualdade e ao combate à discriminação racial na região, visando à transformação social.

2) Promover a igualdade mediante ações afirmativas, fortalecendo a ótica promocional do Direito

A fim de evitar que os impactos discriminatórios se perpetuem e posterguem no tempo, sob a perspectiva da igualdade material, políticas estatais neutras poderão ser fonte geradora de discriminação indireta. Isto porque, ainda que aparentemente não discriminatórias, seus efeitos poderão manter, perpetuar e até mesmo exacerbar uma discriminação<sup>24</sup>. Daí a necessidade de um protagonismo estatal,

<sup>23</sup> A respeito, consultar o documento "Indicadores de progreso para medicion de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSSI/doc.2/11, 11 de março de 2011. Ver, ainda, *report do UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators - A/HRC/15/WG.2/TF/2*. Add 2.

<sup>24</sup> Nos termos da Recomendação Geral 26 (2005) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "*Indirect discrimination occurs when a law, policy or programme does not appear to be discriminatory, but has a discriminatory effect when implemented. This can occur, for example, when women are disadvantaged compared to men with respect to the enjoyment of a particular opportunity or benefit due to pre-existing inequalities. Applying a gender-neutral law may leave the existing inequality in place, or exacerbate it*". No mesmo sentido, afirma o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: "*The Committee observes that a law which is applied in a neutral manner may have a discriminatory effect when the particular circumstances of the individuals to whom it is applied are not taken into consideration. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention can be violated when States, without objective and reasonable justification, fail to treat differently persons whose situations are significantly different*". Ver *Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRDP), Communication 3/2011, H. M. v. Sweden, Subject matter – Refusal to grant building permission for the construction of a hydrotherapy pool for the rehabilitation of a person with a physical disability on grounds of incompatibility of the extension in question with the city development plan (CRDP/C/7/D/3/2011)*.

orientado pelo dever do Estado de respeitar (não violar direitos), proteger (não permitir que terceiros, atores não estatais, violem direitos) e implementar direitos humanos (adotando todas as medidas legislativas, executivas e judiciais necessárias).

No tocante ao dever de implementar direitos humanos situam-se as ações afirmativas, consideradas como medidas não apenas legítimas, mas necessárias pela jurisprudência da Corte Interamericana<sup>25</sup> e pelos Comitês da ONU<sup>26</sup> para a implementação do direito à igualdade. Representam, assim, medidas idôneas, razoáveis, objetivas e proporcionais visando a aliviar, remediar e transformar o legado de um passado discriminatório. Devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo — no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório —, mas também prospectivo — no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade, sob a inspiração do direito à igualdade material e substantiva. Atente-se que os instrumentos de alcance especial, tanto do sistema global, como do sistema regional interamericano, expressamente admitem a adoção de ações afirmativas<sup>27</sup>.

Faz-se emergencial ao constitucionalismo latino-americano reforçar o dever dos Estados de adotar políticas afirmativas a fim de promover a igualdade, favorecendo, sobretudo, os grupos mais vulneráveis.

Importa, ainda, reconhecer que determinados grupos são alvo de múltiplas formas de discriminação, em decorrência da conjugação de fatores discriminatórios resultando na chamada *“overlapping discrimination”*.<sup>28</sup> Cabe salientar que a Recomendação Geral XXV do Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial alia a perspectiva racial à de gênero. Sob esta ótica, o Comitê entende que a discriminação racial atinge de forma diferenciada homens e mulheres, já que práticas de discriminação racial podem ser dirigidas a certos indivíduos especificamente em razão do seu sexo, como no caso da violência sexual praticada contra mulheres de determinada origem étnico-racial.

### 3) Combater e punir a discriminação, fortalecendo a ótica repressiva do Direito

Uma especial atenção merece ser conferida à prevenção, punição e erradicação da discriminação, não apenas na esfera pública, como também na esfera privada, com especial ênfase nas múltiplas formas de discriminação. Um universo significativo de Constituições latino-americanas consagra a cláusula da proibição da discriminação. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, ineditamente, estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, adicionando ser a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível — o que foi regulamentado pela Lei 7.716 adotada em 1989. No Peru, a Lei 27.270 promulgada em 2000 tipifica

destacam-se: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (art. 1º, § 4º); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (art. 4º, § 1º); a Recomendação Geral XIV do Comitê CERD; as Recomendações Gerais XVIII e XXIII do Comitê de Direitos Humanos; as Recomendações Gerais 16 e 20 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e as Recomendações Gerais V e XXV do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

<sup>28</sup> Como define a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e outras formas de Intolerância, adotada pela OEA em 5 de junho de 2013: *“Multiple or aggravated discrimination is any preference, distinction, exclusion, or restriction based simultaneously on two or more of the criteria set forth in Article 1.1, or others recognized in international instruments, the objective or result of which is to nullify or curtail, the equal recognition, enjoyment, or exercise of one or more human rights and fundamental freedoms enshrined in the international instruments applicable to the States Parties, in any area of public or private life.”*

<sup>25</sup> A Corte Interamericana estabeleceu que os Estados têm a obrigação de adotar medidas positivas para reverter ou transformar situações discriminatórias existentes em determinadas sociedades que causem violação a certos grupos de pessoas (Inter-American Court of Human Rights, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, 17 September, 2003, Series “A”, nº 18, paragraph 104). Em outra opinião, realçou a Corte Interamericana: *“not all differences in legal treatment are discriminatory as such, for not all differences in treatment are in themselves offensive to human dignity”. In order to determine whether a given differentiation in treatment is arbitrary, the Court questions whether it is legitimate, idoneous, necessary and proportional.* (Inter-American Court of Human Rights, *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84, 19 January, 1984, Series “A”, nº 4, paragraph 55.)

<sup>26</sup> Sobre a matéria, a Recomendação Geral16 (2005) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observa que: *“the principles of equality and non-discrimination, by themselves, are not always sufficient to guarantee true equality. Temporary special measures may sometimes be needed in order to bring disadvantaged or marginalized persons or groups of persons to the same substantive level as others”*. No mesmo sentido, a Recomendação Geral20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais enfatiza: *“In order to eliminate substantive discrimination, States parties may be, and in some cases are, under an obligation to adopt special measures to attenuate or suppress conditions that perpetuate discrimination. Such measures are legitimate to the extent that they represent reasonable, objective and proportional means to redress de facto discrimination and are discontinued when substantive equality has been sustainably achieved.”*

<sup>27</sup> Dentre os parâmetros normativos internacionais que demandam a adoção de ações afirmativas para o alcance da igualdade material,

como crime a discriminação, prevendo a punição para atos discriminatórios com base na raça, etnia, religião e gênero. Na Argentina, a Lei 23.592 consagra medidas antidiscriminatórias, contemplando a reparação por danos morais e materiais causados.

Como o fenômeno do racismo<sup>29</sup> tem uma dinâmica capacidade de renovar-se permitindo assumir a diferentes formas de expressão nos campos político, social, cultural e linguístico, há o desafio adicional de implementar o direito à igualdade enfrentando as formas contemporâneas de racismo, como o racismo na internet, nos esportes, na mídia, bem como a discriminação baseada em informação genética, dentre outras formas.

#### 4) Fomentar uma cultura jurídica orientada pela implementação dos parâmetros protetivos internacionais e pelo controle da convencionalidade das leis

Além da recepção privilegiada de tratados de direitos humanos pelo constitucionalismo latino-americano, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de que incorpore os parâmetros protetivos internacionais em matéria de promoção da igualdade e de combate à discriminação.

Essencial ainda é avançar na realização do chamado controle da convencionalidade das leis, adotando os parâmetros protetivos internacionais como guias interpretativos a impactar a atuação dos Poderes Públicos.

O controle de convencionalidade das leis contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial. Como este estudo pode evidenciar, há uma sólida jurisprudência fomentada pela Corte Interamericana acerca do direito à igualdade, conferindo proteção especial a grupos vulneráveis com base no direito à identidade, merecendo destaque o

amplo repertório de decisões a respeito da proteção aos direitos dos povos indígenas.

#### 5) Avançar no diálogo entre jurisdições

A abertura da ordem local ao diálogo com outras jurisdições e com o sistema internacional de proteção é uma medida estratégica para avançar na proteção dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial no contexto latino-americano.

De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção do direito à igualdade e ao combate à discriminação. Também relevante seria identificar as *best practices* em matéria de promoção da igualdade e proibição da discriminação, estimulando sua adoção, com os ajustes necessários considerando as especificidades e particularidades de cada país.

Por outro, essencial é a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, como fator a dinamizar a interpretação cosmopolita voltada a assegurar com maior efetividade o direito à igualdade étnico-racial e a proibição da discriminação na região.

Fundamental é avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, para assegurar a maior efetividade possível aos direitos à igualdade e à diferença sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

#### 6) Promover o valor da diversidade, mediante programas educativos e campanhas de sensibilização

Essencial também é a adoção de políticas públicas inspiradas na promoção do valor da diversidade, capazes de expressar a natureza pluriétnica, multirracial e multicultural da região latino-americana. O valor da diversidade há de ser densificado no marco do constitucionalismo latino-americano.

Há que assegurar o direito à diversidade existencial, sem discriminação, hostilidade e intolerância, a compor uma sociedade revitalizada e enriquecida pelo respeito à pluralidade e diversidade, celebrando o direito à diferença, na busca da construção igualitária e emancipatória de direitos.

<sup>29</sup> Para a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e outras formas de Intolerância, adotada pela OEA em 5 de junho de 2013: "*Racism consists of any theory, doctrine, ideology, or sets of ideas that assert a causal link between the phenotypic or genotypic characteristics of individuals or groups and their intellectual, cultural, and personality traits, including the false concept of racial superiority. [...] Racism leads to racial inequalities, and to the idea that discriminatory relations between groups are morally and scientifically justified*".

### 7) Assegurar a diversidade e o pluralismo nos sistemas políticos e legais

Por fim, cabe assegurar a diversidade e o pluralismo nos sistemas políticos e sociais, com a maior visibilidade e empoderamento de populações afrodescendentes e povos indígenas.

## 5 Conclusão

A América Latina é caracterizada por sociedades multiétnicas e multirraciais, marcadas por desigualdades estruturais e pela etnicização e feminização da pobreza, a alcançar sobretudo povos indígenas e afrodescendentes, sofrendo as mulheres formas múltiplas e agravadas de discriminação.

A título ilustrativo, sob os prismas étnico-racial, estudos e pesquisas indicam que, na Bolívia, os povos indígenas representam 62% da população do país, sendo que 74% destes povos vivem na pobreza. No Brasil, a população afrodescendente representa 51% da população do País, constituindo, contudo, 70% dos pobres e 71% das pessoas vivendo na extrema pobreza. No Chile, a incidência da pobreza é significativamente superior em relação aos povos indígenas (35.6%), se comparada com os não indígenas (22.7%). Na Colômbia, os afrocolombianos constituem 26% da população, sendo que 76% deles enfrentam a pobreza extrema. No Peru, a povos indígenas representam 45% da população, vivendo nas áreas mais pobres, sem acesso a serviços públicos básicos. No Uruguai, os afrodescendentes são 9,1% da população, metade deles vive abaixo da linha da pobreza, ao passo que os povos indígenas constituem 3,8% da população, 32% deles vivendo abaixo da linha da pobreza.<sup>30</sup>

Constituições latino-americanas explicitamente protegem o valor da diversidade étnico-racial como um valor fundamental de nações pluriétnicas e multirraciais, como é o caso das Constituições da Bolívia, Equador, Colômbia e Peru.

Ao contemplar cláusulas de abertura constitucional, as constituições latino-americanas dialogam ainda com o sistema regional interamericano, sob a inspiração do princípio da prevalência da

dignidade humana e do princípio “*pro persona*”. Por sua vez, a Corte Interamericana, mediante interpretação dinâmica e evolutiva, ao proteger os direitos dos povos indígenas, endossa o direito ao respeito à sua identidade cultural específica e singular. Revisita o direito de propriedade privada (enunciado no art. 21 da Convenção Americana) para assegurar o direito de propriedade coletiva e comunal da terra, como base da vida espiritual e cultural dos povos indígenas, bem como de sua própria integridade e sobrevivência econômica. Assegura o direito à consulta prévia, adequada, informada e efetiva às comunidades indígenas quando da adoção de medidas que afetem seu destino. Avança na configuração dos danos espirituais (para além dos danos materiais e morais), à luz da dimensão temporal da existência humana e da responsabilidade dos vivos para com os mortos. Revisita, ainda, o direito à vida, acenando à sua aceção lata, para esclarecer que não se limitaria apenas à proteção contra a privação arbitrária da vida, mas demandaria medidas positivas em prol de uma vida digna.

Sob a perspectiva dos direitos humanos e da diversidade étnico-racial, considerando o constitucionalismo transformador latino-americano e o impacto do sistema interamericano, faz-se essencial combater a discriminação racial e promover a igualdade, conferindo especial proteção aos povos afrodescendentes e indígenas no contexto latino-americano.

O combate à discriminação demanda medidas que propiciem a conscientização e sensibilização dos diversos atores sociais — com especial ênfase aos agentes públicos — relativamente ao valor da diversidade, possibilitando a transformação cultural. Cabe aos Estados o dever de reconhecer o legado discriminatório da região, particularmente opressivo aos povos afrodescendentes e indígenas, de modo a focar na importância do combate à discriminação e na promoção da igualdade, tendo como maior beneficiária a sociedade como um todo. O valor da diversidade, aliado aos direitos à igualdade e à diferença, invoca a transição de uma igualdade geral e abstrata para um conceito plural de dignidades concretas.

Faz-se fundamental avançar na implementação do caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas

<sup>30</sup> Ver Flávia Piovesan, Daniela Ikawa and Akemi Kamimura, *Review of Legislative Measures at Regional and National Level for Prevention and Protection against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (2000-2007)*, UN High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2007.

estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural<sup>31</sup>.

Devem os Estados implementar as reformas institucionais necessárias a fim de que seus sistemas políticos e jurídicos sejam capazes de refletir de forma apropriada a diversidade e a pluralidade existente

nas sociedades. Essencial é avançar na reforma do Estado assegurando a devida participação e a justa representação de populações historicamente invisibilizadas. As demandas por redistribuição, reconhecimento e representação devem ser integradas de forma equilibrada<sup>32</sup>.

Fortalecer a proteção do valor da diversidade étnico-racial, realçando os princípios da igualdade e da proibição da discriminação, surge como pressuposto e condição para a afirmação do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos na região, sob o imperativo ético da luta emancipatória por direitos e por justiça.

<sup>31</sup> Ver Nancy Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age* em seu livro *Justice Interruptus. Critical reflections on the "Postsocialist" condition*, NY/London, Routledge, 1997; Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, *The politics of recognition*, in: Charles Taylor et. al., *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; e Amy Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

<sup>32</sup> Consultar Nancy Fraser, "Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação". *Revista de Estudos Feministas*, vol. 15, n. 2. Florianópolis, Mai-ago, 2007. Para Nancy Fraser: "representação não é apenas uma questão de assegurar voz política igual a mulheres em comunidades políticas já constituídas. Ao lado disso, é necessário reenquadrar as disputas sobre justiça que não podem ser propriamente contidas nos regimes estabelecidos. Logo, ao contestar o mau enquadramento, o feminismo transnacional está reconfigurando a justiça de gênero como um problema tridimensional, no qual redistribuição, reconhecimento e representação devem ser integrados de forma equilibrada". (op. cit., p. 305). Consultar também Nancy Fraser, "Reframing Justice in A Globalizing World." *New Left Review*, v. 36, 2005, pp. 69-88.

# Ação rescisória baseada em violação de norma jurídica

Luiz Guilherme Marinoni

## 1 Violar manifestamente norma jurídica

### 1.1 Da violação de literal disposição de lei à violação de norma jurídica

O art. 485, V, do código de 1973 afirmava que a decisão de mérito podia ser rescindida em caso de violação de “*literal disposição de lei*”. A norma correspondente do Código de Processo Civil de 2015 — art. 966, V — diz que a decisão de mérito pode ser rescindida quando “*violiar manifestamente norma jurídica*”.

Salta aos olhos da comparação entre os dois artigos a relação entre “*literal disposição de lei*” e “*norma jurídica*”. Seria possível imaginar que o legislador aludiu a “*norma jurídica*” para evidenciar que a ação rescisória não é cabível apenas em caso de violação de lei, mas também na hipótese de violação de princípio ou de norma consuetudinária. Essa ideia não é apenas simplista, mas antes de tudo reducionista da complexidade de uma questão teórica da mais alta importância.

A comparação entre “*literal disposição de lei*” e “*norma jurídica*” permite uma íntima relação da norma do inciso V do art. 966 com a evolução da teoria da interpretação. Seria muito improdutivo, em termos de aperfeiçoamento do direito, alterar a legislação processual sem libertá-la de teorias jurídicas ultrapassadas, mantendo-a refém de conceitos que não mais devem ser utilizados. A ideia de “*violação de literal disposição de lei*” é própria a uma cultura jurídica que já não mais existe, ou melhor, a uma teoria da interpretação que há muito se mostrou incapaz de dar conta da realidade da atividade do intérprete e do juiz.

Exatamente por isso, ler o inciso V do art. 966 como se apenas houvesse trocado disposição de lei por norma jurídica — ou estivesse falando de lei em sentido mais amplo — é deixar de identificar um problema teórico que nunca permitiu o uso adequado

da ação rescisória e, mais do que isso, não contribuir para o desenvolvimento do direito.

### 1.2 Violação a literal disposição de lei como fenômeno típico do “*formalismo interpretativo*”

A teoria formalista da interpretação — também chamada cognitiva — tem sustentação nos princípios do Estado legislativo, em que a tarefa do juiz submetia-se à do legislador. Para essa teoria, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva. Investiga-se para descrever. O juiz, ao interpretar, investiga o significado do texto legal e então o descreve.<sup>1</sup>

Entende-se que a “*norma jurídica*” está implícita no texto legal. O juiz interpreta para afirmar o que está gravado no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do Direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade. Ao decidir, *sempre está preso a uma norma preexistente*. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta.<sup>2</sup>

Na teoria formalista a interpretação está presa à norma que está no texto legal. A decisão é inteiramente determinada pela lei para que os valores do Estado legislativo sejam observados. A estrita aplicação da lei é o sustentáculo da segurança jurídica. Na verdade, como adverte Jerzy Wróblewski, se a interpretação judicial está vinculada à lei, a decisão consegue ser tão estável e segura quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto.<sup>3</sup>

Trata-se de posicionamento hermenêutico historicamente associado aos trabalhos da Escola da Exegese, desenvolvidos no século posterior à publicação do Código Civil francês. Nesse período,

\* Professor titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano. *Visiting Scholar* na Columbia University. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law. Advogado.

<sup>1</sup> “Secondo la teoria che converremo di chiamare ‘cognitivistica’ — ma talora della ‘formalistica’ — la quale risale alle dottrine giuridiche dell’Illuminismo, l’interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409).

<sup>2</sup> Riccardo Guastini, A interpretação: objetos, conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 139 e ss.

<sup>3</sup> Jerzy Wróblewski, Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofia del Derecho*, XVII, 1973-1974, p. 322 e ss.

motivados pela desconfiança em relação aos juízes<sup>4</sup> e amparados na ideia de respeito à vontade histórica do legislador<sup>5</sup>, os exegetas contrariaram a orientação dos redatores do Código Civil francês<sup>6</sup> e declararam que ao Judiciário caberia pronunciar as palavras da lei para dar solução aos casos.

Embora desacreditada, essa teoria ainda está presente no pensamento jurídico comum e no estilo da fundamentação das decisões judiciais. É realmente curioso o fascínio que a teoria formalista ainda exerce sobre os tribunais e alguns institutos. Adverte Riccardo Guastini que a teoria pode ser relacionada à própria corte de cassação.<sup>7</sup> Sem dúvida, caso a função das

cortes supremas seja resumida à tutela do legislador ou da lei, a sua tarefa interpretativa encontrará lugar confortável dentro do modelo formalista. Não é demais lembrar, aliás, que muito embora hoje exista consciência teórica de que a função das cortes supremas de *civil law* só pode ser a de atribuir sentido ao direito, algumas cortes supremas de países de direito altamente desenvolvido — como por exemplo a Itália — ainda tentam exercer a função que foi concebida para a cassação por aqueles que a viam a partir da teoria formalista da interpretação<sup>8</sup>.

Assim, não deve haver surpresa ao se perceber que o pensamento jurídico ainda é povoado pela ideia de que o juiz pode “violiar literal disposição de lei”, como se a lei tivesse um conteúdo — a norma — que pudesse ser determinado ou como se a interpretação “correta” pudesse declará-lo. Note-se que só é possível pensar em violação de lei ou de disposição de lei quando se supõe que a lei contém a norma que deve ser aplicada pelo juiz. Quando se admite que a interpretação tem a função de declarar ou revelar a norma preexistente ao próprio conflito, a decisão judicial que invoca a lei, mas revela e aplica outra norma, logicamente viola a lei. Portanto, o mesmo motivo que admite que se diga que a decisão, diante do formalismo interpretativo, é sujeita ao teste da verdade e da falsidade, é o que permite afirmar que a decisão pode violar a lei. Há violação da lei quando a interpretação é falsa, porque destoante da norma que sempre esteve contida na lei.

### 1.3 A interpretação como valoração e atribuição de significado

O formalismo interpretativo foi deixado para trás quando se percebeu que o texto da lei não basta para determinar a decisão judicial. Demonstrou-se

<sup>4</sup> A ideia está traduzida no parecer elaborado pelo Tribunal de Apelação Rouen, logo após a apresentação do projeto de código. Nesse documento, os juízes são chamados de flagelos destruidores da lei, que primeiro a debilitam, depois a minam pouco a pouco e finalmente usurpam os direitos: “Ces fléaux destructeurs de la loi, qui l’af faiblissent d’abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne réparaitront que trop tôt. Malheur au temps où, comme par le passé, on cherchera moins ce que dit la loi que ce qu’on lui fait dire! où l’opinion d’un homme, que le temps seul aura accrédité, balancera l’aulorité de la loi! où une erreur hasardée par l’un, et successivement adoptée par les autres, devient dra la vérité! où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs aveugles ou serviles, violentera la conscience du juge, et étouffera la voix du législateur!” (Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome Cinquième, Paris: Videcoq, 1836, p. 456).

<sup>5</sup> O respeito à vontade histórica do legislador está em Montesquieu. Em sua obra, como forma de impedir os desmandos de uma magistratura corrompida e fortemente ligada ao Antigo Regime, Montesquieu busca o direito em fatores puramente objetivos, nos quais o espaço de atuação dos juízes fica propositalmente reduzido. Ver Norberto Bobbio, *Lições de Filosofia do Direito*, trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues, São Paulo: Icone, 1995, p. 95 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26 e ss; Chaïm Perelman, *Lógica jurídica: nova retórica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 32.

<sup>6</sup> No célebre discurso proferido na apresentação do projeto de Código ao Conselho de Estado, Portalis afirmou expressamente a impossibilidade de se prever em um texto legal todas as hipóteses que seriam levadas a juízo: “*Tout simplifier est une opération sui laquelle on a besoin de s’entendre. Tout prévoir est un but qu’il est impossible d’atteindre. Il ne faut point de lois inutiles; elles affaibliraient les lois nécessaires; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d’industrie, ne saurait composer des lois aussi simples que celles d’une société pauvre ou plus réduite.* (Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, In: Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome Premier, Paris: Videcoq, 1836, p. 467).

<sup>7</sup> Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 410; Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione: Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma: Laterza, 1999, p. 321 e ss.

<sup>8</sup> “A função das Cortes de Cassação de *civil law* foram definidas, como não poderia deixar de ser, a partir de valores e pressupostos teóricos de um determinado momento histórico. A formação positivista e cognitivista de Calamandrei [autor da mais célebre obra sobre a Corte de Cassação produzida no século XX] tem íntima ligação com a ideia de ‘uniformidade’ como meio de controle da ‘exata interpretação da lei’. Ocorre que o pressuposto teórico que determinou a ideia de que a Corte Suprema se destina a controlar a ‘exata interpretação da lei’ foi completamente desgastado com o passar do tempo. Tal pressuposto está assentado na teoria formalista ou cognitiva da interpretação, que, por sua vez, é informada pelos valores do Estado legislativo” (Luiz Guilherme Marinoni, El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law*: la contribución de Taruffo, Conferência proferida na Universidade de Girona, Espanha, por ocasião do Congresso em Homenagem a Michele Taruffo).

que o texto legal não tem um sentido próprio, *em si*, que possa ser visto como antecedente à atividade interpretativa. O texto é sempre equívoco, podendo requerer mais ou menos esforço do intérprete para uma atribuição de significado<sup>9</sup>.

Restou claro que para se chegar ao sentido da lei é necessária uma atividade regida por critérios ou diretivas que, não só quando eleitos pelo intérprete, mas também quando utilizados, imprescindem de juízos de valor.<sup>10</sup> A atividade interpretativa é permeada de valorações não apenas na eleição, mas também na aplicação das diretivas de interpretação. Assim, a interpretação obviamente não é mera investigação, mas valoração. Por outro lado, o intérprete, nesta dimensão, opta racionalmente entre um dos resultados interpretativos possíveis, de modo que a interpretação-resultado, ao invés de ser declaração, é atribuição de sentido à lei.

A interpretação capaz de atribuir sentido ao direito obviamente não é uma operação meramente lógica, nada obstante a lógica seja importante para aferição da correção da justificação interna da decisão. As diretivas interpretativas não constituem regras lógicas, mas critérios eleitos e preenchidos a partir de opções e valorações. A decisão não é determinada pela fórmula legislativa, mas é fruto da valoração e da vontade racionalmente justificada do juiz<sup>11</sup>.

A percepção de que a decisão judicial não pode ser moldada a partir da lei apenas mediante raciocínio lógico põe às claras que o número de decisões que legitimamente podem ser extraídas de um mesmo texto normativo é diretamente proporcional ao grau da sua equivocidade. Frise-se que a equivocidade dos textos normativos não depende somente de defeitos objetivos de sua formulação, mas sobretudo da multiplicidade dos critérios interpretativos, da compreensão da dogmática jurídica e dos sentimentos de justiça dos intérpretes — que algumas vezes restam ocultos e, em outras, manifestam-se mediante explícitos juízos de valor<sup>12</sup>.

Isso tem relação direta não apenas com a ação rescisória contra decisão que viola literal disposição de lei, mas também com o pragmatismo da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal — que ditou a inviabilidade da ação rescisória no caso em que há várias interpretações sobre o mesmo dispositivo legal nos tribunais<sup>13</sup>.

#### 1.4 A preservação da lei dita inconstitucional como primeiro estímulo à dissociação entre texto e norma

De qualquer forma, a construção da distinção entre texto e norma, embora tenha partido da ideia de que o raciocínio do intérprete não é determinado exclusivamente pela lógica nem é neutro, constituiu um claro processo de evolução histórica. É possível dizer que a elaboração teórica que foi delineada pela escola genovesa — que tem hoje em Guastini o seu maior expoente —, teve origem em uma questão prática, surgida na Itália à época em que a Corte Constitucional — projetada no pós-guerra — iniciou os seus trabalhos.

Quando a Corte Constitucional italiana efetivamente começou a funcionar — depois de

<sup>9</sup> Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 415 e ss.

<sup>10</sup> Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 62-65.

<sup>11</sup> Note-se que, na linha da teoria de Wróblewski, a interpretação que exige a consideração do significado da Constituição requer, mais do que em outro lugar, que o intérprete opte entre uma ideologia da interpretação jurídica que pode ser definida como estática e outra ligada à adaptação do direito às necessidades presentes e futuras da sociedade. A adoção de uma ou outra postura tem relação de causa e efeito com a eleição das diretivas de primeiro grau — linguísticas, sistêmicas e funcionais — e com a utilização das diretivas de segundo grau — procedimentais e de preferência —, voltadas a definir o modo de aplicação e a prevalência das diretivas de primeiro grau. É claro que o intérprete que adere à ideologia estática da interpretação dá ênfase às diretivas linguísticas e sistêmicas em detrimento das funcionais e, quando aplica uma diretiva funcional, apega-se à vontade do “legislador histórico”. Por outro lado, se o intérprete é adepto da ideologia da interpretação que procura adaptar o texto à realidade social que lhe é contemporânea, prefere as diretivas funcionais em relação às linguísticas e sistêmicas, e, quando aplica as funcionais, elege a diretiva que frisa a vontade ou as valorações do intérprete. *Há aí nítido e claro emprego de juízo de valor para a eleição das diretivas de interpretação, tanto de primeiro quanto de segundo grau*. Ademais, quando o intérprete elege diretiva funcional que reclama a sua “vontade”, lhe é aberta a possibilidade de valorar os elementos

*da vida em sociedade em várias perspectivas — moral, política, econômica etc. —, tendo as suas escolhas, mais uma vez, natureza que confere à interpretação-resultado um conteúdo que, além de obviamente não declarado, não é descoberto ou meramente extraído do direito.* (Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 72-78).

<sup>12</sup> Riccardo Guastini, *Disposizione vs. norma*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 3-14; Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. *Disposición. vs norma*, Lima: Palestra, 2011, p. 14 e ss.

<sup>13</sup> A Súmula 343-STF diz que não cabe “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

um atraso de quase dez anos devido às suspeitas em relação ao *judicial review* —, um dos primeiros problemas que teve que resolver foi o da identificação do objeto do juízo de inconstitucionalidade<sup>14</sup>. A Corte não queria, na medida do possível, confrontar diretamente os elaboradores da lei e aqueles que a aplicaram e ainda a aplicavam — especialmente a Corte de Cassação. Percebeu-se que a preservação do texto legal, mediante a nulificação da interpretação dele decorrente, seria “politicamente” mais conveniente. Assim, passou-se a sustentar que o objeto do juízo de inconstitucionalidade não é o texto da lei, porém a norma por ele expressa.

É interessante lembrar que, na época em que surgiu a discussão no âmbito da Corte Constitucional, nem todos os juristas manifestaram-se a favor da preservação da lei mediante a declaração de inconstitucionalidade da interpretação. Luigi Montesano, por exemplo, ao escrever “*Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*”, apresentou uma tese reducionista e extremamente rigorosa do controle de constitucionalidade, segundo a qual o texto legal que abre oportunidade a interpretações não conformes à Constituição não tem como não ser declarado inconstitucional.<sup>15</sup>

Posições como a de Montesano não prevaleceram. A Corte Constitucional, no final dos anos cinquenta do

século passado, já trabalhava com as ditas sentenças interpretativas de acolhimento, declarando a inconstitucionalidade de determinadas interpretações do texto legal. A partir daí foi introduzida na Corte uma separação estrutural entre texto e norma que trouxe dois benefícios bastante significativos. Permitiu-se a declaração de inconstitucionalidade de norma ou interpretação, preservando-se o texto legal respectivo, e favoreceu-se a práxis da interpretação de adequação do sentido do texto legal à Constituição.<sup>16</sup>

A influência da discussão surgida na Corte Constitucional sobre o trabalho teórico pode ser facilmente identificada quando se vê que um dos primeiros e principais trabalhos acerca da importância da dissociação entre dispositivo legal e norma foi escrito por Vezio Crisafulli, discípulo de Santi Romano, que se tornou um dos mais importantes constitucionalistas italianos do século XX e em 1968 foi nomeado membro da Corte Constitucional. O trabalho de Crisafulli foi publicado poucos anos depois do surgimento do problema no seio da Corte Constitucional e poucos anos antes do seu ingresso na Corte.<sup>17</sup> Em essência, concluiu Crisafulli que a relação disposição/norma não é de correspondência biunívoca, tal e como se sugere mediante o postulado da “norma verdadeira”. Para demonstrar a sua tese, argumentou i) que existem disposições “complexas”, que contêm proposições “inseparáveis” de que podem derivar duas ou mais normas; ii) que há disposições equívocas, que expressam “normas hipotéticas”, ou seja, duas ou mais normas alternativamente; e iii) que cabe distinguir a “disposição-norma” da “norma-ordenamento” (ou norma “vivente”), sendo a primeira o significado “originário” e literal de uma disposição, identificado mediante uma interpretação centrada sobre a disposição isoladamente considerada, e a segunda o significado atual da disposição, à luz do inteiro sistema normativo, em sua abstrata objetividade, e também, em certa medida, na efetividade da sua concreta realização.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011, p. 8.

<sup>15</sup> Montesano concluiu dizendo que o sistema que procurou delinear significa, em termos práticos, que a Corte, quando nega a inconstitucionalidade, porém ao mesmo tempo revisa a fórmula legislativa em busca de aplicações contrárias à Constituição, não pode obrigar o legislador a melhorar esta fórmula, nem tampouco obrigar os juízes a se absterem destas aplicações, mas deve considerar-se impotente para defender a Constituição deste perigo ou eliminá-lo de vez, declarando inconstitucional a lei equivocadamente formulada (Luigi Montesano, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale. Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 539). Um ano antes da publicação do artigo de Montesano, Tullio Ascarelli publicou trabalho - que contribuiu para o desenvolvimento teórico da dissociação entre disposição e norma - em sentido diametralmente oposto: “Quando analisa a constitucionalidade de uma lei, o juiz constitucional se depara sempre com um texto que deve interpretar e que é equívoco. A univocidade pode ser apenas das aplicações concretizadas e não pode referir-se ao texto em função do qual se quer estabelecer a norma objeto da análise. Qualquer texto pode dar lugar a interpretações divergentes e, portanto, à formulação de normas distintas. Uma dessas poderá ser inconstitucional, diversamente de outras” (Tullio Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione. Rivista de diritto processuale*, 1957, pp. 356-357).

<sup>16</sup> Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011, pp. 8-9.

<sup>17</sup> Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma). Enciclopedia del diritto*, 1964.

<sup>18</sup> Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*, cit., pp. 12-13.

### 1.5 A dissociação entre texto e norma na teoria do direito

Como visto, ao contrário do que sustenta o formalismo teórico, inexistente significado unívoco intrínseco ao texto legal. Bem por isso descabe pensar em simplesmente investigar para declarar a norma. Não há uma relação de sinonímia entre o texto legal e o resultado obtido com a atividade interpretativa.<sup>19</sup> De modo que é totalmente equivocado pensar que a tarefa da interpretação é reproduzir a norma contida na lei.<sup>20</sup>

Não obstante, costuma-se chamar o texto legal de norma e afirmar que o juiz decide mediante a declaração da lei ou da norma.<sup>21</sup> Porém, se o texto legal é sempre equívoco, o juiz realmente sempre lhe atribui um significado. Esse não pode ser confundido

com o texto. A norma é exatamente o significado que o juiz atribui ao texto legal ao decidir.<sup>22</sup>

Não é correto entender que tal dissociação exista apenas na chamada zona de penumbra ou diante de um caso difícil. Na zona de luz ou em face de um caso fácil a atribuição de significado é mais fácil ou requer menos meditação e esforço<sup>23</sup>. Contudo, é óbvio que o juiz, ao se deparar com um “enunciado das fontes”, inevitavelmente lhe atribui significado ou sentido, independentemente da sua clareza. Na verdade, a atribuição de sentido é consequência imediata, natural e inevitável do contato de alguém com qualquer enunciado. A clareza só facilita a transposição da

<sup>19</sup> O ponto remonta a Giovanni Tarello: “Sovente si dice e si scrive, impropriamente, che l’interprete ‘scopre’ il significato delle ‘norme’. In realtà né l’interprete ‘scopre’, né la sua attività ha per oggetto delle ‘norme’. Vediamo di chiarire, incominciando con ciò che si cela sotto il verbo ‘scoprire’ e passando poi al sostantivo ‘norma’. (...) È chiaro perciò che il vocabolo ‘scoprire’, così come è usato nell’espressione ‘l’interprete scopre il significato di una norma’, è del tutto improprio, ed anzi è dannoso alla chiarezza, perchè occulta – riassumendole in una sola parola – tre attività diverse che possono essere presenti tutte, o possono non essere tutte presenti, nell’attività dell’interpretazione. Dobbiamo perciò correggere l’espressione corrente riformulandola così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di una norma, ovvero compie più d’una di queste attività’. Ma questa correzione non basta. Infatti anche il vocabolo ‘norma’ è ingannevole. L’interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto preconstituito all’attività dell’interprete, ma ne è anzi il risultato; prima dell’attività dell’interprete, del documento oggetto dell’interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano: ‘norma’ significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d’azione. L’espressione corrente deve perciò essere corretta, perché non sia ambigua, così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di uno o più enunciati precettivi, rilevando, o decidendo, o proponendo che il diritto ha incluso, o include, o includerà una norma’” (Giovanni Tarello, *L’interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. pp. 61, 63-64).

<sup>20</sup> V. Mario Jori e Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 205 e ss; Enrico Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli, 1999. p. 200 e ss; Rodolfo Sacco, *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell’interprete*. *Diritto, giustizia e interpretazione*. Roma/Bari: Laterza, 1998, p. 111 e ss.

<sup>21</sup> Riccardo Guastini, *Se i giudici creino diritto. Istituzioni e dinamiche del diritto*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 395.

<sup>22</sup> De acordo com Guastini, “l’operazione intellettuale che conduce dall’enunciato al significato – o, se si preferisce, l’operazione di identificazione del significato – altro non è che l’interpretazione. La *disposizione* è dunque l’*oggetto* dell’interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, ‘la disposizione è fonte della norma attraverso l’interpretazione’”. (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 63-64).

<sup>23</sup> A ideia de zona de penumbra é ligada à teoria de Hart (Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (02/1958), pp. 593-629 e *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993). Segundo Hart, em virtude da textura aberta dos textos legais, neles há sempre um núcleo iluminado ou uma zona de luz circundado por uma zona de penumbra. Nas palavras do autor, “There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case” (Positivism and Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (02/1958), p. 607). Somente os enunciados que estão na zona de penumbra reclamam valoração e decisão ou opção, ou melhor, uma atividade discricionária do intérprete. Aqueles que estão na zona de luz, ao contrário, são normas pré-definidas, que podem ser simplesmente descritas. Desse modo de ver as coisas deriva a divisão dos casos em fáceis e difíceis. Os casos fáceis são aqueles que se acomodam à zona de luz, que são resolvidos a partir de enunciados claros e que, por isso, não exigem opção – não ensejam mais de uma interpretação. Os difíceis são aqueles em que a aplicação do texto legal é controversa, que estão situados na zona de penumbra. São os que abrem oportunidade a várias interpretações, requerendo valoração e decisão (ou opção). O interessante é que a ideia de penumbra, na tese de Hart, tem como objetivo demonstrar a validade da teoria normativista. A objeção dos céticos, de que as normas legais nada mais são do que fórmulas de sentido vago e indeterminado e, assim, vazias e destituídas de significado enquanto possível objeto do conhecimento científico, é confrontada por Hart exatamente mediante o argumento de que as normas são dotadas de textura aberta e, assim, contam com uma zona de penumbra e uma zona de luz – em que a interpretação é uma descrição, a dar vigor a uma ciência de normas. Cf. Riccardo Guastini, “Trama aberta” – *Ciência Jurídica, Interpretação. Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 145. V. Herbert L. Hart, *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993; Jerzy Wróblewski, *Transparency and doubt. Understanding and interpretation in pragmatics and in Law*. *Law and Philosophy*, 1988, p. 322 e ss; Genaro Carriò, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

linguagem das fontes para a linguagem do emissor. Assim, a distinção que deve ser feita não está na clareza ou dubiedade do texto, mas na distinção entre linguagem das fontes e linguagem do emissor ou do intérprete. A linguagem da fonte, ainda que seja clara, nunca será a linguagem do intérprete<sup>24</sup>. Isso simplesmente porque o contato do intérprete ou do juiz com o texto legal — enunciado do discurso das fontes — transforma-o em enunciado do discurso do intérprete. Norma e lei são dois enunciados; apenas suas origens são diversas.

A velha e não bem refletida suposição de uma correspondência biunívoca entre disposição legal e resultado-interpretação não pode mais ser admitida para o bem do direito e da sua aplicação na vida das pessoas. Afinal, como diz Guastini, toda disposição legal é vaga e ambígua e, assim, tolera diversas e conflitantes atribuições de significado, de modo que a uma única disposição corresponde não somente uma norma, mas uma multiplicidade de normas, conforme as diversas interpretações possíveis.<sup>25</sup>

### 1.6 A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal como demonstração de que a decisão baseada em lei de que o Judiciário já extraiu várias normas jurídicas não pode ser objeto de ação rescisória: indagações daí decorrentes

Conforme demonstrado, a ideia de violação a “disposição de lei” supõe uma biunivocidade entre a disposição de lei e o produto da interpretação, como se o intérprete tivesse a função de revelar a norma contida na lei. Essa pretensão biunivocidade é característica do formalismo interpretativo, em que a interpretação consiste em descobrir e declarar a norma contida no texto legal. Perceba-se que nessa dimensão se pode falar em interpretação verdadeira e falsa e, assim, numa interpretação que viola disposição de lei.

Quando se passa a admitir que o texto legal abre oportunidade a várias interpretações, a depender de uma série de circunstâncias, torna-se não apenas equivocado, mas na verdade impossível, pensar em violação de disposição de lei. Tanto é que o Supremo Tribunal Federal, ao responder à indagação de se uma decisão viola disposição de lei, valeu-se de um conceito negativo, precisamente o de que não há violação de disposição de lei “quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343 – STF)<sup>26</sup>.

Note-se que essa súmula, o ponto-chave encontrado para a solução da ação rescisória baseada em “violação a disposição de lei” não só constitui admissão de que o texto legal pode abrir oportunidade a várias interpretações, como também de que a violação de disposição de lei é a negação da “clara e tranquila” interpretação da lei. Isso demonstra que a súmula distinguiu o enunciado do discurso das fontes do enunciado do discurso do intérprete, dissociando disposição de lei ou texto de interpretação ou norma.

Assim, bem vistas as coisas, a súmula elaborou a ideia de que o juiz, ao chegar no resultado-interpretação, edita uma norma que não se confunde com o texto ou com o enunciado legislativo. Essa norma nada mais é do que o significado extraído do texto legal pelo juiz. Portanto, pode ser chamada de norma jurídica ou, caso se prefira tomar em conta o seu emissor, de norma judicial. Ora, se o texto ou a disposição de lei constitui linguagem da fonte e a norma é linguagem do intérprete, quando o intérprete é o juiz nada impede que à norma seja acrescido o qualificativo de judicial. Quando o juiz interpreta a lei o resultado sempre será uma “norma”. A linguagem da fonte não varia; a linguagem do intérprete é que passa a ter um intérprete-juiz.

Não há dúvida, dessa forma, inclusive em face da súmula 343-STF, que o problema da ação rescisória está ligado ao fato de que um mesmo texto legal pode

<sup>24</sup> “[...] la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l’interprete assume la sinonímia con l’enunciato interpretato (la disposizione)” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65).

<sup>25</sup> “[...] molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un’unica disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 65-66).

<sup>26</sup> Publicada nos anos sessenta do século passado, a Súmula sustenta-se no julgamento do recurso extraordinário 50.046. No caso, a Cooperativa Central dos Produtores de Leite, ré na ação rescisória, alegou que não teria havido violação à literalidade do art. 76 da Lei de Falências pelo fato de a decisão rescindenda ter adotado uma das interpretações possíveis acerca do dispositivo. Em seu voto, o Ministro Victor Nunes Leal afirmou que a adoção de uma das interpretações admitidas pela doutrina e pelos tribunais não poderia configurar ofensa à literalidade do dispositivo. (Leandro Rutano, *Ação Rescisória por violação à norma jurídica*, Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Paraná (UFPR). 2016)

dar origem a uma multiplicidade de normas jurídicas. Ora, quando isso ocorre não há como ver vício na decisão judicial e, assim, obviamente não há motivo para pensar na sua rescindibilidade.

Surgem, então, as questões que realmente interessam: *se a decisão rescindível – na perspectiva ora considerada – sempre é uma decisão interpretativa, quando essa decisão pode violar uma norma jurídica? Tendo em vista que podem existir múltiplas normas jurídicas editadas pelos juízes e pelos tribunais, é possível pensar numa norma jurídica produzida pelo Judiciário, que pode ser violada por uma decisão?*

### 1.7 A função das Cortes Supremas e a norma jurídica

Já se percebeu no *civil law* que, exatamente por não ser o juiz um mero aplicador da lei, essa não é suficiente para garantir a igualdade e a segurança jurídica. Se a lei abre oportunidade a uma multiplicidade de interpretações ou normas jurídicas e, assim, a decisões diferentes para casos similares, não há como não se preocupar com o problema da coerência do direito ou das decisões judiciais, elemento imprescindível para se ter igualdade perante o próprio direito.

É sabido que a função das Cortes Supremas da tradição do *civil law* era voltada à tutela do ordenamento jurídico. Lembre-se que Calamandrei escreveu a mais célebre obra sobre a história e a função da Corte de Cassação do século passado. Essa obra teve impacto sobre toda uma geração de processualistas e, portanto, sobre o modo como as Cortes Supremas eram vistas até bem pouco tempo e, em alguns lugares e por alguns, ainda são concebidas<sup>27</sup>.

Embora o grande professor florentino tenha atentado para a necessidade de a Corte definir a interpretação que deve prevalecer no território nacional, raciocinou como se a Corte devesse fixar, a partir dos critérios interpretativos do formalismo, a interpretação que revela o “sentido exato da lei”. A unificação da interpretação do direito tinha o único

propósito de tutelar o direito objetivo, revelando a sua devida e única identidade<sup>28</sup>.

A definição da interpretação que deve prevalecer, nessa linha, equivale à fixação da interpretação que efetivamente corresponde ao texto da lei. A tarefa da Cassação, embora voltada à uniformização da interpretação, também consistia em descobrir e declarar o sentido da lei. A uniformização, assim, ocorre para tutelar o legislador.

A pretensão de uniformização da interpretação da lei, em tal contexto, não pactua com a dissociação entre lei e norma e nem é aberta à lógica argumentativa, mas, ao revés, busca responder à concepção clássica de jurisdição — própria à Calamandrei<sup>29</sup> —, em que o juiz simplesmente aplica a lei ao caso concreto, incumbindo à cassação, por consequência, somente declarar “oficialmente a verdadeira”<sup>30</sup> interpretação da lei em nome da unidade do direito objetivo.

Como a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei não há motivo para falar em igualdade perante as decisões. Basta a unificação da interpretação para garantir a unidade do direito objetivo e, por mera consequência, a igualdade de todos perante a lei. Não há necessidade de ter precedentes obrigatórios, mas apenas um sistema que permita a correção das decisões destoantes da lei.

A despreocupação com a coerência do direito no âmbito do Judiciário é consequência da desgastada suposição de que os tribunais, inclusive os de vértice, estão limitados a procurar a interpretação que revela o sentido da lei. Ora, se as decisões discutem apenas sobre a exata interpretação da lei, não pode existir incoerência no direito produzido pelo Judiciário, mas apenas equívoco na aplicação da lei. Se a norma jurídica está implícita na lei e é preexistente à interpretação, não há incoerência entre as decisões dos tribunais,

<sup>27</sup> A obra de Calamandrei (*La cassazione civile*, 1920) tem uma dimensão que desborda os limites usuais dos trabalhos doutrinários, constituindo a elaboração de um modelo teórico que não só veio a ser recepcionado — ainda que em parte — pela legislação italiana, mas também uma premissa ou fundamento para quase todos os trabalhos que têm sido escritos sobre o tema.

<sup>28</sup> Resta evidente, mesmo na investigação de caráter histórico-dogmático realizada por Calamandrei, grande preocupação em evidenciar a necessidade de a Corte de Cassação realizar função de unificação da interpretação da lei. Porém, Calamandrei deixou absolutamente claro que *a tutela da lei e a garantia de uniformidade são faces de uma mesma moeda e, assim, que as decisões da Cassação, quando definem a interpretação, fixam o exato e único sentido da lei*. Não foi por outro motivo que a sua obra deixou imortalizada a célebre ideia de que a função da Corte de Cassação é definir o “sentido exato da lei”.

<sup>29</sup> V. Piero Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1965, v. 1.

<sup>30</sup> A expressão é de Calamandrei.

mas inadequada aplicação da norma do legislador. Daí porque não se dispensa atenção à incoerência das decisões judiciais. Há somente preocupação com a correção das decisões que equivocadamente aplicam a lei.

Porém, quando se percebe que a interpretação não pode definir o “sentido *exato* da lei” — fim da Corte de Cassação para Calamandrei —, mas deve realizar valorações para definir o sentido atribuível ao texto legal, é óbvio que a função da Corte Suprema tem que passar a ser outra. A Corte Suprema, diante da explosão de decisões interpretativas no seio do Judiciário, não mais pode ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento jurídico, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu.<sup>31</sup>

A Corte Suprema, hoje, só pode ter a função de atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento de acordo com a evolução social. A necessidade de coerência do direito deve ser vista como uma decorrência do valor das decisões da Corte. O precedente que outorga sentido à lei agrega algo de novo à ordem jurídica legislada, fixando a interpretação da lei que deve orientar a vida social e regular os casos futuros. Como consequência, o sentido do direito delineado pela Corte não pode deixar de pautar a solução dos casos iguais ou similares, vinculando ou obrigando os juízes e tribunais.

A coerência é imprescindível para que a igualdade não seja violada. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens, em condições iguais, merecem — e apenas podem exigir — a melhor solução que o Estado pode obter para lhes garantir uma vida justa.

Frise-se que o valor constitucional tutelado por esta nova Corte Suprema não é a unidade do direito objetivo, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes a um “direito” que, delineado pela Corte Suprema, é dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais

munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças.<sup>32</sup>

Não se pense, porém, que basta substituir o critério da “norma contida na lei” pelo do “sentido do direito” para continuar admitindo que a função da Corte Suprema é de correção. Há óbvia diferença entre corrigir para tutelar a lei e corrigir para tutelar o direito delineado pela Corte Suprema. Quando se pensa em “corrigir” em razão de a decisão do tribunal ter divergido de precedente, não há contrariedade à lei, mas contrariedade à norma jurídica eleita pela Corte Suprema.

Note-se que, como os precedentes consolidam o direito que deve ser observado pelos tribunais, a atividade de “correção” das decisões que negam precedentes destina-se a reafirmar a função de interpretação e de desenvolvimento do direito. Essa atividade de “correção”, que é meramente supletiva, subordina-se à função de atribuição de sentido ao direito e de garantia da sua unidade. Assim, não se pode pensar que uma Corte Suprema, na atualidade, deva ter função de correção. Como é óbvio, é completamente contraditório atribuir a uma Corte Suprema que delineia o direito a função de corrigir as decisões<sup>33</sup>.

Por outro ângulo, ao se supor que os precedentes da Corte que atribui sentido ao direito não precisam ser observados, a existência da Corte Suprema torna-se desnecessária. Realmente, não há motivo para se ter uma Corte cuja função é definir a interpretação adequada quando os tribunais podem dela livremente divergir. Nesse caso não apenas bastariam os tribunais, como a Suprema Corte não teria motivo algum para atribuir sentido ao direito e, portanto, para estar presente no sistema judicial<sup>34</sup>. Fechar os olhos para a

<sup>31</sup> Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Le Corti Supreme. Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

<sup>32</sup> Cf. Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*. *Le Corti Supreme*, cit., p. 45.

<sup>33</sup> Michele Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 718; Michele Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

<sup>34</sup> Só há lógica em dar a “última palavra” quando essa é a “última” para todos os casos similares que estão para aflorar. O contrário seria supor que uma Corte tem posição de vértice e dá a última palavra por acaso. Ou ainda que cabe à Corte Suprema dar a última palavra apenas no caso concreto, quando a sua tarefa, então, seria a de um mero tribunal de revisão, algo incompatível com a função de colaboração para o desenvolvimento do direito. Portanto, não é o caso de simplesmente dizer que os tribunais inferiores estão submetidos às Cortes Supremas, mas de perceber que os tribunais

verdadeira função que deve ser desempenhada por uma Corte de vértice é tê-la como um grande tribunal de apelação, como uma espécie de mágica tábua de salvação posta a disposição de qualquer litigante, com a grande desvantagem de se abrir às portas para a incoerência do direito e para a irracionalidade da distribuição da justiça e, por consequência, para a negação da igualdade e da segurança jurídica<sup>35</sup>.

Se a explicitação e a frutificação do direito dependem do juiz, não há como não admitir que o direito é resultado de uma atividade compartilhada pelo Legislativo e pelo Judiciário. O juiz obviamente não pode ser mais visto como a “bouche de la loi”, mas, para usar a mesma imagem, não é errado dizer que o juiz é a boca do direito que resulta da lei. Não se quer dizer com isso que o Judiciário cria o direito. Na verdade a discussão sobre a “criação do direito” não tem muita relevância quando se pensa que uma decisão é criativa se a sua formulação exige opções valorativas do juiz<sup>36</sup>, ou melhor, quando se tem consciência de que a ideia de “criação judicial do direito” tem muitos significados<sup>37</sup>.

inferiores devem respeito ao direito delineado pelas Cortes que, no sistema judicial, exercem função de vértice. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Parte II, Capítulo 4, item 4.4.

<sup>35</sup> O Estado constitucional tem dever de tutelar a segurança jurídica, garantindo a estabilidade do direito e a sua previsibilidade. Num Estado constitucional, além da estabilidade da ordem jurídica, espera-se univocidade da qualificação das situações jurídicas, sem a qual não há previsibilidade em relação às consequências jurídicas das condutas, algo que é indispensável para que o cidadão possa se desenvolver num Estado de Direito. O sistema jurídico, inclusive a estruturação e o funcionamento dos órgãos judiciais, deve ser capaz de outorgar previsibilidade. Lembre-se, aliás, que para MacCormick a previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver e, portanto, estar em um Estado de Direito. (Neil MacCormick, *The ethics of legalism*, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193). Por sua vez, diz Massimo Corsale que um ordenamento jurídico destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobreviver enquanto tal. (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 e ss).

<sup>36</sup> Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

<sup>37</sup> “Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significante ‘los jueces crean derecho’ encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en

Tanto o juiz quanto a Corte Suprema reconstruem o direito a partir dos elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica.<sup>38</sup> Mas a “última palavra” ou, por assim dizer, a “definição da reconstrução” é das Supremas Cortes. A tarefa de delinear ou definir — mediante as “melhores razões”<sup>39</sup> — a “norma jurídica” capaz de orientar a vida social e regular os casos futuros é do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A norma jurídica que pode ser dita do Poder Judiciário — fora raras exceções (ver adiante item 2) — está nos precedentes das cortes supremas.

su sentido más débil como una dimension necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno no otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista su comparacion con la realidad, creemos por el contrario que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimila a la función del legislador en lo que se ha venido llamando legislación negativa” (Ernesto J. Vidal Gil; Cristina García Pascual, *Creacion Judicial del Derecho. Sentido y razón del derecho – enfoques socio-juridicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, pp. 145-146). Ver Genaro Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24 e ss; Giovanni Tarello, *Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 355.

<sup>38</sup> Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 31-35; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 413.

<sup>39</sup> Como diz Taruffo (La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 103), afirmar que a interpretação determina o significado “exato” de uma norma é uma afirmação privada de sentido, uma vez que a interpretação pode determinar apenas o significado fundado no emprego correto de critérios de eleição aceitáveis, ou seja, o significado fundado nas “melhores razões”. A interpretação fundada nas melhores razões tem a ver com a correção do procedimento de eleição e com a aceitabilidade dos critérios em que ela se funda, não se ligando à correção do resultado interpretativo. Fala-se, então, em “exatidão do método” de interpretação da lei; o método é correto quando a decisão é racionalmente justificada sob o perfil interno – de coerência entre as premissas e conclusões – e sob o perfil externo – de fundabilidade e aceitabilidade das premissas. A devida justificativa das opções interpretativas faz ver a racionalidade da interpretação e da decisão. Portanto, “decisão adequada” é a dotada de racionalidade, para o que é imprescindível “razões apropriadas” ou as “melhores razões”. A justificativa ou a qualidade das razões depende das características básicas da cultura jurídica ou, mais propriamente, da própria cultura geral que apela à racionalidade (Jerzy Wróblewski, *Ideologia de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 83). Não há interpretação exata da lei ou interpretação correta se, com isso, pretende-se algo que independe de juízos de valor subjetivos. Há, isso sim, interpretação que, a partir de diretivas e de juízos de valor, é devidamente justificada; existe “decisão adequada” ou “decisão racionalmente aceitável”. Substitui-se, dessa maneira, a ideia de interpretação correta pela de “interpretação dotada de razões apropriadas”. Tutela-se a legalidade mediante a prática argumentativa e a busca da racionalidade. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2. ed., cit., Part II, Capítulo 1, item 1.9.

### 1.8 Violação de norma jurídica editada pelas Cortes Supremas: o problema da identificação da *ratio decidendi*

Contudo, é preciso cautela para perceber que a norma jurídica não está em toda e qualquer decisão de Corte Suprema. Uma decisão só define a interpretação de uma norma quando a maioria do colegiado compartilha da mesma interpretação.

Assim, por exemplo, não basta que uma decisão dê ou negue provimento a um recurso especial para constituir precedente ou ter *ratio decidendi*. Uma decisão que afirma a contrariedade ou nega a contrariedade de uma lei só tem *ratio decidendi* quando a maioria dos membros do colegiado compartilha de um mesmo fundamento para a conclusão a respeito do significado da lei perante a decisão. Afirmar que uma lei foi contrariada ou não foi contrariada com base em fundamentos vários, sem que nenhum deles seja suportado pela maioria, conduz a uma afirmação privada de autoridade ou de valor enquanto entendimento ou voz da Corte.

A situação é semelhante quando se tem em conta a interpretação do texto constitucional em recurso extraordinário. Só quando a maioria da Corte compartilha do mesmo fundamento e, por conta disso, atribui ao texto o mesmo significado, há *ratio decidendi*. Da mesma forma, quando em recurso extraordinário uma lei é admitida como constitucional, dando-se a ela “interpretação de acordo”, só há *ratio decidendi* quando a “interpretação de acordo” é baseada em fundamento sustentado pela maioria. Em outro caso, existirão “interpretações de acordo” não referendadas pela Corte.

Por outro lado, quando o recurso extraordinário declara a inconstitucionalidade ou emprega as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a decisão da questão constitucional faz parte da *ratio decidendi*. Ainda que a Corte tenha resolvido que a lei é inconstitucional por diversidade de fundamentos, sem com que nenhum tenha sido compartilhado pela maioria, há eficácia precedental para todos os casos futuros que tratem da mesma lei.

Porém, o fundamento para a declaração de inconstitucionalidade ou para o emprego das referidas técnicas de controle de constitucionalidade terá importância quando o juiz do caso futuro tiver diante de si uma lei diferente, mas substancialmente igual ou similar, a exigir a adoção do mesmo fundamento que

foi utilizado para se chegar à decisão. Caso a decisão tenha sido tomada a partir de mais de um fundamento, sem que nenhum deles tenha sido sustentado pela maioria, não haverá *ratio decidendi* ou precedente capaz de regular o *novo caso*.

A decisão de inconstitucionalidade, a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto têm efeito obrigatório ou vinculante em relação à própria lei discutida. Mas, tratando-se de outra lei, o efeito obrigatório dependerá de o fundamento da conclusão sobre a questão constitucional ter sido compartilhado pela maioria do colegiado.

Perceba-se que em tais casos pode não existir *ratio decidendi* para regular questão envolvendo *outra lei* — ainda que similar —, embora haja *ratio decidendi* para obstaculizar decisão diferente sobre a *mesma lei*. A *ratio decidendi* ou a autoridade de uma porção da decisão sempre dependem de maioria, mas a maioria pode concordar sobre o destino do texto legal sem harmonia quanto aos fundamentos para tanto.

A situação pode ser comparada com a da ação direta quando se percebe a distinção entre o dispositivo da decisão — cuja eficácia é *erga omnes* — e a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão proferida no controle principal<sup>40</sup>. Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal discutiu se os fundamentos determinantes da decisão proferida na ADIn 1.662 teriam efeitos obrigatórios. Chegou-se na conclusão de que a *ratio decidendi* da decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade obriga os demais tribunais. Tratando de reclamação, o Supremo Tribunal Federal declarou que na decisão reclamada estaria presente

[...] violação ao conteúdo essencial do acórdão [...]. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, Capítulo IV, item 4.1.

<sup>41</sup> STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21/05/2004.

Essa decisão, que claramente declarou que os fundamentos determinantes de decisão proferida em ação de inconstitucionalidade têm eficácia obrigatória, foi reafirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Rcl 2.363. Nessa ocasião, o relator, Ministro Gilmar Mendes, argumentou que

[...] a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no caput e § 1.º-A do art. 557 do CPC[73], que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame [...].<sup>42</sup>

Na ação direta há clara distinção entre o dispositivo que declara a inconstitucionalidade e a *ratio decidendi*; o primeiro diz respeito à lei atacada e a segunda pode se expandir para regular leis substancialmente similares. Note-se que uma decisão pode violar o dispositivo ou a *ratio decidendi* da decisão do Supremo Tribunal Federal. Uma decisão que, por exemplo, afirma inconstitucional lei dita constitucional em ação de constitucionalidade viola o dispositivo da decisão. Já a decisão que deixa de aplicar outra lei, distinta da que foi declarada constitucional, mas a ela substancialmente igual, pode ser dita violadora da *ratio decidendi* da ação declaratória de constitucionalidade.

Já no recurso extraordinário, o dispositivo, além de se referir somente aos litigantes, apenas dá ou nega provimento ao recurso. A conclusão sobre a inconstitucionalidade da lei é sobre uma questão que importa à resolução — parte dispositiva — do recurso, encartando-se, do mesmo modo que os fundamentos para se chegar na conclusão sobre a inconstitucionalidade, na fundamentação da decisão e, quando for o caso (maioria), na *ratio*

*decidendi*. Em outros termos, é preciso ter claro que a questão constitucional, além de estar também na fundamentação, pode ser resolvida por maioria, ainda que com base em fundamentos compartilhados por minorias, quando apenas a solução da questão constitucional estará na *ratio decidendi*.

Pense-se, agora, no recurso que, para ser resolvido, depende do enfrentamento de diversos fundamentos, *cada um deles bastante para o provimento*. Imagine-se, por exemplo, recurso especial fundado em alegação de contrariedade a três leis federais distintas — obviamente que com fundamentos também distintos. Num colegiado composto por cinco ministros, seria possível pensar em provimento do recurso com base em três votos, cada um sustentando que a decisão contrariou uma das três leis federais, sem com que nenhum dos votos concorde com que a mesma lei tenha sido contrariada. Esse é o primeiro ponto que reclama atenção. É racional prover um recurso destinado à tutela do direito federal sem com que a maioria do colegiado entenda que houve contrariedade ao direito federal? Ou mais claramente, é racional declarar que uma decisão não deve prevalecer, sob o argumento de que contrariou lei federal, quando o colegiado não chega à conclusão — nem mesmo por maioria — de que a lei foi contrariada?

Se uma decisão só tem motivo para ser reformada em virtude de ter contrariado lei federal ou se o recurso especial só tem razão para ser provido para tutelar o direito federal, não há como entender correto que o entendimento de um dos membros do colegiado competente para o julgamento do recurso seja suficiente nem para a reforma da decisão nem, muito menos, para a afirmação do direito federal que deve prevalecer.

Na verdade, por detrás do vício em prover recurso com base em votos que afirmam contrariedade a leis diversas está a confusão entre decisão colegiada e ajuntamento de decisões individuais de membros do colegiado. Quando se tem em conta a alegação de contrariedade a diversas leis, a racionalidade do julgamento e da deliberação colegiada depende da discussão e da votação em separado de cada uma das alegações de contrariedade.

De modo que, numa situação como essa, o relator deve delimitar os textos legais afirmados contrariados pela decisão recorrida para que o julgamento se desenvolva mediante a discussão e a votação em separado de cada uma das alegações. Caso contrário,

<sup>42</sup> STF, Plenário, Rcl 2.363, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1º/04/2005.

não apenas não haverá discussão adequada sobre a eventual afronta da decisão à lei, mas sobretudo não se decidirá sobre qualquer das alegações de contrariedade realizadas pelo recorrente.

Não há qualquer dúvida que, quando os membros do colegiado podem *decidir diretamente o recurso* a partir de várias alegações de contrariedade, não há *decisão colegiada* sobre o significado do texto legal dito contrariado em face da decisão recorrida. Há, isto sim, uma ou outra decisão individual dos membros do colegiado. O colegiado e, portanto, a Corte Suprema simplesmente não decidem ou, ao menos, não finalizam a decisão que têm o dever de proferir para o desenvolvimento do direito.

A decisão em separado, portanto, é imprescindível no caso em que estão em jogo alegações de contrariedade a diversos textos normativos. Note-se, porém, que não há a mesma necessidade quando se considera o emprego de decisão de inconstitucionalidade, de interpretação conforme ou de declaração parcial de nulidade. Não há razão para se decidir em separado se é o caso de declaração de inconstitucionalidade e, apenas depois e também em separado, sobre a interpretação conforme ou a declaração parcial de nulidade. Nesses casos a tutela do direito constitucional não depende de decisão em separado.

De outra parte, a questão da maioria em relação aos fundamentos utilizados para se afirmar a contrariedade a um texto tem a ver com a necessidade de se ter um entendimento da Corte a respeito do seu significado. Quando se pensa em fundamentos para a decisão do recurso, portanto, o problema não é mais relacionado nem ao fim do recurso nem à necessidade de reforma da decisão. Não basta saber se o direito foi contrariado e, assim, se o recurso deve ser provido. Importa identificar a voz da Corte na decisão do recurso.

Quando se quer saber o entendimento da Corte sobre o sentido do direito obviamente não basta perguntar se a lei ou a Constituição foi contrariada. É preciso olhar para a justificativa. Não é por outra razão que, numa Corte de Precedentes, há que se justificar fundamentos e não votos. A justificativa deve demonstrar a validade do fundamento determinante da decisão e, ao mesmo tempo e quando for o caso, trazer

as razões dos fundamentos concorrente e dissidente<sup>43</sup>. Aliás, mais do que dar a cada fundamento uma justificativa, não convém permitir várias justificativas de um mesmo fundamento. Isso comumente ocorre quando a justificativa é relacionada com os votos e não com o fundamento sustentado por um ou vários julgadores. Sucede que numa Corte de Precedentes não há razão para justificar o entendimento de cada um dos julgadores. A justificativa tem a ver com o entendimento da Corte e, assim, com os fundamentos do colegiado. Porém, nem sempre será possível encontrar na justificativa dos fundamentos um entendimento que possa realmente ser dito da Corte. Isso só ocorrerá quando um fundamento for compartilhado pela maioria. É quando há *ratio decidendi*.

Frise-se que não há necessidade de decidir os fundamentos em separado para identificar como a Corte os pensa<sup>44</sup>. A partir da discussão dos fundamentos, decide-se sobre — por exemplo — a contrariedade à lei para se prover ou não o recurso. Se três julgadores afirmam contrariedade à lei, ainda que com base em dois fundamentos distintos, o recurso especial deve ser provido, embora não se forme *ratio decidendi*. Há um fundamento majoritário — sustentado por dois —, um fundamento concorrente — adotado por um —, e um fundamento dissidente — também sustentado por dois. É interessante notar que o fundamento majoritário empata com o fundamento dissidente. Não há fundamento que possa ser dito do

<sup>43</sup> Linda Novak, The precedential value of Supreme Court plurality decisions, *Columbia Law Review*, 1980, pp. 756-759.

<sup>44</sup> “a ideia de se impor a decisão em separado dos fundamentos, ainda que múltiplos em relação a uma única alegação de contrariedade a norma, não pode ser admitida em virtude de contrariar a lógica do julgamento do recurso, ou melhor, em razão de negar o modo pelo qual o recurso é racionalmente julgado para se ter uma decisão ou resultado adequado ou justo. Como já dito, não há racionalidade em exigir maioria de votos ao menos em um dos fundamentos do recurso para se admitir o seu provimento. Com isso, num colegiado de cinco Ministros, ainda que os cinco reconhecessem a violação da norma, dois com base em um fundamento, dois com base em outro e o terceiro a partir de outro, não se teria como prover o recurso. Ou seja, a unanimidade dos Ministros teria visto contrariedade à norma e, ainda assim, seria proclamada a inexistência de contrariedade capaz de viabilizar o provimento do recurso” (Luiz Guilherme Marinoni, *O Julgamento nas Cortes Supremas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, Capítulo VI, item 6.18).

colegiado. Assim, embora o recurso seja provido, não há *ratio decidendi*<sup>45</sup>.

## 2 Outras normas jurídicas delineadas pelo Judiciário que podem ser objeto de ação rescisória

Também podem ser violadas as súmulas vinculantes, além de outras súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal — definidoras, respectivamente, de matéria infraconstitucional e de matéria constitucional (art. 927, II e IV, CPC). Recorde-se, porém, que a técnica das súmulas esteve, sem qualquer êxito, à serviço das Cortes de correção. A súmula foi pensada para sedimentar, mediante um breve escrito, entendimento que, representando o conjunto de várias decisões num mesmo sentido, pudesse permitir o controle das decisões dos tribunais inferiores. Constituía, assim, um enunciado abstrato, completamente indiferente aos casos e às suas particularidades. Ora, foi exatamente esta neutralidade ou abstração que impediu aos tribunais analisar a aplicabilidade das súmulas aos novos e diferentes casos concretos, tornando-as completamente destituídas de utilidade. É curioso, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 afirme, em seu art. 926, § 2º, que, “ao editar enunciados

de súmula, os tribunais devem *ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”. Isso nada mais é do que a admissão de que as súmulas só têm alguma importância quando identificadas as *rationes decidendi* dos precedentes que lhe deram origem. Por consequência, ainda que o legislador tenha insistido nas súmulas, é óbvio que os precedentes das Cortes Supremas vão ocupar o seu lugar. As súmulas poderão ter espaço, ainda que sem muita eficiência, nos tribunais.

Embora seja evidente a impossibilidade de resumir precedente de Corte Suprema a decisão firmada por ocasião de julgamento de recurso repetitivo, uma vez proferida a decisão sobre a questão de direito objeto do recurso repetitivo todos os juízes de primeiro grau, tribunais e órgãos fracionários da própria Corte Suprema não podem contrariá-la. A técnica do recurso repetitivo é voltada à solução de questão prejudicial ao julgamento de recursos pendentes. Os arts. 1.037, II, 1.039 e 1.040 do Código de Processo Civil, ao exigirem a suspensão dos processos e recursos, subordinando a sua solução à decisão proferida no recurso repetitivo, deixam clara a intenção do legislador<sup>46</sup>.

De acordo com o art. 1.040, uma vez publicada a decisão: i) será negado seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem - se o acórdão recorrido coincidir com a decisão da Corte Suprema; ii) o órgão que proferiu o acórdão recorrido reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado — se o acórdão recorrido divergir da decisão da Corte Suprema; e iii) os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pela Corte Suprema. De qualquer forma, qualquer decisão que negue a decisão firmada no recurso repetitivo, resolvendo a questão de direito de modo divergente, e transite em julgado em primeiro grau, no tribunal ou mesmo na Corte Suprema, está sujeita a ação rescisória com base em violação de norma jurídica.

<sup>45</sup> A doutrina e os tribunais estadunidenses se mostram angustiados com as decisões majoritárias ancoradas em fundamentos compartilhados por minorias. Isso por terem dificuldade de admitir uma decisão que não configure *ratio decidendi* ou precedente. Quando se parte da premissa de que a Corte não pode decidir sem formar precedentes, há realmente problema quando a decisão não é proferida com base em um fundamento sustentado pela maioria do colegiado. Porém, isso parece ser um equívoco próprio do direito estadunidense, já que não se pode supor que num julgamento de que participam nove Justices sempre se tenha que ter um fundamento compartilhado por cinco. Isso equivaleria a não se poder ter uma decisão de cinco baseada em mais de um fundamento. Em verdade, isso significa confundir resolução do caso com fixação do entendimento da Corte. Mesmo num sistema de *common law* não deveria haver motivo para, ao não se encontrar maioria para sustentar um fundamento (*ratio decidendi*), não deixar a questão em aberto perante os juízos inferiores. Sobre o tema das *plurality opinions* da Suprema Corte dos Estados Unidos, ver Linda Novak, The precedential value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, vol. 80, n. 4 (May, 1980), p. 761 e ss; John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, v. 59, 1974, p. 67 e ss; Adam S. Hochschild, The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, p. 279 e ss; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993, p. 11; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004, p. 249 e ss.

<sup>46</sup> Em que pese não existir filtro semelhante à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça, é certo que esse tribunal é uma Corte Suprema que deve funcionar mediante a instituição de precedentes. Assim, a suspensão dos recursos pendentes é legítima desde que a participação dos *amici curiae* — cuja intervenção é admitida no recurso repetitivo — seja suficiente para dar voz aos litigantes perante a Corte.

Igualmente podem ser violadas as decisões proferidas em incidente de assunção de competência (art. 947, CPC). As decisões proferidas para solucionar “questão de direito com grande repercussão social” e “relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”, previstas no art. 947, *caput* e § 4º, do Código de Processo Civil, vinculam “todos os juízes e órgãos fracionários”, conforme dispõe o § 3º do mesmo art. 947. Se juiz ou órgão fracionário contraria decisão do seu tribunal que resolveu qualquer dessas questões — quando obviamente a decisão proferida no incidente de assunção não foi superada por precedente firmado por Corte Suprema —, há violação de norma jurídica.

Entretanto, é importante perceber desde logo que a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas não é uma mera decisão com eficácia obrigatória. O incidente de resolução decide questão de direito que é prejudicial ao julgamento de demandas que se repetem. Portanto, o incidente julga questão que afeta diretamente a tutela do direito de várias pessoas, ou melhor, dos diversos litigantes das demandas repetitivas. Esses sujeitos obviamente têm o direito de discuti-la. A exclusão dos litigantes da discussão da questão de direito, sem que ao menos o “representante adequado” participe do incidente de resolução, configura inquestionável violação do *due process*. Significa que o procedimento do incidente de resolução tem que necessariamente contar com a participação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos, descritos na Lei da Ação Civil Pública e no CDC. Nessas condições, corrigido o déficit de constitucionalidade do incidente, a sua decisão produz coisa julgada *erga omnes*<sup>47</sup>.

Isso quer dizer que, quando uma decisão julga demanda repetitiva e nega a decisão sobre a questão prejudicial proferida no incidente de resolução, há ofensa à coisa julgada *erga omnes* que recai sobre a questão. A ação rescisória, assim, deve ser proposta com base no inciso IV do art. 966; não com fundamento em “violação de norma jurídica” (art. 966, V, CPC).

Outra decisão que não pode ser contrariada — enquanto não superada por precedente do Supremo Tribunal Federal — é a decisão proferida no incidente

de arguição de inconstitucionalidade (art. 948 e ss, CPC). Nos termos do parágrafo único do art. 949, os órgãos fracionários ficam obrigados perante a decisão do seu tribunal proferida em incidente de inconstitucionalidade. Todos os órgãos fracionários, e não apenas aquele que submeteu a questão para decisão em incidente, ficam obrigados ou vinculados perante a decisão do plenário ou do órgão especial. E isso não apenas quando a declaração é de inconstitucionalidade, mas também quando a decisão é de constitucionalidade. A eficácia obrigatória da decisão é consequência da regra do art. 97 da Constituição Federal, que estabelece que a lei só pode ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial.

Significa que, quando uma decisão nega decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade, não importa se afirmando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, há violação de norma jurídica. De modo que é cabível, também nesses casos, a ação rescisória.

### 3 A importância dos §§ 5º e 6º do art. 966 para a confirmação do significado de “violação de norma jurídica”

Lembre-se que os §§ 5º e 6º do art. 966 foram inseridos no Código de Processo Civil de 2015 quase um ano depois da sua publicação. Esses parágrafos claramente enfatizam a possibilidade de ação rescisória em caso de decisão que se pauta equivocadamente em súmula ou precedente.

O § 5º afirma expressamente que cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 966, contra decisão que, baseada em súmula ou precedente, não fez a distinção da questão discutida no processo, ou seja, não percebeu tratar-se de outra questão ou caso. Em outras palavras, o § 5º quer dizer, a princípio, que a decisão que julgou questão ou caso com base em súmula ou precedente manifestamente inaplicáveis pode ser objeto de ação rescisória.

Como está claro, o § 5º entende que há violação a norma jurídica quando a decisão julgou caso que não poderia ser regulado pelo precedente ou súmula. A violação da norma jurídica, portanto, constitui violação de norma delineada pelo Judiciário — cuja eficácia é obrigatória.

<sup>47</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo: Ed. RT, 2016.

O § 6º frisa que a ação rescisória pode ser utilizada diante de decisão que viola norma jurídica produzida pelo Judiciário. Adverte que a petição inicial da ação rescisória, quando baseada no § 5º, deve evidenciar que a decisão rescindenda julgou caso que não podia ser regulado pela norma editada pelo Judiciário, vale dizer, que julgou caso que, além de particularizado por hipótese fática distinta ou marcado por outra questão jurídica, por conta disso impunha solução diversa.

Os dois novos parágrafos inseridos no art. 966 são claras demonstrações de que não é possível ler “violação de norma jurídica” como se lia “violação de disposição de lei”, à luz do código de 1973. Há nesses parágrafos confirmação de que é possível violar norma jurídica delineada pelo Judiciário.

#### 4 Decisão que se pautou equivocadamente (sem fazer distinção) em precedente de Corte Suprema, decisão proferida em recurso repetitivo, súmula e decisão de tribunal sobre questão

##### 4.1 Significado da não consideração da “existência de distinção”

O § 5º do art. 966 afirma que pode ser rescindida a decisão “que não tenha considerado a existência de distinção” entre o caso julgado e o “padrão decisório” que foi utilizado para decidi-lo. Por “padrão decisório” entende-se a *ratio decidendi* — no caso de precedente Corte Suprema —, a decisão da questão de direito objeto do recurso repetitivo, as *rationes decidendi* ou fundamentos determinantes das decisões que deram origem à súmula, a decisão da questão de direito objeto do incidente de assunção de competência e a decisão do incidente de inconstitucionalidade.

O precedente, a súmula e a decisão de uma questão de direito são sempre “interpretados”. Afinal, é preciso analisar se devem ou não regular o caso sob julgamento. Além disso, é preciso saber se o caso a ser julgado amolda-se a eles. Isso significa que o juiz nunca aplica irracionalmente um precedente, decisão de questão ou súmula. A adoção de qualquer um destes sempre depende de uma análise racional e justificada, intimamente ligada às particularidades do caso sob solução. Lembre-se, por oportuno, que o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil afirma que

[...] não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] v - se limitar a invocar precedente

ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; vi - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento [...].

Quando a decisão julga o caso e aplica precedente, súmula ou decisão que não podem regulá-lo há exatamente o que se chama de “falta de percepção da distinção do caso sob julgamento”. Quando isso ocorre a norma ou a solução jurídica são aplicadas equivocadamente, de modo que se pode afirmar que há violação de norma jurídica para efeito de ação rescisória.

O § 5º alude a decisão que “não tenha considerado a existência de distinção”. Porém, é certo que a rescindibilidade também se apresenta viável quando se entende, de modo manifestamente equivocado, que o caso deveria ser regulado pelo precedente, decisão ou súmula. Toda vez em que a decisão aplica precedente, súmula ou decisão de questão que *manifestamente* não podia regular o caso, aplica-se o inciso V do art. 966, uma vez que a decisão “violou *manifestamente* norma jurídica”.

Note-se que até aqui se tratou de duas hipóteses de *equivocada aplicação* de precedente, decisão ou súmula — uma em que não é considerada a existência de distinção e outra em que se supõe equivocadamente que o caso é similar ou igual. Contudo, é ainda cabível perguntar se é possível falar em violação de norma jurídica quando a decisão *deixa de aplicar precedente*, decisão ou súmula.

Sem dúvida, sim. Quando, por exemplo, a decisão deixa de aplicar decisão proferida em recurso repetitivo, há violação de norma jurídica. É fácil chegar a essa conclusão quando se está diante da mesma questão de direito. Porém, no caso em que, também por exemplo, argumenta-se que não se aplicou *ratio decidendi* ou precedente firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de embargos de divergência, a rescindibilidade da decisão dependerá desta não ter aplicado precedente que *clara e indiscutivelmente aplicava-se* ao caso. Note-se, desde logo, que a margem de aplicação de um precedente é muito maior do que a de uma decisão a respeito de questão de direito.

É interessante perceber que este problema permite voltar à ideia de zonas de luz e de penumbra,

embora aqui com outra finalidade. Determinadas *rationes decidendi* são absolutamente claras no sentido de que regulam determinados casos. Outras, no entanto, podem deixar dúvida sobre a sua aplicabilidade a certas situações. Seria possível dizer que a dúvida está relacionada à múltipla variação dos casos e não ao texto do precedente, de modo que o problema não teria relação com a sua clareza. Sucede que um texto só se torna obscuro quando confrontado com a realidade ou com os novos casos que surgem.

Quando a decisão justifica a não aplicabilidade do precedente, somente quando há manifesto equívoco, capaz de ser identificado em vista da clara e indiscutível aplicabilidade do precedente, torna-se possível admitir a rescindibilidade da decisão. De forma que a rescindibilidade de decisão que deixou de aplicar precedente caberá, a princípio, quando a decisão nada disser a seu respeito, ignorando-o. Porém, mesmo nessa hipótese, a rescisão ficará na dependência de a aplicação do precedente ser necessária, além de obviamente poder inverter o resultado da decisão tomada.

É claro que não se pode pensar, para efeito de ação rescisória, em aplicação equivocada de precedente — ou mesmo de súmula ou de decisão de questão — quando se está diante do próprio órgão judicial que o criou. Tal forma de pensar é incabível quando se considera o órgão competente para rever o precedente, a súmula ou a decisão em recurso repetitivo ou o órgão do tribunal que pode rever a decisão proferida no incidente de assunção de competência ou no incidente de inconstitucionalidade. Ou melhor, obviamente não há como supor violação de precedente, súmula ou decisão quando a Corte Suprema e o tribunal estão *em momento e em lugar* adequados para poder afastá-los — ainda que não definitivamente.

#### 4.2 O problema em face de precedente de Corte Suprema

Um precedente de Corte Suprema pode ter a sua aplicação estendida ou restringida, conforme os novos casos. A Corte, ao instituir um precedente e não obstante a necessidade deste dever ser moldado de modo a abarcar todas as situações que racionalmente exijam o mesmo tratamento<sup>48</sup>, pode

deixar de considerar alguma circunstância ou situação envolvida com o caso resolvido ou com o próprio entendimento jurídico firmado. Ademais, em virtude de os casos variarem naturalmente, conforme as particularidades que lhe dão configuração, é sempre possível o surgimento de novas situações, não tratadas no precedente.

Porém, isso não quer dizer que o precedente apenas pode ter a sua aplicação estendida. A não percepção de determinada circunstância, assim como um caso posterior, podem evidenciar que o precedente, elaborado de modo amplo para abrigo várias situações, não pode regular uma situação específica que estaria, a princípio, sob o seu guarda-chuva. Nesse caso o precedente obviamente deve ter a sua aplicação restringida.

Não há dúvida que a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes constitui forma de relacioná-los com novos casos. Dessa forma, desenvolve-se o significado do precedente, que passa a adaptar-se, sem rupturas, às situações que surgem à medida que o tempo passa.<sup>49</sup> Na verdade, um precedente deve

---

de a justificativa da decisão conter razões que demonstrem a possibilidade da sua aplicação em todos os casos dotados das mesmas particularidades fáticas individualizadas como relevantes. Como escreve MacCormick, um ato só pode ser justificado como correto mediante universalização, uma vez que mostrar a sua correção é evidenciar que, sob qualquer visão objetiva do tema, o ato deveria ser praticado — ou mesmo deve ser praticado — em face das características do ato e das circunstâncias do caso (Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 131 e ss). A universalidade tem importância para propiciar a aceitabilidade das razões justificadoras da decisão judicial e para permitir a checagem de se as decisões que lhe são posteriores ferem a igualdade. Desse modo a regra da universalidade incide em duas perspectivas: para justificar a racionalidade da decisão e para identificar se uma decisão, posterior à firmada como precedente, nega as razões desse último. Essa segunda perspectiva, contudo, é uma *consequência* da adoção de um critério de racionalidade da decisão. Mas, além de contribuir para a racionalidade jurídica, a universalidade certamente favorece a isonomia e inibe a parcialidade. Ao decidir, a Corte sabe que não poderá tratar os casos similares de modo diferente. Por isso é obrigada a proferir uma decisão que, considerando os fatos e fundamentos jurídicos relevantes, tenha validade para todos os casos posteriores que se enquadrem na mesma moldura. Significa que não poderá decidir o caso sob julgamento a não ser a partir de critérios que tenham validade para todos os casos. Assim, ficará impedida de decidir de modo parcial, isto é, considerando particularidades que não são relevantes para uma decisão universal e imparcial. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª. ed., cit., Parte II, Capítulo I, item 1.10. Ver Paula Pessoa Pereira, *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Triunais, 2015.

<sup>49</sup> Ver Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, esp. itens 5, 8 e 9.

<sup>48</sup> Fala-se neste sentido em “universalidade” do precedente. Quando se pensa em decisão universalizável não se está propriamente considerando o caso sob julgamento em face do precedente já firmado, mas se apontando para a necessidade

ser aplicado até os seus limites. É esta potencialidade, inerente ao precedente, que torna possível a sua adoção para a solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou aspectos inicialmente não tratados. Por idênticos motivos, se a finalidade do precedente deixa de estar presente diante de nova situação, não há como aplicá-lo.

O sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que não foram anteriormente tratadas, sem que seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem. Assim, a distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito<sup>50</sup>.

Diante disso, a questão que realmente interessa à ação rescisória é a de que a ampliação ou a restrição de um precedente só tem racionalidade quando compatível com as suas próprias razões. O problema, mais uma vez, é o de que a necessidade de extensão ou restrição do precedente nem sempre é clara ou isenta de dúvida. Aliás, pode haver dúvida mesmo quando o precedente não está diante de situação diversa da inicialmente contemplada. Há hipóteses em que a dúvida está centrada apenas em saber se o caso está sujeito ao precedente. Não se parte da premissa de que há caso distinto e, então, pergunta-se se cabe a extensão ou a restrição do precedente. Indaga-se diretamente se o caso está efetivamente sujeito ao precedente.

Ora bem, como não se pode rescindir decisão que não viola *manifestamente* norma jurídica, a solução para a conclusão pela rescindibilidade está na determinação das zonas em que a aplicabilidade de um precedente é “certa” e “não certa”. É sempre possível identificar, em face de um precedente, uma zona de certeza positiva — em que o precedente certamente deve ser aplicado —, e uma zona de certeza negativa, em que o precedente não pode ser aplicado. Entre essas duas zonas há uma zona de incerteza ou de penumbra. É certo que, quando se está diante de

aplicação extensiva ou restritiva do precedente, a zona de penumbra é mais extensa. Nessa zona intermediária há dúvida e, portanto, decisão que não pode violar *manifestamente* a norma jurídica. A decisão que estiver fora da zona de penumbra, no entanto, terá deixado de aplicar precedente ou terá resolvido o caso com base em precedente inaplicável. É quando, em virtude de ter a decisão violado *manifestamente* norma jurídica, caberá ação rescisória baseada no inciso V do art 966 do Código de Processo Civil.

#### 4.3 A decisão diante de súmula

Com as súmulas passa-se o mesmo, uma vez que a sua correta aplicação só pode ser determinada com base nos precedentes que lhe dão origem. Nessa perspectiva, atualmente positivada no § 2º do art. 926 do Código de Processo Civil, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso é necessário verificar os fundamentos determinantes das decisões que estão à sua base. Sem a busca da história das súmulas jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que a súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (distinção) para permitir a solução do caso sob julgamento.

Nessa dimensão, é oportuno lembrar, por exemplo, como a Súmula 691 já foi aplicada no Supremo Tribunal Federal. Essa súmula afirma que não compete

[...] ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar [...].

Porém, no HC 85.185-1<sup>51</sup> decidiu-se que a Súmula 691 não se opõe ao conhecimento de *habeas corpus* quando há *flagrante constrangimento ilegal*. Entendeu-se que, num caso como esse, é de se conhecer do pedido de *habeas corpus* em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A Súmula 691 foi mantida porque, como consta das decisões que lhe deram origem, há de se negar, como princípio, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão de ministro que, em sede liminar, indefere *habeas corpus*. Mas, segundo o Supremo Tribunal Federal, o direito

<sup>50</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5. ed., cit., Capítulo III, item 4.2.

<sup>51</sup> STF, Plenário, HC 85.185-1, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 1º/09/2006.

fundamental à tutela jurisdicional, diante da situação de flagrante ilegalidade, justifica o conhecimento do *habeas corpus* e, portanto, a não aplicação da súmula. Significa que a existência de “*flagrante constrangimento ilegal*” sustentou, a partir de um fundamento de natureza constitucional, uma *distinção*, limitando-se o alcance da súmula, que, dessa forma, continuou em vigor, porém passou a abarcar menor número de casos — exatamente aqueles em que não há flagrante ilegalidade.

A consideração dos precedentes que deram origem à súmula são imprescindíveis para se desvendar a sua finalidade e, assim, a racionalidade da sua limitação ou, quando for o caso, extensão. De qualquer forma, não se pode pensar em aplicação equivocada de súmula, para efeito de ação rescisória, por parte do órgão judicial que tem poder para afastá-la. Entretanto, quando não há espaço para discricionariedade e uma súmula é aplicada ou não aplicada de forma *manifestamente* equivocada, ou seja, fora da zona intermédia entre as zonas de certeza positiva — em que a súmula deve ser aplicada — e negativa — em que não deve ser aplicada —, há violação de norma jurídica. Advirta-se que — também aqui — a zona de penumbra é mais ampla quando se está diante de aplicação extensiva ou restritiva de súmula do que de simples aplicação de súmula.

#### 4.4 A distinção em face da decisão de questão

A decisão de questão tem importante particularidade diante da *ratio decidendi* ou do precedente quando se pensa em distinção e, especialmente, em distinção equivocada, capaz de dar origem a ação rescisória. É muito mais fácil identificar um caso que deve ser solucionado mediante o emprego de uma decisão de questão do que um caso ao qual se aplica um precedente.

O art. 1.037, § 9º, do Código de Processo Civil alude expressamente a distinção. Adverte para a distinção que pode ser feita para diferenciar a questão de direito presente em determinado processo em face daquela a ser resolvida no recurso repetitivo:

[...] demonstrando distinção entre a *questão a ser decidida no processo* e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo [...].

Note-se que, em caso de recurso repetitivo — e também na hipótese de incidente de assunção de

competência —, importa saber se a *questão de direito* é a *mesma*. A *questão de direito* tem que ser *igual, idêntica*. Não se pensa, ao contrário do que ocorre em hipótese de *ratio decidendi*, em *caso semelhante* que deve ser resolvido pela mesma *ratio*.

Portanto, existem dois pontos particulares quando se tem em conta *decisão* de questão: em primeiro lugar não importa identificar *caso*, mas *questão*. Em segundo lugar não se pergunta sobre algo que pode ser *semelhante*, mas sobre algo que é *igual ou idêntico*.

A consequência óbvia é a de que, quando uma decisão deixa de aplicar ou aplica a decisão proferida num recurso repetitivo — ou num incidente de assunção de competência —, é muito mais simples identificar se houve um equívoco manifesto ou violação manifesta de norma jurídica.

Em alguns casos, pode-se deliberadamente deixar de aplicar a decisão da questão de direito. Em outros, a decisão pode não ser aplicada mediante o argumento de que a questão sob julgamento é distinta e, ainda em outros, pode se aplicar a decisão da questão para resolver questão diferente.

Se no primeiro caso a violação manifesta de norma jurídica está à primeira vista, não se pode pensar que nos outros dois não pode haver *manifesta* violação. Nessas duas últimas hipóteses não apenas pode existir violação manifesta de norma jurídica, como a sua aferição é muito mais fácil e *simples* do que nos casos em que há aplicação de *ratio decidendi*.

Quando não se aplicou a decisão mediante o argumento de que a questão era distinta, basta ver se a questão era igual. Porém, tendo sido utilizada a decisão para a solução de questão diferente, haverá violação manifesta quando a questão for solucionada mediante a mera aplicação da decisão, sem com que a fundamentação tenha feito qualquer ligação entre a decisão da questão e a questão resolvida. Como é óbvio, quando a decisão da questão for utilizada como argumento para a decisão da questão diferente, não há que falar em violação de norma jurídica. Há violação manifesta quando a decisão da questão é aplicada, sem reflexão, para a solução de uma questão diferente.

No caso de decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade tudo é ainda mais fácil. Aí basta identificar se a lei é a mesma. Frise-se que, quando se pensa em decisão de questão de direito e em decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade, não

importa a *ratio decidendi*. Isso não quer dizer que em tais decisões não pode haver *ratio decidendi*. Quer significar, isto sim, que nessas hipóteses o que obriga é a *decisão* da questão e não a *ratio decidendi* ou o precedente.

## 5 A petição inicial da ação rescisória fundada em manifesto equívoco na aplicação de precedente, súmula ou decisão

De acordo com o § 6º do art. 966,

[...] quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica [...].

O autor, mediante a petição inicial, deve demonstrar que o caso ou a questão de direito não poderia, ou deveria, ter sido resolvido mediante a aplicação do precedente, da súmula ou da decisão. Isso é, substancialmente, o que importa constar da petição inicial.

Para tanto, o autor pode ter que evidenciar que o caso, resolvido mediante a aplicação do precedente ou da súmula, é “*particularizado por hipótese fática distinta*”, diferenciando-se e, por isso, não podendo ser regulado pelo precedente ou pela súmula. Mas o autor também pode pretender demonstrar que o caso, não obstante conter hipótese fática distinta, deveria ter sido resolvido pelo precedente ou pela súmula<sup>52</sup>. Isso ocorre quando a hipótese fática do caso está inserta na categoria pertencente ao fato considerado no precedente ou aos fatos dos precedentes que deram origem à súmula<sup>53</sup>.

Só cabe rescisão quando a decisão, em um ou outro caso, negou o significado ou a intenção do precedente ou da súmula. Assim, o autor terá que

demonstrar que os fatos do caso, à luz da *ratio* do precedente ou das *rationes* dos precedentes, *não permitiam* a aplicação do precedente ou da súmula, ou, na hipótese inversa, *exigiam-na*. Não há como deixar de lembrar que a violação ao precedente ou à súmula deve ser manifesta. A aplicabilidade ou não do precedente ou da súmula, diante dos fatos do caso, deve ser clara, isenta de dúvida.

O § 6º fala ainda em demonstração “de questão jurídica não examinada”. Se a decisão aplicou precedente — ou súmula — supondo que ele tratou de determinada questão jurídica, quando em verdade ele dela não tratou, é certo que o precedente não poderia ter sido aplicado. Contudo, esta parte do § 6º faz mais sentido quando relacionada à decisão que aplicou decisão de questão de direito que não dizia respeito à questão solucionada.

## 6 Violação de norma jurídica “dotada de aceitabilidade”

Mas a norma jurídica que pode ser manifestamente violada não é apenas aquela elaborada pelo Judiciário. Também é possível violar norma jurídica que não foi delineada por Corte Suprema, que não está presente em decisão com eficácia obrigatória de tribunal e que poucas vezes teve que ser afirmada pelos juízes.

Se os textos legais em regra estão numa zona de incerteza ou de penumbra e, por isso, frequentemente abrem oportunidade para vários resultados-interpretação ou normas jurídicas que, posteriormente, têm que passar pelo crivo das Cortes Supremas para a definição do sentido do direito, certamente há textos legais que dificilmente dão lugar à dúvida àqueles que com eles se deparam.

É claro que qualquer texto, por mais claro que seja, sempre tem a possibilidade de ser confrontado com particularidades concretas capazes de torná-lo obscuro e de interpretação complexa ou duvidosa. Porém, também é certo que existem interpretações que derivam clara e logicamente do texto, independentemente da necessidade de valoração de elementos que podem ser postos em dúvida. Assim, por exemplo, quem olha para o art. 1.003 do Código de Processo Civil não fica em dúvida em afirmar que o prazo para a interposição do recurso de apelação é de quinze dias.

<sup>52</sup> Afinal, como diz Schauer, “para que uma decisão seja precedente para outra não há necessidade de que os fatos dos casos anteriores e posteriores sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para nenhum outro caso”. (Frederick Schauer, *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 575).

<sup>53</sup> Lembre-se que “a tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (Frederick Schauer, *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 577).

Isso não quer dizer que, dessa forma, está a se aceitar a ideia de que determinados textos têm valor em si ou independem de normas jurídicas, deles extraídas pelo intérprete. Ainda que um texto não comporte dúvida interpretativa, ele sempre oportuniza interpretação, já que o texto, enquanto enunciado das fontes, nunca se confunde com o discurso daquele que o analisa. O texto legal adquire outro valor, ou seja, valor de norma jurídica, quando pronunciado pelo intérprete.

Lembre-se que o argumento do “open texture” dos textos legislativos, desenvolvido por Hart<sup>54</sup>, de que decorrem as ideias de zona de luz e de zona de penumbra, permitiu-lhe a conclusão de que o enunciado que está na zona de luz, ao contrário daquele que está na zona de penumbra, constitui uma norma que é pré-definida, que, assim, pode ser simplesmente descrita. O propósito de tal argumento foi o de demonstrar a validade da teoria normativista. Entretanto, aqui não interessa distinguir zona de luz e zona de penumbra para afirmar a existência de uma norma que antecede a interpretação. Na verdade, aqui não se aceita a ideia de que a norma é pré-definida.

Não é preciso negar que ter em conta um texto legal implica necessariamente atribuir-lhe significado, pouco importando a sua suposta clareza

ou dubiedade, para admitir que determinados textos resultam em normas sobre as quais não paira discussão no comum dos casos<sup>55</sup>. Frise-se que não se está a admitir norma engastada no texto, mas se está a falar de aceitação da interpretação ou da norma que deriva do texto pelas pessoas que cotidianamente estão com ele envolvidas. Trata-se, em outras palavras, do que se pode denominar de uma norma “*dotada de aceitabilidade*” ou de uma “*situação de consenso*” a respeito da norma.

É necessário admitir a rescindibilidade de decisão que nega interpretação ou norma jurídica racionalmente “*aceita*” por aqueles que estão envolvidos com o texto legal ou sobre a qual há consenso. Nessas situações, em que a norma jurídica é “*dotada de aceitabilidade*”, certamente cabe a rescindibilidade da decisão com base em “*violação manifesta a norma jurídica*”, nos termos do inciso V do art. 966. Perceba-se que isso não redundaria na admissão de violação de disposição de lei, como se a norma nela estivesse encartada. A violação é de norma jurídica que, a despeito de não afirmada por Corte Suprema ou por decisão investida de particular autoridade, é “*dotada de aceitabilidade*”.

<sup>54</sup> Herbert Hart, *The concept of Law*, cit., p. 86 e ss.

<sup>55</sup> Significa que não se nega que “*una disposizione è chiara, in relazione a un qualche problema da risolvere e a un qualche caso concreto da disciplinare, soltanto dopo averla interpretata*” (Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 62).

## 1 Introdução

Os princípios delineados na lei suprema de justiça social e liberdade de iniciativa, fundamentos de toda a ordem econômica, foram maculados, mas, particularmente, comprometido o futuro, por uma proposta equivocada dos últimos governos, ao desdenharem a evolução tecnológica, a competitividade internacional e o progresso econômico, que poderiam gerar empregos e desenvolvimento de que o Brasil necessitaria.

Privilegiou-se o aparelhamento do Estado, em grande parte para “amigos do rei”, sem preparação real para o exercício de funções públicas e com base em ideologias ultrapassadas.

É, pois, o que demonstrarei neste estudo, no qual tratarei de relevantíssimo tema: a justiça econômica.

## 2 Dos princípios fundamentais da ordem econômica

Particpei, durante os trabalhos constituintes, de duas audiências públicas, na fase em que os parlamentares apenas ouviam especialistas, ou seja, nos três primeiros meses de trabalhos. A primeira, foi na Subcomissão do Sistema Tributário, presidida por Francisco Dornelles e a segunda, na Subcomissão da Ordem Econômica, presidida por Antonio Delfim Netto<sup>1</sup>.

\* 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 – 1ª 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 das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio – SP. Fundador e presidente honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU-Escola de Direito/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

<sup>1</sup> Assim se referiram os parlamentares da Subcomissão à colaboração dos juristas que a assessoraram no primeiro anteprojeto: “Atendendo à sugestão do Constituinte Mussa Demis, vou apenas registrar notável esforço que esta Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas realizou, ao longo das últimas 3 semanas, no sentido de ouvir e receber subsídios e sugestões de todos os segmentos

Os dois textos produzidos pelas duas Subcomissões, que resultaram nos arts. 145 a 156 (primeira) e 170 a 182 (segunda), foram considerados textos de boa qualidade, nada obstante a notável “contribuição de pioria” que as sucessivas reformas constitucionais promoveram, no Sistema Tributário.

No capítulo da Ordem Econômica, é de se destacar a posição da maioria dos constituintes participantes daquela Comissão, no sentido de compatibilizar o princípio da economia de mercado com o da justiça social, resultando no bem escrito art. 170, composto de dois princípios fundamentais, nove princípios complementares e de um parágrafo de valorização do empreendedorismo, que não mereceu reparo, acrescentando-se duas Emendas Constitucionais, que terminaram por valorizar o arcabouço principiológico do capítulo<sup>2</sup>.

---

da sociedade brasileira interessada em um novo desenho do Capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional.

Cumprindo prazo regimental, apresentamos proposta de anteprojeto ao texto da futura Carta Constitucional que, não tendo a pretensão de ser algo perfeito e acabado, deverá sofrer aprimoramentos através das emendas que os membros desta Subcomissão certamente haverão de apresentar.

Necessário se faz assinalar a valiosa contribuição oferecida a esta Subcomissão pelas autoridades e entidades aqui recebidas em audiência pública: os Professores e Técnicos Fernando Rezende, Alcides Jorge Costa, Geraldo Ataliba, Carlos Alberto Longo, Pedro Jorge Viana, Hugo Machado, Orlando Caliman, Ives Gandra da Silva Martins, Edvaldo Brito, Souto Maior Borges, Romero Patury Accioly, Nelson Madalena, Luís Alberto Brasil de Souza, Osiris de Azevedo Lopes Filho; o Secretário da Receita Federal, Dr. Guilherme Quintanilha; [...]” (grifos meus) (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 19 jun. 1987, p. 139).

<sup>2</sup> Celso Ribeiro Bastos entende, ao interpretar este artigo, que são quatro princípios fundamentais e não dois:

“Encontramos no *caput* do artigo referência a quatro princípios: “valorização do trabalho humano”, livre iniciativa”, “existência digna” conforme os ditames da “justiça social”. Do contexto extrai-se que o Brasil filia-se ao modelo capitalista de produção, também denominado “economia de mercado”, embora a Lei Maior só vá fazer referência ao mercado no art. 219. De qualquer sorte, fica clara a filiação do nosso país a esse modelo econômico que é um dos dois fundamentais encontráveis na nossa era. Ao lado dele encontra-se o sistema de direção central da economia, também denominado “socialista”.

Não se pode negar que o sistema capitalista é hoje temperado por graus diversos de intervenção do Estado, o que tem levado alguns autores a falar na existência de uma forma de economia mista. No entanto, quer em termos econômicos, quer jurídicos, a ordem econômica é ainda tributária de um desses dois modelos

Está, na sua atual redação, o art. 170, assim redigido:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*I - soberania nacional;*

*II - propriedade privada;*

*III - função social da propriedade;*

*IV - livre concorrência;*

*V - defesa do consumidor;*

*VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

*VII - redução das desigualdades regionais e sociais;*

*VIII - busca do pleno emprego;*

*IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

Como se percebe, a valorização do trabalho, de um lado, e a livre iniciativa, de outro, são os dois pilares mestres da Ordem Econômica<sup>3</sup>.

Em recente almoço com o então presidente do Tribunal de Contas da União, Aroldo Cedraz, disse-me ele que, recebido por autoridades chinesas, em recente visita oficial à China, ficou surpreso com a observação de um deles de que sem economia de mercado, o comunismo não funciona. Falou em “comunismo”, não em “marxismo”, pois o marxismo alicerça-se, exclusivamente, na luta de classes e na eliminação

cardeis” (Comentários à Constituição do Brasil, Ives Gandra Martins e Celso Bastos, 7º v., Ed. Saraiva, 2. ed., 2000, p. 16).

<sup>3</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que:

“Livre exercício da atividade econômica: É tão intensa a experiência brasileira com o dirigismo estatal que a Constituição, depois de consagrar a livre iniciativa, a livre concorrência, a liberdade em geral etc., ainda tem o cuidado de afirmar que a atividade econômica é livre, não depende de autorização do poder público” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 2, Ed. Saraiva, 1999, p. 177).

da economia de mercado substituída pela economia planejada do Estado.

É interessante que, na década de 50 para 60, uma editora brasileira especializada em publicar livros sobre a filosofia e a economia da União Soviética, editou um trabalho intitulado “Fundamentos da Economia Soviética”, escrito por diversos economistas.

Nele, defendiam seus autores que o simples fato de a economia ser planejada, mediante os famosos planos quinquenais, permitiria eliminar todas as distorções provocadas pelo mercado — os desperdícios —, dando, portanto, eficiência máxima à potencialidade da área empresarial estatal.

Só não contavam com a falta de talento, a burocratização da criação, o espírito de acomodação e o gigantismo das empresas estatais soviéticas, que redundaram no fracasso absoluto de sua economia, na queda do Muro de Berlim, no desfazimento do império soviético e — até o advento do lulopetismo no Brasil — num PIB inferior ao de nosso País<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Roberto Campos faz um duro diagnóstico de 30 anos de governo antes da Constituição e propõe reformas até hoje não realizadas:

“O ‘milagre brasileiro’ do fim da década de 60 e começo dos anos 70 (1968/72) foi precedido do intenso reformismo do Governo Castelo Branco. Foram as reformas que se poderia chamar de ‘reformas de primeira geração’, visando a tarefa de ‘institution building’ como preparação do Brasil, para a modernização capitalista: a criação do BNH e do Banco Central, o Código Tributário, a implantação do FGTS, a lei do mercado de capitais, a reforma administrativa do D.L. 200, a revisão do Código de Minas e da legislação de eletricidade fizeram parte desse esforço de modernização pré-capitalista.

“Na trágica década de 80, mercedamente chamada de ‘década perdida’, ao invés de reformas, houve uma ‘contrarreforma’. Foi a Constituição de 1988, híbrida no político, utópica no social e obsoleta no econômico. A grande tarefa que temos pela frente é precisamente desfazer essa ‘contrarreforma’” (Desafios do século XXI, ob. cit., p. 25).

O Plano Real, bem melhor concebido que os planos heterodoxos anteriores, e as reformas constitucionais que o Congresso votou ou está votando, sob o impulso do presidente Fernando Henrique Cardoso, podem ser descritos como as ‘reformas de segunda geração’.

Esse movimento abrange as reformas estruturais - administrativa, previdenciária e fiscal - e o redimensionamento do Estado pela privatização de estatais e de serviços infraestruturais.

Tendo perdido a terceira onda de crescimento, o Brasil tem de se preparar, neste fim de século, para a quarta onda de crescimento. Por isso, é necessário pensar desde já nas ‘reformas de terceira geração’, a serem empreendidas antes do final do milênio. Dois dos obstáculos mais visíveis à retomada do crescimento sustentado são: a baixa escolaridade da mão de obra, que inabilita para ter bom desempenho na ‘sociedade do conhecimento’, e o déficit de poupança doméstica” (Desafios do Século XXI, coordenação de Ives Gandra Martins, Ed. Pioneira, 1997, p. 25).

O mesmo desastre dos “saqueadores” soviéticos — quantos líderes dos países do comunismo, com a queda do império, foram executados por desvios, sendo exemplo maior a figura de Nicolae Ceausescu na Romênia — conseguiram os governos de Lula e Dilma, na feliz expressão de Ayn Rand, em seu romance “A revolta de Atlas”, para denominar um governo de incompetentes e corruptos que assumira o governo dos Estados Unidos, na segunda metade do século passado<sup>5</sup>.

O certo é que, na Constituinte, a presença de uma esquerda moderada e de brilhantes constituintes conservadores, como Delfim Netto, Roberto Campos e outros, na Subcomissão do Título VIII, levou a uma norma em que os fundamentos da Ordem Econômica foram lançados, eliminando-se, de um lado, o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º) e, de outro, a exploração do consumidor (170, inciso V). Foi estabelecido, pela primeira vez, a “livre concorrência” como princípio fundamental ao desenvolvimento econômico (art. 170, inciso IV), estimulando, pois, os vocacionados ao empreendedorismo e terminando com o planejamento econômico, tornado somente indicativo para o setor privado (art. 174, *caput*)<sup>6</sup>.

Este equilíbrio entre os vocacionados para a empresa, o reconhecimento da falta de vocação do Estado para o empreendedorismo e a valorização do trabalho, terminou por gerar os dois artigos chaves da Ordem Econômica, ou seja: cabe ao setor privado a iniciativa econômica, sendo o Estado mero complemento, naquilo que não configure serviços públicos (art. 173); cabe ao Estado atuar preponderantemente nas finanças públicas, quando da prestação de serviços públicos, campo em que cabe ao setor privado ser mero complementador da atuação estatal (art. 175).

Ambos os artigos têm as seguintes dicções:

*Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando*

*necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).*

*§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

*§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.*

*§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

*§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.<sup>7</sup>*

[...]

*Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou*

<sup>5</sup> O título original do livro era “Quem é John Galt?” e a edição brasileira em 3 volumes é da Editora Expressão e Cultura (Rio de Janeiro, 1987).

<sup>6</sup> O art. 174, *caput*, tem a seguinte dicção: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>7</sup> No livro *Caderno de Direito Econômico* nº 1, “Disciplina jurídica da iniciativa econômica”, Ed. Resenha Tributária, 1983; anterior à Constituição de 1988” por mim coordenado e escrito por Áttila de Souza Leão Andrade Jr., Edvaldo Brito, Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Geraldo de Camargo Vidigal, Ives Gandra Martins, Jamil Zantut, José Carlos Graça Wagner, José Tadeu de Chiara, Luiz Felizardo Barroso, Raimundo Bezerra Falcão, Roberto Rosas e Washington Peluso Albino de Souza, esta separação entre ambas as iniciativas é pormenorizadamente estudada.

*permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

*Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - política tarifária;*

*IV - a obrigação de manter serviço adequado.*

Desta maneira, o constituinte delineou bem o que seria a Ordem Econômica, com equilíbrio entre o trabalho, o capital, a participação do Estado e do setor privado, nos campos em que têm maior aptidão para atuar e controlar abusos na parte da produção e do consumo, fundamentando, pois, dessa forma, o sistema constitucional da ordem econômica justa.<sup>8</sup>

Infelizmente, nos últimos 13 anos de aparelhamento do Estado pela notável incompetência de governos populistas e a fantástica onda de corrupção que promoveram, devastando todo o arcabouço constitucional brasileiro, o País foi mergulhado na crise da qual teremos que lutar muito para sair, tal o monumental desastre que foi a maculação de todos os princípios constitucionais da Ordem Econômica.

### 3 Das encíclicas sociais de suas santidades e sua implantação no século XXI

Por ordem alfabética e não pela ordem cronológica, passo a enumerar as principais encíclicas papais sobre a Ordem Social, desde a "Rerum Novarum":

*Laudato Si – Papa Francisco (2015);*

*Caritas in veritate – Papa Bento XVI (2009);*

*Spes Salvi – Papa Bento XVI (2007);*

*Deus caritas est – Papa Bento XVI (2005);*

*Centesimus Annus – Papa João Paulo II (1991);*

*Laborem Exercens – “ (1981);*

*Mater et Magistra – Papa João XXIII (1961);*

*Pacem in Terris – “ (1963);*

*Populorum Progressio – Papa Paulo VI (1967);*

*Quadragesimo Anno – Papa Pio XI (1931);*

*Rerum Novarum – Papa Leão XIII (1891)<sup>9</sup>.*

Alguns aspectos merecem ser destacados, nas referidas encíclicas.

O primeiro deles é que a verdadeira Ordem Social Justa não foi obra de David Ricardo, Saint-Simon, Marx ou Engels, que, ao diagnosticarem os problemas da injustiça social, apenas encontraram terapêutica para exacerbar a crise de convivências de classes, gerando verdadeiros massacres. Exemplo são os massacres promovidos por Lenin e Stalin, na Rússia e União Soviética, Castro, em Cuba, Mao, na China e líderes menores em todos os países onde conseguiram gerar uma economia estatal ineficiente, um aparelhamento do poder e restrições monumentais ao direito de povos e a sua liberdade política. A sociedade sujeita a seu domínio vive, por consequência, uma derrocada, não conseguindo nivelar as classes pela opulência, mas sim, pela miséria, pelo subsalário e pelo medo de contestar. Mais recentemente, a falência da Venezuela decorreu desta mentalidade não construtiva, mas demolidora.

Roberto Campos dizia que, normalmente, nos países socialistas, os ideais são superiores aos resultados e nos capitalistas os resultados são superiores aos ideais. Não sem razão, todas as economias marxistas ou comunistas fracassaram e todas as economias de mercado lideraram o progresso e o desenvolvimento mundial<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> José Afonso da Silva apenas admite a exploração econômica direta do Estado nas hipóteses do "caput" do art. 173, dizendo:

"Fala em 'exploração direta de atividade econômica pelo Estado' (art. 173) e do Estado como "agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174). Quer dizer: o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da economia. Pode-se manter, em face da atual Constituição, a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja, a de que ela reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a participação e a intervenção. Ambas constituem instrumentos pelos quais o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica tendo em vista a realização de seus fundamentos e de seu fim, já tantas vezes explicitados aqui. É importante ter em vista essas razões que fundamentam a atuação do Estado Brasileiro no domínio econômico, porque, se essa atuação não é princípio da ordem econômica, não pode também ser vista como simples exceção, na medida em que tanto a iniciativa privada como a estatal se destinam ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos" (*Comentário contextual à Constituição*, 7. ed., Malheiros Editores, 2010, p. 731).

<sup>9</sup> Disponível em: <[www.vatican.va/offices/papal\\_docs\\_list\\_po.html](http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_po.html)>.

<sup>10</sup> Roberto Campos esclarece:

"Num lúcido artigo em O Estado de S. Paulo, de 17 de fevereiro, Ives Gandra Martins, jurista eminente e espírito refinado como poucos, sob o título inflação Legislativa" toca num ponto que liberais curtidos, como eu, vemos com preocupação cada vez mais funda. O Estado vem crescendo e ficando cada vez mais abrangente e sufocante. Até mesmo sem querer, como no caso de Fernando Henrique, que é uma pessoa amena, de vocação para o diálogo, sem personalidade autoritária, e certamente sem o menor traço totalitário. Também a maioria dos meus colegas

A própria observação de Piketty, na sua análise sobre os principais países desenvolvidos, de que de 1700 para cá, continuam as mesmas diferenças de poupança e riqueza entre as classes abastadas e populares, carece de um dado que, embora apresentado de forma tangencial, não mereceu dele maior destaque, ou seja, que as classes pobres, há 300 anos, eram muito mais pobres que as classes pobres de hoje. Atualmente, parcela considerável delas tem todos os benefícios próprios da civilização moderna (celulares, televisores, internet, carros etc.). A diferença não diminuiu, mas a qualidade de vida da classe pobre melhorou muito, nos países por ele estudados, nos últimos 300 anos<sup>11</sup>. O que me parece, entretanto, fundamental comentar é que não foram os grandes defensores da luta de classes — que querem guerras e mortes em massa —, mas as encíclicas papais que geraram a verdadeira busca por uma ordem jurídica e social mais equilibrada.

Neste particular, a meu ver, o grande desenvolvimento, que representou um divisor de águas entre o passado do direito formal — dizia Anatole France que todos são iguais perante a lei e têm, ricos e pobres, o mesmo direito de dormir debaixo das pontes, e o direito social, em que o Estado deixa de ser apenas um assegurador da lei, para se tornar um promotor da justiça social, foi estimulado pela Igreja. O Estado não deve fazer o que não sabe fazer, ou seja, ser empresário, mas sim o que deve e pode fazer: evitar abusos, excessos e garantir ao mais fraco, com educação e oportunidades, a inserção na sociedade. É o que de melhor o Estado pode oferecer.

---

do Congresso, pelo menos na intenção, preferem os valores do convívio democrático. Entretanto, nunca se legislou tanto, tão apressadamente, nunca se invadiu tanto os direitos individuais, nunca ficou tão irremediavelmente confusa a noção do respeito às garantias jurídicas, nunca instituições antes respeitadas se tornaram instrumento de ativismo ideológico, demagogia e estrelismo. O Presidente legisla por Medida Provisória, Os ativistas (e, pior ainda, os bem-intencionados) tentam passar leis sobre tudo, acabando até com a moderada garantia representada pela autorização do juiz, acabando com a privacidade e com a defesa contra a eventual opressão da burocracia a serviço das autoridades de plantão a pretexto de diminuir a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro para a droga, e por aí a fora. O Governo não consegue segurar a criminalidade? Pouco importa, basta desarmar o cidadão comum, de bem, esse que não comete crimes, e que diante da insegurança oficializada, pediria pelo menos a ilusão de uma chance de se defender, por pequena que fosse" (*O Estado do futuro*, coordenação Ives Gandra Martins, São Paulo: Ed. Pioneira, 1998, p. 26).

<sup>11</sup> "Le Capital au XXIe Siecle", Paris: ÉDITIONS DU SEUIL, 2013.

É o que mostrei, à luz da resposta anterior, nos fundamentos discutidos e aprovados pela Constituinte, que vêm, sistematicamente, sendo pisoteados por governos das três esferas da Federação.

A partir da "Rerum Novarum", a questão social foi considerada fundamental para o equilíbrio da convivência entre os povos e para o próprio exercício democrático. Não sem razão, as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) abriram para o mundo inteiro a outorga de direitos sociais no mesmo nível de direitos individuais e políticos.

Segundo Norberto Bobbio, na "Era dos Direitos", o século XX foi o século da declaração de direitos, mas que o século XXI deveria ser o século da vivência destes direitos, ou seja, torná-los aplicáveis para grande parte da humanidade<sup>12</sup>.

Ora, a partir da Encíclica "Rerum Novarum" de Leão XIII abre-se um novo campo, com novo horizonte para os direitos sociais, com perspectivas que todos os seus sucessores na cátedra de Pedro souberam, com pertinência e de acordo com o tempo em que viveram, explicitá-lo, conformando uma verdadeira doutrina social da Igreja ou, melhor dizendo, doutrina social de Cristo.

É bem verdade que o mundo vive em permanente conflito, como mostrei na minha primeira trilogia "Uma visão do mundo contemporâneo"<sup>13</sup>, "A era das contradições"<sup>14</sup> e "A queda dos mitos econômicos"<sup>15</sup>, procurando apresentar algumas alternativas para reflexão de governantes, filósofos, historiadores, economistas, juristas; e de sociólogos, na segunda trilogia "Uma breve teoria do poder"<sup>16</sup>, "Uma breve introdução ao direito"<sup>17</sup> e "Uma breve teoria do constitucionalismo"<sup>18</sup>, que completei com o último livro "O Estado à luz da História, da Filosofia e do Direito"<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> Rio de Janeiro: Ed. Elsevier Campus Editora Ltda., 7. ed., 2004.

<sup>13</sup> São Paulo: Ed. Pioneira, 1996.

<sup>14</sup> São Paulo: Editora Futura, 2000.

<sup>15</sup> São Paulo: Editora Pioneira Thomson Learning, 2004.

<sup>16</sup> São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009;

<sup>17</sup> São Paulo: Editora RT, 2010.

<sup>18</sup> Lex Magister, abril de 2015.

<sup>19</sup> São Paulo: Editora Noeses, 2015.

Em todos estes quatro últimos livros, procurei mostrar que a essência de uma justa política social está em que aqueles que as aplicarem tenham o sentido de dever, de serviço público — não de servir-se do público — para que seu próprio exemplo auxilie a implantação de políticas de conteúdo social, nos termos apregoados por todos os papas, desde a “*Rerum Novarum*”. Lembro que São José Maria Escrivá escreveu, em “*Caminho*”: “*Frei Exemplo é o melhor pregador*”.

Devemos, de um lado, lutar por servir ao próximo, a partir do exuberante cardápio ofertado pelas Encíclicas Sociais dos Pontífices, sendo, ainda, o único caminho para alcançar aquilo que Hervada tinha como a melhor definição do Direito: “*É a ordem social justa*”.

#### 4 Das políticas sociais para famílias de baixa renda

Todas as políticas sociais devem ser condicionadas a uma contrapartida, quando o objetivo é exclusivamente complementar ou gerar renda que não decorra de emprego.

Fernando Henrique, inspirado por sua esposa, Ruth Cardoso, ao criar o Bolsa Escola, condicionou o benefício a que a família beneficiária mantivesse seus filhos na escola, como forma de tornar a educação uma alavanca para o crescimento dos jovens de forma íntegra.

Se analisarmos o trabalho constituinte, no título VIII, no capítulo da Educação, veremos que o legislador supremo teve a preocupação de que todas as crianças tivessem o ensino básico gratuito (art. 208, inciso I)<sup>20</sup>,

<sup>20</sup> Celso Bastos lembra o princípio que vem de constituições anteriores:

“Ao estudarmos as nossas Constituições anteriores observamos que a de 1824 declarava, em seu art. 179, XXXI, que a instrução primária era gratuita a todos os cidadãos, contudo não fazia nenhuma referência a sua obrigatoriedade. A Carta de 1934 preceituava, no art. 150, parágrafo único, que o ensino primário integral e gratuito e de frequência obrigatória era extensivo aos adultos. Na Constituição de 1937, art. 130 o ensino primário era obrigatório e gratuito, e a gratuidade, porém, não excluía o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, seria exigida aos que não alegassem, ou notoriamente não pudessem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. Já a Constituição de 1946 estabelecia, em seu art. 168, que o ensino primário era obrigatório e só seria dado na língua nacional, e que o ensino primário oficial era gratuito para todos. A Constituição de 1967, por sua vez, declarava, no art. 168, § 3º, que o ensino dos sete aos quatorze anos era obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais. Pela Emenda Complementar n. 1, de 1969, art. 176, § 13º-0, o ensino primário era obrigatório para

que as entidades de natureza educacional, sem fins lucrativos, fossem imunes (art. 150, inciso VI, letra c e 195, § 7º) de impostos e contribuições; que 25% da receita dos impostos estaduais e municipais e 18% da dos impostos federais estivessem vinculados à educação (art. 212), percentual este reduzido pela Emenda 1 da Revisão em 20% (1993); e que as entidades confessionais, comunitárias ou filantrópicas recebessem recursos públicos (art. 213), numa clara visão de que a educação e saúde eram assuntos prioritários para a Assembleia Nacional Constituinte<sup>21</sup>.

É que as benesses para reduzir desequilíbrios sociais sem contrapartidas, transformam-se numa

todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais. Comenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Esse ensino é obrigatório, quer dizer, trata-se de uma obrigação do brasileiro seguir o ensino de primeiro grau, como dele é um direito. Dada a idade em que normalmente se cursa o ensino fundamental, claro está que a obrigação recai diretamente sobre os pais ou responsáveis do educando” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 8º v., Ed. Saraiva, 2000, pp. 587-588).

<sup>21</sup> Reproduzo os artigos citados:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)...”;

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; [...].”

“Art. 195 [...]

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”;

“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”;

“Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessionais, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.”

espécie de aposentadoria prematura, razão pela qual, em vez de gerarem estímulo ao crescimento, podem gerar — como o Bolsa Família efetivamente gerou no governo populista — acomodação e corrupção.

Diagnosticou, o Tribunal de Contas da União, pelo menos 15% de desvios, nas benesses concedidas sem contrapartidas, com mais de 500 vereadores e até deputados recebendo o auxílio mencionado, muitos deles proprietários de automóveis próprios.

Volto a insistir que o nosso constituinte foi previdente, ao prever políticas públicas com vinculação de tributos; ao incentivar as entidades privadas sem fins lucrativos, como universidades e hospitais, a colaborarem com o Estado em atividades essenciais; e ao impor ensino obrigatório como obrigação fundamental do Estado.

Por outro lado, a proposta de um auxílio para reduzir a distância entre classes sociais deve decorrer de estudos técnicos e não, como ocorreu com a Bolsa Família, de interesses eleitorais<sup>22</sup>.

É de conhecimento público que, às vésperas de eleições, Estados em que o governo federal estava em possível desvantagem, à luz de levantamentos de agências de pesquisas eleitorais, a concessão de Bolsa Família cresceu consideravelmente, gerando, inclusive, a distorção atrás citada, de centenas de Vereadores, embora tendo sido eleitos para cargo remunerado, terem alegado “estado de pobreza” para justificar a percepção do benefício.

Por outro lado, é certo que políticas desta natureza não são orçamentariamente tão onerosas. O Bolsa Família para 13 milhões de famílias, no ano de 2015, representou em torno de 20 bilhões de reais.

No mesmo período, 13 milhões de servidores públicos federais, estaduais e municipais ativos e inativos receberam o equivalente a 47,18% da carga tributária brasileira, que era de 32,46% do PIB, segundo dados oficiais, ou seja, receberam 15,31% do PIB, à época calculado em torno de 2 trilhões de dólares,

ou seja, 7,5 trilhões de reais. Em outras palavras, enquanto a Bolsa Família para 13 milhões de pessoas representou para o Governo Federal um gasto de 20 bilhões de reais, os vencimentos dos 13 milhões de servidores ativos e inativos das três esferas custaram ao contribuinte brasileiro 1 trilhão de reais!!!, ou seja, 50 vezes mais!!!<sup>23</sup>

Nitidamente, as políticas sociais transformam-se, no curso dos anos, em políticas eleitoreiras para garantir votos populistas, muito mais do que políticas objetivando o crescimento do cidadão. O ideal seria se contrapartidas em educação fossem exigidas, com severa fiscalização e imposição de quatro condições fundamentais, a saber: 1) educação para jovens e para adultos não alfabetizados; 2) verificação objetiva de que o beneficiário se encontra em situação de miséria; 3) adoção de rígidos estudos técnicos para que o benefício não se transforme em instrumento de captação de votos, a substituir o atendimento das necessidades efetivas de quem precisa de auxílio; 4) adoção de mecanismos capazes de ajudar os beneficiários a alcançar a própria independência do programa.

Sem tais requisitos, qualquer política é apenas projeto de campanha eleitoral, objetivando, não o benefício da população, mas a obtenção de votos, em prejuízo da democracia.

Por esta razão, percebe-se que a política dos 13 anos de governo Lula-Dilma não conseguiu o que é essencial para um país ganhar mercado, ou seja, gerar competitividade empresarial. Provocou, isto sim, uma forte dependência da população carente de estímulos governamentais, visando, não poucas vezes, exclusivamente, a obtenção de votos, mais do que ao bem-estar de uma sociedade que necessita de permanente progresso para evoluir em educação, cultura e bem-estar social.

Creio mais nas políticas geradas por escolas privadas ou pelo sistema S, como, por exemplo, o CIEE, SESC ou SESI ou mesmo pelo antigo Bolsa Escola, em que a contrapartida era obrigatória, do que nas políticas que aparentemente objetivam auxiliar, mas que se esgotaram na mera entrega de favores, sem promoção humana — mas sim eleitoral —, não permitindo a evolução da sociedade. Não foram fomentadas no

<sup>22</sup> A lei de responsabilidade fiscal ao determinar limites de despesas nos segmentos da Administração Pública impõe um controle maior para toda a espécie de políticas públicas. Comentei a lei com um grupo de especialistas. O livro, editado pela Saraiva (7. ed. 2014) sobre a LC 104/01, foi de minha coordenação e de Carlos Valder do Nascimento, com prefácio de Carlos Mário da Silva Velloso e a colaboração de Carlos Valder do Nascimento, Damásio de Jesus, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra Martins, José Maurício Conti, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Mauro Roberto Gomes de Mattos e Misabel Abreu Machado Derzi.

<sup>23</sup> Os dados mencionados são divulgados pelo Ministério da Fazenda da RFB.

cidadão ambições maiores, de progredir e melhorar pessoal e socialmente; estimulou-se uma mera “sobrevivência de aposentado”<sup>24</sup>.

## 5 Da distribuição de riquezas sem geração de rendas

Quando jovem, estudei piano com meus dois irmãos, João Carlos e José Eduardo. Apesar de ter tido os mesmos professores, pertencido à Associação Brasileira de Jovens Compositores, ter dado alguns concertos em conservatórios, composto músicas e até ser elogiado por Guiomar Novaes, nunca tive dúvidas de minhas limitações artísticas. Decidi não seguir a carreira musical, sentindo-me mais vocacionado para outras áreas do conhecimento (literatura, filosofia, Economia, Política e Direito, em que mais atuei)<sup>25</sup>.

Meus irmãos tinham vocação e seguiram seus destinos musicais, José Eduardo tendo sido professor titular de piano na USP (ECA), com centenas de concertos no Brasil e no exterior, principalmente na Europa, onde tem mais de uma vintena de CDs gravados, além de participar de bancas de doutorado nas principais Universidades de Portugal, França e Bélgica. Khachaturian votou nele para a final do 2º Concurso de Moscou, em 1961.

João Carlos foi comparado a Glen Gould e considerado um dos maiores intérpretes de Bach, no século XX.

É que tinham talento para tal.

O empreendedorismo, da mesma forma, não é uma vocação que se improvisa, nem o seu exercício é uma atividade em que não seja necessária qualquer aptidão.

O empreendedor é cidadão vocacionado para tal, como o é o músico, o literato, o jurista, o jogador de futebol ou o estadista.

Ora, pensar que porque alguém deseja o poder, pode retirar da sociedade recursos através de tributos para montar um esquema de governo do qual seja o principal beneficiário, é o suficiente para demonstrar que não tem vocação empresarial, para gerar empregos ou desenvolvimento. Estimular a atuação de quem não tem vocação para o serviço — que é próprio da livre iniciativa — é equívoco em que incorreram todos os países da cortina de ferro, todos os países bolivarianos, todos os países de esquerda, que procuram afastar os empreendedores, colocando em seu lugar os “amigos do rei” ou aqueles beneficiários do poder<sup>26</sup>. Tais governos terminam sendo constituídos pelos “quatro cavaleiros do Apocalipse”: o político sem vocação de estadista, o burocrata, que pensa ser dono do poder e busca nele manter-se, criando um sem número de obrigações para a sociedade; o corrupto e o incompetente, em cujo caldo viscoso vicejam todos os vícios, assim como os marginais de um bom sistema. O resultado é sempre a perda de competitividade, o desemprego, o retrocesso e a perda de liberdade, que terminam com a fragilização dos regimes democráticos<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> José Afonso da Silva esclarece:

“1. VALORES DA ORDEM SOCIAL. A Constituição declara que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Ai estão explicitados os valores da ordem social. Ter como base o primado do trabalho significa pôr o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o homem se realiza com dignidade. Ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, não de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família. e que a riqueza produzida no país, para gerar Justiça social, há de ser equanimemente distribuída. Neste particular, a ordem social harmoniza-se com a ordem econômica, já que esta se funda também na valorização do trabalho e tem como fim (objetivo) ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF) - o que já mereceu consideração’ (Comentário contextual à Constituição, 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 772).

<sup>25</sup> Havia à época a Associação Brasileira de Jovens Compositores, sediada no Conservatório Dramático e Musical à Av. São João. Presidia-a Yves Rudner Schmitt. Era membro e fazia diversas apresentações com composições minhas entre 1950 e 52.

<sup>26</sup> Em meu livro “Uma breve teoria do poder” dedico inúmeros capítulos para mostrar que a política raramente coaduna-se com o empreendedorismo e quando se juntam, não poucas vezes a corrupção e concussão são seus frutos (São Luiz/MA: Ed. Resistência Cultural, 8. ed.).

<sup>27</sup> Escrevi: “OS QUATRO CAVALEIROS DO APOCALIPSE - Como nos filmes, começo este artigo in formando que qualquer semelhança do que vou escrever com pessoas ou governos é mera coincidência. Em dois livros meus, ‘Uma breve teoria do poder’ e ‘A queda dos mitos econômicos’, edições esgotadas, procurei mostrar que quem busca o Poder, na esmagadora maioria dos casos, pouco está pensando em prestar serviços públicos, mas em mandar, usufruir ou beneficiar-se do governo. Prestar serviços públicos é um mero e feito colateral, não necessário. Com maior ou menor intensidade, tal fenômeno ocorreu em todos os períodos históricos e em todos os espaços geográficos. É bem verdade que a evolução do Direito e da Democracia, nos dois últimos séculos, tem permitido um certo, mas insuficiente, controle do exercício do poder pelos quatro cavaleiros do apocalipse - o político, o burocrata, o corrupto e o incompetente -, razão pela qual as nações encontram-se permanentemente, em crise. A ‘Utopia’ de Moore, a ‘República’ de

Não pode haver geração de empregos, nem justiça social, sem desenvolvimento. Da mesma forma que há necessidade de talentos para as artes e ciências, há necessidade de talentos e especialistas para o empreendedorismo, vocação que a história passada e recente está demonstrando que não está presente nos que buscam o poder para mantê-lo a qualquer custo, nem mesmo especializando-se no que deveria ser a essência do poder, ou seja, prestar serviços à sociedade.

Tais considerações levam a outra conclusão ainda mais dramática.

Sob a alegação de que o Estado tem, nos servidores, prestadores de serviços públicos a bem da sociedade, não têm limite as benesses que se auto outorgam os detentores do poder.

---

Platão e 'A cidade do sol' de Campanella exteriorizam ideais para um mundo, em que a natureza humana seria reformada por valores que, embora vivenciados por muitos, raramente são encontrados nos que exercem o poder. O primeiro dos quatro cavaleiros do Apocalipse, o político, na maior parte das vezes, para alcançar ascensão na carreira, dedica-se exclusivamente à 'desconstrução da imagem' dos adversários. Tem razão Carl Schmitt, em sua teoria das oposições, ao declarar que o político estuda o choque permanente entre o 'amigo' e o 'inimigo'. Todos os meios são válidos, quando o poder é o fim. A ética é virtude descartável, pois dificulta a carreira. O burocrata, como dizia Alvin Toffler, é um 'integrador do poder'. Presta concurso público para sua segurança pessoal, porém, mais do que servir ao público, serve-se do público para crescer e, quanto mais cria problemas para a sociedade, na administração, mais justifica o crescimento das estruturas governamentais sustentadas pelos tributos de todos os contribuintes. Há países que se tornaram campeões em exigências administrativas, as quais atravancam seu desenvolvimento, apenas para justificar a permanência desses cidadãos. O corrupto é aquele que se beneficia da complexidade da burocracia e da disputa política, enriquecendo-se no poder, sob a alegação de necessidade de recursos, algumas vezes, para as campanhas políticas e, no mais das vezes, 'pro domo sua'. Apesar de Montesquieu, ao cuidar da tripartição dos poderes, ter dito que o poder deve controlar o poder, porque o homem nele não é confiável, quando em todos eles há corruptos, o poder não controla a corrupção. O inepto, que conforma o quadro da esmagadora maioria dos que estão no poder, é aquele que, incapaz do exercício de uma função privada na qual teria que competir por espaços, prefere aboletar-se junto aos poderosos. São os amigos do rei. Não sem razão, Roberto Campos afirmava que há no governo dois tipos de cidadãos, 'os incapazes e os capazes de tudo'. Quando espocam escândalos de toda a forma, quando a corrupção torna-se endêmica, quando o processo legislativo torna-se objeto de chantagem, quando a mentira é tema permanente dos discursos oficiais, quando a incompetência gera estagnação com injustiça social, percebe-se que os quatro cavaleiros do Apocalipse estão depredando a sociedade e desfigurando a pátria que todos almejam. Felizmente, o Brasil é uma nação que desconhece os quatro cavaleiros do Apocalipse, pátria em que todos são idealistas e incorruptíveis, razão pela qual este artigo é uma mera digressão filosófica" (*Folha de S. Paulo* – 16/12/2014 – Tendências/Debates).

No último ano, o *déficit* da Previdência Social dos servidores públicos e das estatais, nas três esferas, foi de 121 bilhões e 811 milhões de reais.

Se considerarmos que o Fundo de Pensões das Estatais gera um prejuízo de 77 bilhões de reais e que os 9 milhões e 800 mil "servidores públicos" aposentados, a maior parte deles abaixo dos 60 anos, têm uma expectativa média de vida de 73 anos, gerariam um prejuízo a ser suportado pela sociedade de 200 milhões de brasileiros de aproximadamente 200 bilhões de reais, visto que a aposentadoria oficial é mais de uma dezena de vezes superior à aposentadoria do regime geral do povo "não governamental", o qual tem um *déficit* inferior aos 100 bilhões para o mesmo período com mais do triplo dos aposentados <sup>28</sup>.

À evidência, com o peso do custo da mão de obra da administração ativa e inativa dos "servidores públicos" das três esferas, a nossa carga tributária chega a patamares semelhantes à da Alemanha, pouco inferior a Suécia e países nórdicos, onde o Estado cuida de tudo para o cidadão. Já o nosso desenvolvimento econômico é insuficiente e as "migalhas" distribuídas em planos sociais de pequeno custo — o grande peso dos tributos é para sustentar a máquina burocrática — tornam impossíveis o crescimento e a competitividade, em um mundo em que a competição é a única realidade econômica.

Neste quadro dramático, em que as contas públicas não fecham, em que a Federação não cabe no PIB, em que a burocracia assaltou o poder e em que os privilégios dos detentores do poder são intocáveis, pois são eles que comandam o cenário político e econômico, é de se compreender que o País vive a ilusão dos *slogans*. A realidade nada tem a ver com o discurso de Maduro e Castro, de que os regimes bolivariano e cubano são bons, pois combateram a miséria, embora a miséria tenha tomado conta dos dois países, Venezuela e Cuba<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Dados no site do Ministério da Fazenda do Governo Federal.

<sup>29</sup> Escrevi: "FIDEL 'PAREDÓN' CASTRO - Passada a emoção da morte do mais sanguinário ditador das Américas, que provocou as mais variadas manifestações de tristeza dos decadentes movimentos da esquerda mundial, mister se faz uma análise fria sobre os anos de chumbo, em que vivia e vive o povo cubano, que vêm se prolongando desde os fins da década de 50, quando Fidel assumiu o poder, na infeliz ilha caribenha. O primeiro ponto a destacar é a falta de respeito aos direitos humanos. Brutalmente, foram fuzilados, ao estilo da era do terror da Revolução Francesa, sem julgamento e direito de defesa, milhares de cubanos, nos famosos

'paredóns'. De 1792 a 1794, quando Robespierre assumiu o controle do governo francês, dezenas de milhares de pessoas foram guilhotinadas, condenadas por tribunais populares. Fidel substituiu as guilhotinas pelos 'paredóns' e fuzilamentos em massa. Naquela época, nos meus primeiros anos de advocacia, em que era ainda popular tomar-se a bebida denominada 'Cuba Libre', era hábito pedir-se nos bares 'Cuba sem Fidel', pois a ditadura lá se instalou desde os primeiros momentos. Igor Gielow, comparando diversos arquivos de várias instituições e adotando aquele considerado o mais conservador, apresenta 7.326 mortos ou desaparecidos nas prisões cubanas (quase 6.000 fuzilados em 'paredóns'), não se incluindo nesse número os afogados nas tentativas de fuga da ilha, ou seja, 65 mortos por grupos de 100 mil habitantes. Pelos mesmos critérios, o Chile assassinou, sob Pinochet, 23,2 para cada 100 mil habitantes, o Paraguai, sob Stroessner, 10,4, o Uruguai 7,6, a Argentina 30,9, no regime militar, a Bolívia 6,2, e o Brasil 0,3. É de se lembrar que no período militar brasileiro foram mencionados pela 'Comissão da Verdade' 434 mortos ou desaparecidos, negando-se, aquela Comissão, a apurar as 129 mortes provocadas pelos guerrilheiros, algumas em atentados terroristas em logradouros públicos. Por isto, foi alcunhada de 'Comissão da meia verdade'. É certo que a letalidade do Governo Cubano caiu, sob o domínio de Raul Castro, havendo registro de 264 vítimas, de 2006 para cá (Folha de S. Paulo, A14, 01/12/2016). O segundo aspecto a ser estudado, é o da liberdade. Em artigo que publiquei 'O neo escravagismo cubano' (Folha de S. Paulo, 17/02/2014, Pg., A3), após ler o contrato dos médicos cubanos com o governo brasileiro, nele encontrei cláusulas de proibição de receberem, no Brasil, qualquer visita, mesmo de parentes, sem que houvesse antes autorização de autoridades cubanas. Ficavam, por outro lado, com apenas ¼ do salário e transferiam para o governo fidelista, ¾. Mantinha, a ditadura, por garantia, seus familiares em Cuba, como reféns, para que voltassem àquela ilha, eliminando, assim, o eventual desejo de que pedissem asilo às autoridades brasileiras. Talvez nenhum símbolo seja tão atentatório à dignidade da pessoa humana, como os termos do referido contrato, aceito pelo governo da Presidente Dilma sem discussão. Não sem razão, o presidente Lula disse ter perdido, com a morte de Fidel, 'um irmão mais velho', José Dirceu declarou, no passado, 'ser mais cubano que brasileiro' e Marco Aurélio Garcia afirmou que 'havia mais democracia em Cuba que nos Estados Unidos', num de seus costumeiros arruobos. Quanto à Economia, conseguiram, os Castros, levar sua população à miséria, com salários inferiores à 'bolsa família' para a esmagadora maioria dela, independentemente da qualificação profissional. No momento em que ruiu o Império Soviético e a ilha deixou de ser mantida economicamente pela Rússia, assim como quando desmoronou a equivocada economia Venezuelana, com a perda de apoio do regime chavista — talvez Chávez ainda estivesse vivo, se tivesse se tratado em hospitais americanos e não cubanos —, a economia do país, sem tecnologia, indústria de ponta e investimentos de expressão, viu-se e vê-se sem horizontes, implorando aos americanos apoio para sobreviver, em um mundo cada vez mais competitivo. Politicamente, em lugar de adotarem o modelo chinês, de uma esquerda política e uma direita econômica, o que permitiu à China pular de uma economia com PIB inferior ao do Brasil, no início dos anos 90, para a segunda economia do mundo, 20 e poucos anos depois, continuaram, num estilo menos estridente que o do tiranete Maduro, a defender o fracasso comprovado, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, das teses marxistas, com o que o futuro da Ilha está dependendo ou da abertura democrática, ou do auxílio externo, pouco provável no mundo em que vivemos. Fidel Castro instalou a mais longeva ditadura das Américas, só possível por ser pequena a população de seu país e rígido o controle das pessoas, sem liberdade para pensar algo diferente do que pensam

Repito, a melhor forma de se fazer justiça social é gerar empregos e desenvolvimento, a partir de reais políticas educacionais, e não com greves de estudantes manipuladas por escusos interesses políticos. Atraso industrial e tecnológico não facilitam verdadeiras políticas sociais.

Até para a dignidade humana, sentem-se homens e mulheres muito mais realizados como pessoas, quando vivem do seu trabalho, e não quando recebem esmolas para enfrentar sua miséria.

A melhor forma de distribuir riquezas é dar condições para que a população as gere; e não que as receba sem gerá-las.

## 6 Da possibilidade de estimular investimentos no país cuidando simultaneamente de políticas sociais

Uma nação só cresce, se tiver sólida base na educação.

Anteriormente, fiz questão de realçar a necessidade de contrapartidas para os programas sociais de distribuição de renda. O título "Bolsa Educação" seria melhor que "Bolsa Família", pois, de rigor, a contrapartida ao auxílio deveria ser colocar os jovens na escola. E, não só os jovens, mas também idosos que não tiveram oportunidade de serem educados.

Por outro lado, estimular a competição empresarial, com políticas tributárias adequadas<sup>30</sup>. Nos meados do século passado, Laffer formulou

as classes dominantes. Os saudosistas brasileiros de uma esquerda mergulhada no maior escândalo de corrupção da história do mundo, lamentaram a perda daquele ditador, cujo irmão, no Poder, vê seu mais forte aliado, o incompetente Maduro, verdadeiro exterminador do futuro imediato da Venezuela, mantendo-se à frente de seu governo graças às decisões de um Poder Judiciário escolhido por um Parlamento derrotado, às vésperas de ser substituído, e que se tornou capacho do Executivo. Friamente examinando-se o período de domínio do tirano insular, há de se convir que, sua figura para os historiadores que virão, será a de líder cruel e sanguinário, cujo carisma oratório empolgou, todavia, toda uma geração de jovens, a qual acreditou que a melhor forma de combater as injustiças sociais não seria criar empregos e progresso, mas apropriar-se dos bens alheios, mesmo à custa da violência e da destruição dos valores democráticos. Felizmente, esta ilusão começa a ser desfeita, em todos os continentes, pois as ideologias, corruptelas das ideias, não geram desenvolvimento, mas apenas decepção e sofrimento" (Jornal *O Estado de S. Paulo* – 06/01/2017 – A2 Espaço Aberto).

<sup>30</sup> No meu livro "Uma teoria do tributo", Ed. Quartier Latin, enfrento a questão.

célebre teoria — que recebeu o nome de a “Curva de Laffer”. Nada obstante, ter sofrido críticas e ajustes hermenêuticos demonstrou que a elevação excessiva da carga tributária pode representar redução de arrecadação, se, num determinado momento, o peso dos tributos desestimular o empreendedorismo. Pela formulação lafferiana, o aumento da carga tributária excessivamente chega a um ponto de crescimento em que a curva se reverte e, quanto maior a carga menor a arrecadação.

Ouvia, certa vez, de um secretário de finanças de um estado brasileiro, quando convidou autoridade para equacionar o problema tributário de seu estado, a observação de que aumentaria os tributos. Obteve como resposta que para isso não precisaria da *expertise* de uma outra autoridade. De rigor, para todos os problemas complexos, há sempre uma solução simples, geralmente errada. Qualquer ignorante em economia parte do princípio de que se se precisar de mais receita, basta aumentar a tributação, o que, no mais das vezes, não gera justiça social, desenvolvimento, emprego, estabilidade política ou desenvolvimento<sup>31</sup>.

É de se lembrar que os três grandes movimentos constitucionalistas da história moderna decorreram de três revoluções tributárias. Em 1214, os barões ingleses revoltaram-se contra João sem Terra, por excesso de tributos, impondo-lhe a “Magna Carta Baronorum” com limites ao desmandos do Tesouro (1215). Em 1776, os americanos revoltaram-se contra o aumento de tributação das “Leis Townsend”, impondo a derrota dos ingleses e o nascimento dos Estados Unidos, com uma Constituição liberal (1787). Em 1789, os franceses deram início à Revolução Francesa, contra o excesso de tributação de Luís XVI com a promulgação da Constituição Cidadã de 1791. A própria Inconfidência

Mineira foi uma reação à política tributária do reino, que levou à morte Tiradentes<sup>32</sup>.

Margareth Thatcher manteve-se durante 11 anos no poder e só caiu quando aumentou a tributação no Reino Unido sobre a propriedade imobiliária.

A fórmula ideal seria o Estado desburocratizar-se, diminuindo-se seu tamanho para a sociedade crescer, mantendo políticas sociais para evitar abusos do poder econômico, mas controlando seus próprios abusos, supersalários e benefícios, além da adiposidade da máquina estatal. Fundamental, entretanto, é o maciço investimento em educação, com o que, em apenas uma geração, já teríamos pessoas mais competentes para enfrentar os desafios da modernidade e gerar o desenvolvimento capaz de criar empregos em profusão.

## 7 Da burocracia

E chego ao ponto fulcral deste trabalho: não há desenvolvimento possível, nem justiça social, onde a burocracia impera com excessivas regras, autobenefícios, desestímulos à sociedade empresarial<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> No livro “O tributo”, com as colaborações de Antônio Delfim Netto, Arion Sayão Romita, Arnaldo Niskier, Cássio Mesquita Barros, Dejalma de Campos, Diogo Leite de Campos, Emane Galvêas, Eusebio González, Fabio Giambiagi, Fernando Rezende, Gustavo Miguez de Mello, Ives Gandra da Silva Martins, Joacil de Britto Pereira, José Joaquim Gomes Canotilho, José Pastore, Manuel Porto, Maria Teresa de Carcomo Lobo, Marilene Talarico Marfins Rodrigues, Mary Elbe Queiroz, Paulo Nathanael Pereira de Souza, Ricardo Lobo Torres, Rogério Lindenmeyer V. Gandra da S Martins, Ruben Sanabria, Sacha Calmon Navarro Coêlho, Sérgio de Andréa Ferreira, Sérgio Ferraz, Sidney Saraiva Apocalypse, Victor J. Faccioni e Zelmo Denari, por mim coordenado, procuramos mostrar, juristas, economistas, sociólogos, a real função do tributo para o desenvolvimento (Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007).

<sup>32</sup> D.R. Myddelton, lembrando Marshall, escreve: “DEFINITION – Taxation (or confiscation) consists of direct seizure of private money or property by the State, backed by the threat of force. Confiscation (“appropriation to the State treasury”, (colloq.) “legal robbery with sanction of ruling power”) implies neither total seizure, as is commonly thought, nor any element of penalty. Nevertheless, as Chief Justice John Marshall pointed out: “The power to tax is the power to destroy” (The power to destroy, A Study of the British Tax System, Johnson, London, 1969, p. 15).

<sup>33</sup> Em meu artigo de 1991 para *O Estado de São Paulo* mostrei que já à época a Federação não cabia no PIB:

“O CUSTO DA FEDERAÇÃO - Arnold Toynbee, no livro “Um estudo da História” (Ed. Martins Fontes, tradução de Isa Silveira Leal e Manoel Silveira, p.1986), às páginas 162 a 180, faz menção a dois mecanismos que podem levar as civilizações ao sucesso e ao fracasso. Pelo primeiro (mimese), os povos capazes de perceber que o maior complexo das relações sociais de qualquer natureza -- e o social aqui é aplicado como adjetivo vinculado ao substantivo sociedade -- é mecânico, mas reconhecem, como no organismo físico; que uma parte depende da vontade e” das decisões de comando, podem gerar a criatividade necessária para superar os desafios que ocorrem, em cada instante histórico e em cada espaço geográfico. E serão bem sucedidos. Se, ao contrário, a repetição dos gestos mecânicos do organismo social -- como naquele físico esclerosado -- se estender à parte orgânica, que depende da vontade, havendo uma “inversão” de papéis”, o Estado criador torna-se um Estado repetitivo e o colapso da Nação ocorre. Justifica assim o fracasso político do povo judeu, a falência do helenismo, a derrota de Roma, para não se falar das civilizações nascidas no Próximo, Médio e Extremo Orientes, antes, do apogeu daquelas três.

Tais considerações trago à reflexão dos leitores do Estado sobre o momento brasileiro, que, a meu ver, pela repetição de fórmulas ultrapassadas e pela falta de criatividade para enfrentar os desafios atuais, está retratando uma nação, que se esfrangalha, sem um projeto inovador.

O primeiro ponto a se examinar -- e neste artigo apenas dele cuidarei -- é o do modelo de Estado federativo adotado, cujo custo político é incomensuravelmente maior do que os benefícios que tal forma de Estado poderia oferecer à sociedade brasileira.

Os ideais políticos brasileiros da segunda metade do século passado centravam-se em três bandeiras hasteadas por todos os homens de consciência da época, inclusive os três jornalistas que fundaram A Província de São Paulo em 1875, a saber: Júlio de Mesquita, Rangel Pestana e Hipólito da Silva, ou seja: 1) a bandeira abolicionista; 2) a bandeira republicana e 3) a bandeira federalista. E as três saíram vitoriosas antes do encerramento do século, muito embora hoje tenha eu sérias dúvidas se o presidencialismo republicano adotado se revelou melhor que o parlamentarismo monárquico de D. Pedro II.

A Federação brasileira, todavia, veio à luz distorcida. Em verdade, a tradição histórica do país -- a começar quando Afonso Henriques, após a batalha de São Mamede, ofereceu um novo modelo político à Europa -- sempre esteve voltada para governos centrais fortes, como em Portugal, único a ostentar, naquele continente, um rei que governava, ao contrário dos demais Estados europeus, em que os reis fracos eram dirigidos por senhores feudais ou nobres fortes. Tal centralização continuou nas colônias lusitanas, sendo a principal responsável pela manutenção de um país com dimensões continentais, fenômeno político que as outras nações europeias que chegaram à América não conseguiram assegurar. Canadá e Estados Unidos ganharam seu atual tamanho geográfico, não por força e gesto de um só povo, mas de acordos entre governos ou de conquistas posteriores à independência.

Por esta razão, a Federação brasileira, nas Constituições de 1891, 1934 e 1937, exteriorizou-se por modelo que tinha tal perfil apenas no texto da lei suprema. A de 1946 procurou alargar a descentralização federativa, novamente compactada em 1967 e na Emenda nº 1/1969.

Na tentativa, todavia, de assegurar maior domínio político, Estados foram criados no período de exceção de 1964 a 1985, atingindo o número de 26 na atual carta, a qual se revelou federativa na realidade e não apenas na teoria constitucional. Outorgou, todavia, o constituinte de 1988, ao município o estatuto de entidade federativa, sendo o Brasil hoje o único país civilizado em que a Federação integra o município entre seus participantes.

Na doutrina, tem-se discutido muito sobre tal modelo, que, politicamente, impõe um custo maior à sociedade, compensado nos países que o adotam por uma redução global do tamanho do Estado, em economias francamente liberais. É que, em vez de uma esfera de poder político, a Federação deve suportar duas, autônomas e não soberanas. Ora, o custo político adicional não retorna em serviços públicos para a população, visto que tais serviços são prestados pela administração, e não pelos políticos. No Brasil, contudo, sobre não ter o Estado diminuído sua ciclópica estrutura pela franca adoção de uma economia liberal que o tornaria também economicamente menos pesado à sociedade -- criou uma terceira esfera de poder, a dos municípios, com autonomia amplamente alargada no texto constitucional de 1988. Desta forma, o brasileiro é obrigado, com seus tributos, exigidos pelas três esferas, a sustentar sua administração pública, além de cinco mil Poderes Executivos, cinco mil Poderes Legislativos e 27 Poderes Judiciários, que compõem os cinco mil entes federativos do País. E todo o drama nacional reside em que, apesar de a

Hoje, as verdadeiras políticas sociais são realizadas não pelo governo, mas por entidades sociais, em que a Igreja Católica, mais do que qualquer outra instituição, pontifica. Outras Igrejas cristãs tradicionais seguem também o modelo de 2.000 anos, da igreja Católica Apostólica tradicional, nada obstante um proliferar de seitas cristãs tenha se beneficiado, ultimamente, da credence popular, mais do que beneficiam a população mais simples com políticas sociais cristãs.

Entidades vinculadas a instituições sindicais têm, também, promovido mais políticas sociais que o governo, lembrando-se que, mesmo as ações do "Iulopetismo" (Bolsa Família e Minha Casa, Minha Vida) serviram mais à política eleitoreira do que à política social, com claros desvios detectados pelo Tribunal de Contas da União. Tais programas gerados por preferências ideológicas, nem por isto deixaram de ser úteis, pois seu baixo custo, à luz de uma carga tributária em torno de 1/3 do PIB, terminou beneficiando realmente uma camada da população incapaz de conseguir empregos, pelos equívocos econômicos e incompetência dos governos destes últimos 13 anos.

A excessiva burocracia mina os verdadeiros projetos de políticas sociais. O ex-senador Eduardo Suplicy, baseado em John Rawls, tem sido um propagador da "renda mínima", que alguns países

carga tributária em nível de produto privado bruto -- isto é, do pagamento de tributos pela sociedade não governamental -- ser a mais elevada do mundo (60% do PPB), é insuficiente para sustentar o custo político de uma Federação disforme, em que um dos Estados (Acre) tem menos população (393 mil habitantes) que o bairro de São Miguel Paulista, em São Paulo. Por estatísticas acientíficas, demagógicas e coniventes, os governos dizem que a carga tributária corresponde a 25% do PIB, que é formado, em mais de 50% pelas cinco mil entidades federativas que não pagam tributos.

Em outras palavras, o governo brasileiro compara a carga tributária do País com a de outros países, sem nunca se referir à participação da máquina estatal, que não paga tributos, no PIB dos outros países. Sem este referencial, a comparação reflete uma das mais fantásticas mentiras estatísticas de que se tem conhecimento.

Compreende-se, pois, a razão do aéctico acordo da rolagem da dívida interna de Estados e municípios com a União, no Valor de dois terços da dívida externa brasileira, à custa do exaurido contribuinte.

Estou convencido de que a Federação brasileira não cabe no PIB nacional e, se não pensarmos -- todos e de imediato -- em reduzi-la a Estados com densidade econômica própria, transformando os demais, em Territórios Federais, que não têm o custo de uma estrutura política regionalizada, o País não sairá da crise em que está. O tema é delicado, mas, se não for enfrentado por esta geração, a geração futura estará definitivamente comprometida" (*O Estado de São Paulo*, 23/01/1992).

começam a adotar, mas com sólidos critérios seletivos, que terminam por compensar a necessidade de contrapartida, em países onde a educação é prioridade do Estado<sup>34</sup>.

## 8 Conclusão

Por todo o exposto, entendo que a excessiva burocracia manipula projetos sociais, gera preferências

indesejáveis e termina por atrapalhar o desenvolvimento de uma nação. Na lista das encíclicas papais citadas, o Estado, se não atrapalhar, já faz muito, mas deve sim controlar os abusos do poder econômico e ser fator de estímulo à sociedade para crescimento. Quanto maior a burocracia, menos serviços prestará e menos políticas sociais gerará. Quanto maior, mais se acomodará nas benesses e terminará gerando o avanço do retrocesso. Uma justiça equilibrada entre a máquina que serve e a sociedade que cresce, através, principalmente, da educação, parece-me o melhor caminho para uma “Justiça econômica”, no Século XXI.

---

<sup>34</sup> John Rawls em dois livros, “Uma teoria do tributo” e “Democracia e Liberdade” faz observações pertinentes sobre desenvolvimento da sociedade à luz de respeito às teorias divergentes a que denomina “teorias não abrangentes”.



Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 13.509, de 22/11/2017 (mensagem de veto).**

Dispõe sobre adoção e altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Publicada no *DOU* de 23/11/2017.

**Decreto 9.187, de 1º/11/2017.**

Regulamenta a prorrogação das concessões de geração de energia termelétrica de que trata a Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 03/11/2017.

**Decreto 9.188, de 1º/11/2017.**

Estabelece regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a adoção de regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais.

Publicado no *DOU* de 03/11/2017.

**Decreto 9.192, de 06/11/2017.**

Regulamenta a Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013, para dispor sobre a licitação de concessões de distribuição e de transmissão associadas à transferência de controle de pessoa jurídica prestadora de serviço público de energia elétrica, e dá outras providências

Publicado no *DOU* de 07/11/2017.

**Decreto 9.199, de 20/11/2017.**

Regulamenta a Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.

Publicado no *DOU* de 21/11/2017.

**Decreto 9.204, de 23/11/2017.**

Institui o Programa de Inovação Educação Conectada e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 24/11/2017.



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Segunda Seção

*Processual Penal. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Princípio da fungibilidade de recursos. Assembleia Legislativa. Comunicação sobre o recebimento de denúncia contra deputado estadual. Emenda Constitucional 35/2001. Obrigatoriedade. Fatos imputados contemporâneos ao exercício do mandato. Não ocorrência. Perícia. Apreciação no mérito. Agravo regimental. Não provimento.*

I. Nos termos do artigo 304, II, *a*, do Regimento Interno desta Corte, é cabível a interposição de agravo regimental de decisão dos relatores de processos de competência da seção e não embargos de declaração e, para que seja aplicado o princípio da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas é necessário que estejam presentes os requisitos para a sua aplicação, quais sejam: (a) interposição de recurso dentro do prazo legal; (b) ausência de erro grosseiro.

II. Recurso tempestivo. Ausência de erro grosseiro. Recebimento como agravo regimental.

III. O egrégio Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento no sentido de que: “A comunicação ao parlamento sobre o recebimento da denúncia contra parlamentar (§ 3º do art. 53 da Constituição da República, com a alteração da Emenda Constitucional n. 35/2001) é obrigatória somente quanto a crimes cometidos durante a vigência do mandato em curso, tomando-se como parâmetro cada diplomação” (HC 117.338 ED/BA, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21/06/2016 - grifei), circunstância não ocorrente nos autos, tendo em vista que os fatos narrados são anteriores ao exercício do mandato de deputado estadual.

IV. A verificação da similaridade ou identidade entre o gerador instalado na Penitenciária Mista de Parnaíba/PI e o lícitado, objeto destes autos, mostra-se necessária até mesmo para dimensionar a própria tipicidade material do fato imputado, em prestígio à amplitude do direito de defesa e para evitar futura alegação de nulidade em conta de seu eventual cerceamento.

V. Agravo regimental parcialmente provido.

(Agravo Regimental na Ação Penal 0026446-55.2012.4.01.0000/PI, rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada), unânime, e-DJF1 de 10/11/2017, p. 63)

*Penal. Mandado de segurança. Multa diária por descumprimento de ordem judicial. Facebook. Bloqueio de valores via Bacenjud. Impossibilidade. Ordem concedida.*

I. Hipótese em que o ato judicial, nos autos do Procedimento 0007960-83.2016.4.01.32000, em face do Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., determinou o bloqueio, pelo Bacenjud, de valores referentes à multa processual, imposta por descumprimento de ordem de quebra de sigilo telemático dirigida à impetrante.

II. O Bacenjud constitui uma ferramenta eletrônica da qual se vale o Poder Judiciário, por via de convênio com o Banco Central do Brasil, para dar efetividade e rapidez a cumprimento de ordens de penhora (chamada penhora *on line* – art. 655-A do CPC), decorrentes de decisão lançadas em processos judiciais.

III. Pressupõe a existência de um título executivo sob cobrança, seja ele extrajudicial, inserido numa relação processual (e material) própria, ou decorrente de uma relação processual que se lhe originou, quando título executivo judicial, condições não ocorrentes na espécie.

IV. O exercício da constrição forçada tem por pressuposto a resistência da parte em cumprir uma obrigação que lhe compete por um título executivo, situação que se não apresenta no processo de fundo, cuja imposição decorre de uma multa processual, originada de (suposto) descumprimento de uma ordem judicial.

V. Não se discute, neste âmbito de cognição, a validade ou não de imposição da multa, senão a forma de sua execução. Não se mostra possível, na espécie, a constrição dos ativos financeiros, via Bacenjud. A execução da multa diária, fixada por descumprimento de ordem judicial, seguirá o rito do art. 475-J do CPC.

VI. Se a multa vier a prosperar — não se sabe se a parte a questionou no seu plano de existência e validade —, a regra é que, devidamente certificada (*an debeat*), seja inscrita na dívida ativa da União e, sendo o caso, cobrada pelos ditames da Lei 6.830, de 22/09/1980 (LEF), que envolve a dívida tributária e não tributária (art. 2º, § 2º – LEF e art. 14, parágrafo único – CPC).

VII. Concessão do mandado de segurança. Confirmação da liminar. Agravo interno do MPF prejudicado.

(Mandado de Segurança 0042962-14.2016.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 10/11/2017, p. 67)

## Terceira Seção

*Processual Civil. Conflito de competência. Juizado especial federal e juízo federal comum. Ação de cobrança de taxas de condomínio incidentes sobre imóvel da União. Matéria excluída da competência do juizado especial federal independentemente do valor atribuído à causa (art. 3º, § 1º, inciso II, da Lei 10.259/2001).*

I. A competência dos juizados especiais federais cíveis é absoluta e fixada em função do valor da causa, excetuando-se da regra geral, todavia, as causas a que se refere o § 1º, incisos I a IV, do art. 3º da Lei 10.259/2001, entre as quais se inclui as ações que versam sobre bens imóveis da União, como no caso.

II. Conflito conhecido e julgado procedente, para declarar a competência do Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.

(Conflito de Competência 0025667-27.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 14/11/2017, p. 07)

*Constitucional, Tributário e Processual Civil. Ação rescisória. Código de Processo Civil 2015, art. 966, V. Alegação de ofensa ao art. 195, I, § 4º, da Constituição Federal/1988. Contribuição previdenciária sobre o valor da receita bruta da comercialização da produção rural – Funrural. Enunciado 373 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade à espécie. Acórdão rescindendo dissonante da decisão proferida no julgamento do RE 718.874/RS. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Constitucionalidade da contribuição social do empregador rural pessoa física instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção. Questão de ordem. Acórdão pendente de publicação. Sobrestamento do julgamento.*

I. Divergindo o aresto rescindendo do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, deve ser afastada na espécie a incidência do óbice expresso no verbete 343 da Súmula/STF — “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” — ainda que ao tempo da prolação do julgado impugnado fosse controvertida a solução jurídica dada à lide.

II. Em sessão plenária recente o Supremo Tribunal decidiu, por maioria de votos, ser constitucional a contribuição do empregador rural, pessoa física, ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — Funrural, determinando ser “constitucional, formal e materialmente, a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção.” (RE 718.974/RS-RG).

III. Encontrando-se pendente de publicação o acórdão proferido pelo STF no exame do RE 718.874-RG, pelo que ainda pode ser objeto de impugnação, da qual eventualmente decorra alteração do resultado do julgamento, faz-se prudente o acolhimento da questão de ordem suscitada para que se determine o sobrestamento do processo.

IV. Acolhimento da questão de ordem suscitada para se determinar o sobrestamento da ação rescisória e do agravo regimental interposto contra o deferimento da medida antecipatória, até o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 718.874, em regime de repercussão geral.

(Ação Rescisória 0070890-37.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, unânime, e-DJF1 de 17/10/2017, p. 24)

## Quarta Seção

*Processual Civil. Incidente de resolução de demandas repetitivas (ILRDR). Bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira. Inexistência de suspeição/impedimento de conselheiros/auditores fiscais do Carf. Alteração da Medida Provisória 765/2016 pela Lei 13.464/2017.*

I. Ofende a dignidade humana presumir a má-fé ou a desonestidade das pessoas, especialmente de agentes públicos no exercício de suas funções (Constituição, art. 1º/III). Daí que é incompreensível supor que, no julgamento de recursos no Carf, os auditores/conselheiros mantenham as “multas tributárias e aduaneiras incidentes sobre a receita de tributos” simplesmente movidos pelo sentimento ou interesse de não ver reduzido seu “bônus de eficiência”.

II. O Decreto 70.235/1972 (com força de lei), que dispõe sobre o “processo administrativo fiscal” e a Lei 9.784/1999, sobre o “processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, *não preveem* a suspeição ou impedimento de auditores/conselheiros por esse motivo.

III. As hipóteses de impedimento/suspeição de membros do Carf, portanto, são *somente* aquelas previstas no seu Regimento Interno aprovado pela Portaria MF 152/2016. O impedimento de que trata o art. 42/II do Regimento Interno do Carf *não se aplica* aos conselheiros/auditores fiscais, senão apenas aos membros representantes dos contribuintes.

IV. Na conversão da MP 765/2016 na Lei 13.464, de 20/07/2017, as “multas tributárias e aduaneiras” foram *excluídas* da base de cálculo do bônus de eficiência. *Não mais* existe o suposto impedimento/suspeição de auditores fiscais da Receita Federal de participar do Carf. Todavia, como essa medida provisória tem força de lei e produziu efeitos imediatos após sua publicação (30/12/2016), impõe-se julgar o incidente relativamente às decisões controvertidas proferidas até quando essa medida foi convertida na Lei 13.464 de 10/07/2017.

*Tese firmada*

V. “Durante a vigência da Medida Provisória 765 de 29/12/2016, não havia impedimento nem suspeição de auditores-fiscais participar de julgamentos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais/Carf, recebendo o *bônus de eficiência* instituído por essa medida. Com o advento da Lei 13.464 de 10.07.2017 ficou prejudicada essa discussão”.

(Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0008087-81.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Novély Vilanova, unânime, e-DJF1 de 24/10/2017, p. )

## Terceira Turma

*Penal. Processual Penal. Restituição de veículo apreendido e valores bloqueados. Índícios de aquisição com o proveito do crime. Autorização de utilização do bem pela Polícia Judiciária. Ausência de ilegalidade. Recurso de apelação não provido.*

I. Nos termos dos arts. 118, 119 e 120 do Código de Processo Penal, os objetos apreendidos serão restituídos a seu proprietário ou legítimo possuidor se, cumulativamente, forem implementadas 3 (três) condições. Destaco: a)

a indubitável propriedade do bem; b) coisa julgada ou ausência de interesse no curso do inquérito ou da instrução processual na manutenção da apreensão e, por fim, c) não estar o bem sujeito a perdimento como efeito da condenação.

II. “A prova inequívoca da propriedade do bem é requisito indispensável à sua restituição”. Precedente do STJ. Havendo indícios de que o bem tenha sido adquirido com o proveito de infração penal, o mesmo deve permanecer apreendido.

III. Na espécie, o bem que o requerente quer ver restituído e os valores que pretende sejam desbloqueados foram acautelados em decorrência de suspeitas de terem sido adquiridos com proveito do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Há nos autos elementos probatórios aptos a apontar serem os bens decorrentes da Operação Thunderbolt, e bem assim as provas produzidas na ação criminal dela decorrente evidenciam que o requerente chefia grupo de uma organização criminosa que movimenta milhões de reais e se vale de atividades empresariais para transmutar o proveito do crime de tráfico de drogas.

IV. De acordo com o art. 118 do Código de Processo Penal, as coisas apreendidas que interessam ao processo não serão devolvidas antes de transitar em julgado a sentença final. Precedentes.

V. Na hipótese, é plausível a possibilidade de que ocorra o decreto de perdimento do bem em caso de eventual condenação da agravante, o que demonstra o interesse na manutenção do bem apreendido. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

VI. Manutenção da decisão impugnada.

VII. *Recurso de apelação não provido.*

(Apelação Criminal 0001100-75.2017.4.01.3703/MA, rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada), unânime, e-DJF1 de 09/10/2017, p. 636)

## Quarta Turma

*Administrativo. Desapropriação agrária. TDAs complementares. Liquidação. Decurso de tempo. Juros de mora compensatórios e correção monetária. Lapsos de tempo entre a data da liquidação e a data do efetivo pagamento da parcela controversa que foi objeto de embargos do devedor. Provimento.*

I. Havendo decurso de tempo entre a data da conta de liquidação e o retorno da apelação interposta nos embargos do devedor da autarquia, deve incidir sobre o valor remanescente a ser pago juros de mora (a sentença determinou a contagem a partir do trânsito em julgado), compensatórios e correção monetária, ainda que tenham sido expedidos os TDAs sobre o valor incontroverso, porquanto se mostram representativos do efetivo pagamento apenas em relação ao valor controverso que não foi objeto de impugnação.

II. A afirmativa da sentença exequenda, ao tratar dos juros compensatórios e moratórios, de que fossem pagos até a conta de liquidação, indica apenas que os juros não incidem no precatório complementar, no pressuposto de que a conta (de liquidação) seja efetivamente a última e que origine de fato o precatório e/ou a expedição dos TDAs.

III. Se isso não ocorrer, em virtude de questionamentos, a correção monetária e os juros (compensatórios) têm que incidir até que sejam equacionados, cobrindo todo o tempo gasto na discussão, pois só aí é que a conta de liquidação será (em termos reais e não puramente nominais) definitiva. Do contrário, a parte executada poderia levar vantagem indevida, abrindo ou reabrindo discussões infundadas de maneira impune.

IV. Provimento do agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0029338-58.2017.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 16/10/2017, p. 135)

*Penal. Processual Penal. Uso de diploma falso – art. 296, § 1º, I, do Código Penal. Procedimento investigatório iniciado mediante delação anônima. Nulidade não configurada. Materialidade e autoria comprovadas. Falsificação idônea. Dosimetria da pena. Diminuição da pena para o mínimo legal. Justiça gratuita. Concessão.*

I. Apelação interposta pelo réu contra sentença que o condenou pela prática do delito tipificado no art. 296, § 1º, inciso I, do Código Penal, à pena de 3 anos e 8 meses de reclusão e 80 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

II. Em 6 de janeiro de 1998, o réu fez uso de diploma universitário de bacharel em Direito falso perante a OAB da Seção do Estado do Piauí, supostamente expedido pela Universidade Católica de Goiás (UCG), com registro através da Universidade Federal de Goiás (UFG), obtendo sua inscrição nos quadros daquela seccional.

III. É possível iniciar o procedimento investigatório para apurar fato criminoso mediante delação anônima desde que contenha informações idôneas da participação do investigado na conduta delituosa, bem como que sejam observadas cautelas por parte do órgão investigador no que diz respeito à identidade do investigado. Precedentes jurisprudenciais.

IV. A materialidade e autoria do delito previsto no art. 296, § 1º, I, do Código Penal estão devidamente comprovadas nos autos.

V. A falsificação não é grosseira, pois o documento falsificado detém potencialidade lesiva e é apto a enganar o homem médio, de modo que a falsificação do passaporte não é grosseira, uma vez que os peritos atestaram a boa qualidade da contrafação e a capacidade do documento de se passar por verdadeiro. Além disso, o uso do documento falso gerou prejuízo, pois o réu obteve êxito no seu propósito de ser inscrever na OAB/PI, tendo, inclusive, permanecido inscrito por mais de seis meses, somente tendo sua inscrição cancelada em razão de denúncia.

VI. Dosimetria da pena. A afirmação constante da sentença para majorar a pena-base pelo grau de culpabilidade já foi considerada pelo legislador ordinário ao incriminar o delito de uso de documento falso, não pode ser invocada para agravar a pena-base, sob pena de incorrer-se em vedado *bis in idem*. Os fatos considerados como circunstâncias do delito referem-se à etapa de exaurimento do crime, e não à forma em que cometido, de modo que não pode ser utilizada para majorar a pena-base.

VII. A afirmativa do magistrado de que o réu possui personalidade voltada para a prática do crime com base nas folhas de antecedentes juntadas aos autos não procede, eis que inquéritos policiais e ações penais em tramitação não podem ser considerados como fatores para a exasperação da pena, nos termos da Súmula 444/STJ. Fixação da pena no mínimo legal.

VIII. Deve permanecer o entendimento da sentença de que as circunstâncias são desfavoráveis (porquanto o réu permaneceu inscrito na OAB no período de 10/03 a 07/10 de 1998) para majorar a pena-base, mas na qualidade de consequências relevantes do crime.

IX. Considerando a presença de uma circunstância judicial do art. 59 do CP desfavorável ao réu, é fixada a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal em 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, a qual fica definitiva nesse montante diante da ausência de quaisquer outras circunstâncias, quer legais ou judiciais, a considerar.

X. Presume-se a hipossuficiência econômica quando o réu é assistido pela Defensoria Pública da União. Concessão da justiça gratuita.

XI. Apelação parcialmente provida para deferir o pedido de justiça gratuita e diminuir a pena fixada na sentença, para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato. Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme determinado no voto.

(Apelação Criminal 0016275-59.2005.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 16/10/2017, p. 124)

*Civil e Administrativo. Ação anulatória de matrícula de imóvel desapropriado. Fraude à lei imperativa. Falta de participação dos interessados na discussão. Desapropriação consolidada e exaurida. Coisa julgada. Levantamento do valor da indenização. Tentativa velada de contornar a coisa julgada. Apelação desprovida.*

I. A narrativa da inicial do MPF, na ação anulatória de matrícula, afixa que a matrícula 11.107, do imóvel Fazenda Alvorada, no 1º Ofício de Imóveis de Sinop/MT, na margem esquerda do Rio Renato, Município de Claudia/MT, objeto de desapropriação pelo Incra, seria nula, por fraude à lei imperativa (art. 166, VI – Código Civil), por ter sua origem na matrícula 8.770, de 27/06/1980, que descreve o lote como sendo de terras do Estado de Mato Grosso, no Município de Chapada dos Guimarães/MT, na margem direita do Rio Telles Pires.

II. A sentença extinguiu sem resolução do mérito por entender ser “inviáveis juridicamente” os pedidos formulados na inicial, tendo em vista que na desapropriação impugnada já havia sido proferida sentença, com trânsito em julgado, e o montante indenizatório levantado integralmente pelos expropriados, sendo “[...] inviável a suspensão de feito já findo e a declaração de nulidade a matrícula do imóvel desapropriação.”

III. A desapropriação, efetivada por acordo judicial, está completamente consolidada e exaurida na sua eficácia, tendo o preço da indenização sido levantado pelos interessados. A titularidade do imóvel já foi de há muito transferida ao Incra, órgão federal executor da reforma agrária, não cabendo falar em eventual suspensão da transferência de registros a terceiros (um dos pedidos), nem em declaração de nulidade de uma matrícula que não mais existe.

IV. A sentença de desapropriação está coberta pela autoridade da coisa julgada, que somente pode ser desfeita por ação rescisória, no seu devido tempo. A ação anulatória da matrícula, feito assaz complexo, porque atinge titularidades imobiliárias em cascata, inclusive do Estado de Mato Grosso, e que não chama à discussão todos os interessados nos registros imobiliários, não passa de uma tentativa velada de contornar por via transversa a autoridade da coisa julgada, de índole constitucional.

V. Apelação desprovida.

(Apelação Cível 0011498-80.2009.4.01.3600/MT, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 07/11/2017, p. 924)

## Quinta Turma

*Constitucional e Processual Civil. Ação possessória. Juízo estadual. Inexistência de jurisdição federal delegada. Competência da Justiça Federal de Primeira Instância para processar e julgar o feito.*

I. O “Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal” – Súmula 55 do STJ.

II. Na hipótese dos autos, sobrevindo declaração de incompetência jurisdicional pelo tribunal competente, no caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em homenagem ao princípio da economia processual e considerando a flagrante nulidade absoluta dos atos decisórios praticados no feito de origem, determina-se, de logo, a remessa dos autos principais à Seção Judiciária do Estado de Goiás, para que outra sentença seja proferida pelo juízo federal, ali, competente, por livre distribuição.

III. Provimento do agravo regimental e do agravo de instrumento.

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 0009328-95.2014.4.01.0000, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 29/11/2017)

## Sétima Turma

*Constitucional, Tributário e Processual Civil. Ação ordinária. SAT (Seguro Acidente do Trabalho). Preliminar de nulidade de sentença condicional. Acolhida. Prova. Retorno dos autos à origem após regular instrução do feito. Sentença anulada. Apelação provida.*

I. É vedada no ordenamento jurídico a prolação de sentença condicional. Isso porque a sentença deve decidir de forma clara e fundamentada a relação jurídica material levada ao conhecimento do magistrado. Acolhe-se, portanto, a preliminar suscitada pela União para anular a sentença, pois a procedência do pedido não pode ficar condicionada à análise futura de requisitos que permitam a manutenção da alíquota de 2% quanto ao SAT, muito menos a sua majoração para o percentual de 3%.

II. Apelação e remessa oficial providas para anular a sentença, determinado o retorno dos autos ao juízo de origem, a fim de que outra seja proferida após regular instrução do feito.

(Numeração única: 0006101-85.2010.4.01.3800, Apelação/Reexame Necessário 2010.38.00.002455-3/MG, rel. Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado), unânime, e-DJF1 de 08/09/2017, p. 930)

*Processual Civil e Administrativo. Agravo de instrumento. Mercadoria importada. Liberação mediante caução. Possibilidade.*

I. No caso das operações de comércio exterior cuja regularidade é contestada, o art. 165 do Decreto-Lei 37/1966 faculta ao contribuinte que tem interesse em desembaraçar a mercadoria a possibilidade de oferecer prévia garantia ou de depositar o valor dos tributos e de eventuais despesas e penalidades impostas pela autoridade aduaneira.

II. O art. 7º da Instrução Normativa 228, de 21 de outubro de 2002, da Secretaria da Receita Federal admite o desembaraço ou a entrega das mercadorias apreendidas, mediante a prestação de garantia.

III. Instruções Normativas que tratam da apreensão de mercadoria por suspeita de sonegação fiscal. Possibilidade de aplicação do art. 7 da IN/SRF 228/2002, que prevê a liberação das mercadorias mediante prestação de garantia. (AgRg no REsp 1529409/RS, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 06/08/2015.)

IV. Tratando-se de mercadoria lícita, não vislumbro óbice à sua liberação, mediante caução em espécie, no valor integral do bem e demais encargos, dando-se seguimento ao desembaraço aduaneiro, o que bem atende ao princípio da equidade e da razoabilidade.

V. O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação reside na aplicação da pena de perdimento, corroborado, ainda, pelos custos relacionados à guarda dos bens, que são mantidos em recinto alfandegado, onerando sobremaneira a operação de importação.

VI. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento 0068538-43.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, unânime, e-DJF1 de 06/10/2017, p. 325)

*Processual Civil. Tributário. Embargos de terceiro. Cônjuge meeira que não é devedora. Proteção da sua meação. Regime do casamento desinfluyente.*

I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, "em Execução Fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que o marido seja sócio, há de se excluir a meação da mulher sobre o bem de propriedade do casal que foi objeto de penhora, notadamente nos casos em que o credor não comprovou a existência de benefício do cônjuge com o produto da infração cometida pela empresa" (REsp 641.400/PB, rel. Min. José Delgado, DJU de 1º/02/2005).

II. Súmula 251/STJ: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal”.

III. À míngua de comprovação de que os valores que deixaram de ser repassados aos cofres públicos se reverteram em proveito à cônjuge embargante, a sua meação deve ser preservada.

IV. Apelação não provida.

(Numeração única: 0009835-78.2009.4.01.3800, Apelação Cível 2009.38.00.010226-2/MG, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, e-DJF1 de 27/10/2017, p. 2.606)

## Oitava Turma

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação coletiva. Execução individual. Competência. Aplicação do art. 109, § 2º, da Constituição Federal.*

I. O processamento do pedido de execução individual do julgado proferido em ação coletiva deve ser, em regra, efetivado no mesmo juízo que proferiu a sentença condenatória, nos termos do art. 516, II, do CPC.

II. Não obstante isso, o parágrafo único do referido art. 516 admite que o exequente, para o cumprimento de sentença, opte pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer.

III. Há, ainda, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, baseado na regra do art. 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que, nas ações coletivas, pode o exequente individual optar pelo foro do seu domicílio quando for diverso daquele do processo de conhecimento – EDcl no CC 131.618/DF, DJe de 17/06/2014.

IV. Nessa mesma linha de raciocínio, no REsp 1.243.887/PR, julgado no rito dos recursos repetitivos, o Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto-vista, enfatizou ser possível o ajuizamento de liquidação e execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva em juízo diverso do que proferiu a condenação, tendo em vista que a competência para a ação de cumprimento da sentença genérica é do mesmo juízo que seria competente para eventual ação individual que o beneficiado poderia propor, caso não preferisse aderir à ação coletiva, aplicando-se as regras gerais do CPC, mais especificamente no seu Livro I, Título IV, como ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral e dos títulos executivos extrajudiciais — sem grifo no original.

V. Entre os juízos competentes para eventual ação individual proposta contra a União está o do Distrito Federal, em razão do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal.

VI. Os juízos competentes para a execução individual do título executivo proferido na ação coletiva ajuizada contra a União Federal são (I) o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; (II) o juízo do atual domicílio do executado; (III) o juízo do atual domicílio do exequente; (IV) o juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução; (V) o juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer; ou (VI) o juízo do Distrito Federal.

VII. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(Agravo de Instrumento 0015635-60.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 20/10/2017, p. 1.166)

## Decisão Monocrática

Às fls. 1.755-1.771, consta petição da Vale S/A relativa à medida cautelar com pedido de tutela de urgência.

Preliminarmente, assevera a empresa requerente que a propositura de tutela de urgência incidental está sendo realizada nestes autos, com pedido que gerará efeitos a todos os demais processos na mesma situação.

Esclarece que diversas ações populares foram ajuizadas perante juízos de várias competências territoriais, com o objetivo de suspender e/ou anular o leilão de desestatização do controle acionário da Companhia Vale do Rio Doce, hoje Vale S/A, ocorrido em 07/05/1997.

Em face da diversidade de juízos, foi suscitado, perante o STJ, o Conflito de Competência 19.686/DF. No respectivo julgamento, foi determinada a reunião de todos os processos para decisão uniforme perante o Juízo da 4ª Vara Federal do Pará, por força da conexão das causas.

Ao tempo da suscitação do conflito de competência, existiam em trâmite 27 (vinte e sete) ações.

Informa a requerente que *“as sentenças foram também pela validação do processo de desestatização da CVRD, ora VALE e, conseqüentemente, pautadas na existência de situação fática consolidada. Frise-se, que estas 2 decisões que serviram de respaldo para as demais sentenças de 1º Grau já transitaram em julgado”*. (fl. 1.790)

Em seqüência, afirma a Vale que as apelações e remessas de ofício contra as sentenças extintivas chegaram a este TRF e foram todas distribuídas à Quinta Turma. A Turma deu *provimento*

*[...] em algumas remessas de ofício e a alguns recursos para, então, anular as sentenças extintivas de primeira instância, com determinação de retorno dos outros à Vara de origem para prosseguimento do trâmite das ações populares e realização de prova pericial para aferição da correção nos trabalhos de avaliação do valor mínimo de venda das ações da Vale [...]*. (fl. 1.789)

Contudo, em 7 (sete) outros processos, igualmente distribuídos à Quinta Turma, restou reconhecida a legalidade do procedimento de privatização da CVRD, com a manutenção da sentença.

Assim, alega a requerente, a 5ª Turma passou a ignorar o princípio da uniformidade das decisões consagrado na decisão do referido conflito de competência e, em 62 (sessenta e duas) ações as sentenças foram anuladas, como explicitado acima.

Foi, então, proposta perante o Superior Tribunal de Justiça, reclamação visando garantir a decisão proferida nos autos do Conflito de Competência 19.686/DF. Entretanto, determinou o STJ somente a reunião das 27 (vinte e sete) ações que foram listadas no conflito de competência.

Contra a decisão da reclamação, foi interposto recurso extraordinário. O recurso extraordinário foi inadmitido e, contra a decisão de inadmissão, foi interposto agravo de instrumento. O agravo de instrumento foi provido pelo STF para o devido processamento.

Para garantia dos princípios da segurança jurídica e da uniformidade das decisões, ajuizou-se a Medida Cautelar 2716, com pedido liminar deferido em 15/09/2010, determinando o sobrestamento das 27 ações populares, até que o STF fizesse entendimento sobre a extensão da coisa julgada e da necessidade de uniformidade das decisões judiciais. O STF, por fim, deixou de enfrentar o mérito da medida cautelar, por entender que as alegações seriam de cunho infraconstitucional.

Teme a Vale que as demais ações populares (40 ao todo) sejam encaminhadas ao STJ, sem o julgamento final pela Quinta Turma. Defende que todos os processos deverão ter novo julgamento, em conjunto, e requer:

Ante o exposto, espera e confia a Requerente que essa eminente Presidência concederá, liminarmente, o provimento de tutela de urgência ora requerido, para sobrestar a análise de admissão dos recursos especiais e extraordinários (lista já apresentada) até o trânsito em julgado do julgamento único das ações (conforme determinado no acórdão do Conflito de Competência e Reclamação).

No mérito, requer seja o pedido julgado integralmente procedente, confirmando-se o provimento liminar [...]. (fl. 1.771)

Decido.

Esta Presidência tem competência para apreciar, nos termos do § 5º, III, do art. 1.029 do CPC, o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037. Não é a hipótese dos autos. Não se trata de pedido de atribuição de efeito suspensivo.

No caso, cuida-se de medida cautelar incidental, e o requerente visa seja acolhido seu pedido para atingir os recursos interpostos, não somente no presente processo, mas em todos os demais, nos quais se discute a privatização da Companhia Vale do Rio Doce.

O pedido da Vale não tem pertinência por absoluta falta de previsão legal.

Primeiro, verifico que a medida cautelar ora enfrentada não tem o seu processamento definido nos mesmos moldes daquelas ações ajuizadas em apartado. O enfrentamento do pedido é exaustivo, isto é, esgota-se completamente na presente decisão que apreciará a tutela de urgência requerida.

Vejo ser impossível o sobrestamento da análise de todos os recursos especiais e extraordinários, conforme a lista apresentada pela Vale. Esta Corte somente poderia sobrestar o andamento dos recursos, se existisse recurso repetitivo ou repercussão geral, cujo julgamento estivesse a eles relacionado.

O acórdão da presente ação determinou a anulação da sentença por entender ser necessária a dilação probatória e asseverou expressamente que os presentes autos não estavam arrolados entre aqueles que motivaram a promoção do Conflito de Competência 19.686.

Por outro lado, não se pode dar, ao presente pedido, o alcance almejado pela requerente, de forma a impedir o processamento de todos os recursos interpostos nas demais ações nas quais se discute a legalidade da privatização da Companhia Vale do Rio Doce.

Quando do julgamento da reclamação ajuizada pela CVRD, a Primeira Seção do STJ entendeu que a decisão do conflito de competência não atingiu todos os processos relacionados às mesmas questões, daí que tão somente determinou a prevenção das 27 ações nele enumeradas. A ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Trata-se de reclamação sob o argumento de que o acórdão do CC nº 19686/DF cuidou, unicamente, de determinar competente o juízo federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará, por ser o prevento para processar e julgar as ações identificadas no relatório.

2. A carga decisória só atinge as referidas ações, por terem sido as únicas examinadas. Nenhuma outra. Impossível, como pretende a parte reclamante, outorgar extensão dos efeitos do acórdão proferido no CC 19686/DF a qualquer outra ação que não tenha sido examinada pela referida decisão.

3. O aresto que se pretende cumprir determinou, expressamente, que as 27 (vinte e sete) ações nele enumeradas fossem distribuídas por prevenção ao juízo federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará, haja vista existir conexão entre elas, isto é, a presença de pedido com objeto comum ou causa de pedir idênticas. Os autos da presente reclamação registram que, não obstante a prevenção ter sido obedecida, não se cumpriu a conexão determinada, isto é, os processos não foram reunidos, o que está a gerar julgamentos conflitantes nas apelações interpostas. Há, portanto, no julgamento das referidas ações, descumprimento do que foi decidido no conflito de competência já identificado.

4. Reclamação parcialmente procedente [...]. (Reclamação 2.259/PA)

Sendo assim, *indefiro a tutela de urgência requerida*. Voltem-me os autos para análise de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários interpostos.

(Numeração única: 0000744-38.1998.4.01.3900, Apelação/Reexame Necessário 1998.39.00.000746-4/PA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 20/10/2017, p. 5)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Primeira Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais

*Previdenciário e Processual Civil. Pensão por morte. Prescrição quinquenal. Obrigação de prestar alimentos imposta ao instituidor do benefício. Manutenção do pagamento após o óbito. Desconto em prejuízo dos demais herdeiros. Impossibilidade. Filho maior de 21 (vinte e um) anos de idade. Cessação. Restituição devida. Consectários legais. Ônus de sucumbência.*

I. No tocante à prescrição, o art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991 estabelece que “Prescreve em cinco anos, a contar da data de que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil”. No caso concreto, como a ação foi ajuizada em 17/08/2011, afigura-se extinta a pretensão dos autores quanto ao pagamento de quaisquer prestações anteriores a 17/08/2006.

II. A obrigação de prestar alimentos imposta ao instituidor do benefício de pensão por morte, ainda em vida, somente poderia ter perdurado até o seu óbito, afigurando-se manifestamente descabida a possibilidade de que tal ônus fosse repassado aos demais sucessores do *de cujus*, mediante desconto sobre o benefício de pensão por morte por eles titulado. De igual maneira, os autores fazem jus ao ressarcimento dos valores relativos à cota parte do cobeneficiário Rafael Moreira de Faria Coelho, vencidas após 14/11/2004, data em que completou 21 (vinte e um) anos de idade, pois a partir desse momento já não detinha a qualidade de dependente do segurado da Previdência Social. Impõe-se, portanto, a condenação da autarquia previdenciária ao ressarcimento dos valores indevidamente descontados do benefício de pensão por morte dos autores no período de 17/08/2006 a 01/04/2009 (já observada a prescrição quinquenal), não merecendo reparo a sentença, no particular.

III. Correção monetária dos valores a serem restituídos nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, passando, a partir de então, a observar o índice previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, sem prejuízo de que se observe, quando da fase de cumprimento do julgado, o que vier a ser decidido pelo STF no Recurso Extraordinário 870.947/SE (alteração de índice, modulação de feitos, etc.). Os juros de mora, por sua vez, são aplicados conforme metodologia e índices do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal.

IV. Mantêm-se os ônus de sucumbência conforme fixados em primeira instância, em virtude da configuração da sucumbência recíproca.

V. Apelação do INSS não provida. Remessa necessária parcialmente provida (item 3).

(Apelação Cível 0005669-87.2011.4.01.3814/MG, rel. Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca, unânime, e-DJF1 de 19/10/2017, p. 899)

*Irrepetibilidade. Adequação do julgado à jurisprudência consolidada no REsp 1.401.560-MT. Juízo de retratação exercido. Acórdão retificado.*

I. O STJ, em regime de recurso repetitivo, no julgamento do Recurso Especial 1.401.560-MT, assentou que “a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”.

II. Em situações como esta, apesar do entendimento esposado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.401.560-MT, sob o regime de recurso repetitivo, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que se apresenta incabível a devolução das importâncias recebidas pela parte em virtude de decisão judicial, considerando não só o

caráter alimentar das verbas previdenciárias, mas também a hipossuficiência do segurado e o fato de tê-las recebido de boa-fé.

III. Deve ser prestigiada, quanto ao tema, a posição sedimentada na jurisprudência do STF, intérprete maior das questões de cunho constitucional em nosso ordenamento jurídico, de modo a se considerar irrepetível a verba alimentar recebida de boa-fé pelo segurado a título de tutela antecipada posteriormente revogada.

IV. Nesse sentido também é a atual jurisprudência deste Tribunal sobre a matéria (cf. AC 0013003-17.2014.4.01.9199/MG, rel. Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira, Primeira Turma, *e-DJF1* de 28/09/2016; e AC 0052160-31.2013.4.01.9199/AC, rel. Desembargador Federal João Luiz de Sousa, Segunda Turma, *e-DJF1* de 07/10/2016).

V. Acórdão recorrido ratificado por seus próprios fundamentos.

(Remessa Oficial 0011848-16.2006.4.01.3813/MG, rel. Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca, unânime, *e-DJF1* de 19/10/2017, p. 840)

## Primeira Seção

*Constitucional. Administrativo. Servidor público civil. Percepção cumulada de vencimentos e provimentos. Sujeição ao teto constitucional de forma individualizada. Repercussão geral. STF. Precedente do STJ. Manutenção do voto vencedor.*

I. Cuida-se de embargos infringentes interpostos pela União objetivando a modificação do acórdão que, por maioria, deu parcial provimento à apelação, para assegurar à parte-autora o direito de perceber cumulativamente os proventos de sua aposentadoria com a remuneração de seu cargo efetivo, considerando-se para fins de limitação do teto remuneratório o valor individual de cada uma das prestações, e não a soma de ambas.

II. O Plenário do STF se manifestou, em repercussão geral, no sentido de que, “nos casos autorizados, constitucionalmente, de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público” (REs 602043 e 612975).

III. O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, também manifestou entendimento no sentido da incidência isolada sobre cada uma das verbas recebidas pelo servidor (RMS 30880/CE, rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, *DJe* de 24/06/2014).

IV. Embargos infringentes não providos.

(Embargos Infringentes em Apelação Cível 0021244-58.2007.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, *e-DJF1* de 13/10/2017, p. 1.708)

## Primeira Turma

*Constitucional e Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Trabalhador urbano. Qualidade de segurado comprovada. Laudo pericial conclusivo. Incapacidade laboral. Requisitos presentes. Cessação indevida. Médico que retorna ao trabalho para coadjuvar o benefício, em atividade meramente burocrática: parecer em saúde ocupacional. Restabelecimento do benefício durante período em que laborou. Súmula 72 da TNU. Boa-fé do segurado. Cobrança de valores indevida. Irrepetibilidade. Caráter alimentar. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios.*

I. Sentença sujeita à revisão de ofício, eis que proferida contra o INSS (art. 475, I, do CPC/art. 496, I, do NCPC) e de valor incerto a condenação.

II. Cuida-se de decisão proferida na regência do CPC de 1973, sob o qual também foi manifestado o recurso, e conforme o princípio do isolamento dos atos processuais e o da irretroatividade da lei, as decisões já proferidas não

são alcançadas pela lei nova, de sorte que não se lhes aplicam as regras do CPC atual, inclusive as concernentes à fixação dos honorários advocatícios, que se regem pela lei anterior.

III. Os requisitos indispensáveis para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença/aposentadoria por invalidez são: a) a qualidade de segurado; b) a carência de 12 (doze) contribuições mensais, salvo nas hipóteses previstas no art. 26, II, da Lei 8.213/1991; c) incapacidade para o trabalho ou atividade habitual por mais de 15 dias ou, na hipótese da aposentadoria por invalidez, incapacidade (permanente e total) para atividade laboral.

IV. A aposentadoria por invalidez será concedida, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/1991, ao segurado que, estando ou não em gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e será paga enquanto permanecer nessa situação.

V. Comprovada, nos autos, a qualidade de segurado da parte-autora (estava em gozo de aposentadoria por invalidez), bem como sua incapacidade permanente para a realização de suas atividades habituais (médico ambulatorial), conforme perícia médica judicial, e considerando-se a difícil reabilitação para exercer outra profissão em razão de suas condições pessoais, deve ser restabelecido o benefício de aposentadoria por invalidez.

VI. De acordo com o sr. perito deste Juízo, o autor está totalmente e permanentemente incapaz em razão das sequelas adquiridas decorrentes do acidente automobilístico por ele sofrido em 02/1989 “[...] apresenta incapacidade para atividades antiergonômicas, devido às lesões da coluna, quadril e MMII. Dores e limitação importante aos movimentos dos MMII e quadril. Problemas circulatórios dos MMII [...] osteomielite crônica [...] patologia de cunho evolutivo, crônico e degenerativo.” (sic, laudo médico).

VII. Vale ressaltar, ainda, quanto à possibilidade do segurado aposentado por invalidez laborar, o entendimento da TNU, Súmula 72: “É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.” Este é exatamente o caso dos autos.

VIII. O autor percebeu auxílio-doença durante o período de 16/02/1996 a 24/07/2000 (NB 104.075.970-7), sendo posteriormente transformado em aposentadoria por invalidez, a partir de 25/07/2000 (NB 117.781.288-3) e cessado administrativamente em 17/11/2008. Ocorre, contudo, que entre os anos de 2002 a 2008, houve o exercício de atividade remunerada por ele, em razão de ter sido aprovado no cargo de analista do trabalho junto a Cassi-Caixa de Assistência aos Empregados do Banco do Brasil, motivo pelo qual a autarquia ré determinou a cessação de sua aposentadoria por invalidez e, ainda, a devolução dos valores percebidos durante esse período.

IX. No entanto, além do novo trabalho do autor durante o referido período ter sido de natureza estritamente intelectual (sendo, inclusive, compatível com a incapacidade que o levou à aposentadoria), o retorno à ativa não faz presumir que o empregado tenha recobrado sua aptidão para o exercício de atividades laborais. Ademais, no caso concreto, a perícia médica constatou que a volta do segurado ao trabalho causou graves prejuízos à sua saúde, de sorte que o segurado atualmente se encontra totalmente incapacitado.

X. A situação dos autos, inclusive comum de ocorrer, é a do segurado que se encontra total e permanentemente incapacitado para o exercício de qualquer atividade laboral e, mesmo assim, se submete a exercer alguma atividade, por se encontrar em situação de extrema necessidade e não possuir qualquer alternativa senão realizar alguma atividade para coadjuvar o sustento de sua família.

XI. Por outro lado, não se pode exigir a devolução dos valores recebidos a título de benefício previdenciário ou assistencial.

XII. O Superior Tribunal de Justiça, em julgado submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), firmou o posicionamento no sentido de que o benefício previdenciário recebido em casos de antecipação de tutela posteriormente revogada obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos (REsp 1401560/MT, rel. Ministro Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 12/02/2014).

XIII. O Supremo Tribunal Federal, depois do referido julgamento do STJ, adotou orientação diversa no que se refere aos benefícios previdenciários, estabelecendo que *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à*

*repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes. 2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 8.213/1991. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 734242 agR, relator Ministro Roberto Barroso, 1ª T, DJe-175, pub. 08/09/2015)*

XIV. Mantida, portanto, a sentença proferida pelo juízo *a quo*, que determinou não só o restabelecimento da aposentadoria por invalidez do autor desde a data da cessação indevida (NB 117.781.288-3), como também a inexigibilidade de cobrança dos valores por ele recebidos durante o período de 2002 até 2008 — quando o INSS promovera a cessação.

XV. Correção monetária e juros moratórios, conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal, observada quanto aos juros a Lei 11.960, de 2009, a partir da sua vigência.

XVI. Honorários advocatícios, de 10% da condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ.

XVII. Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas, para adequar a correção monetária e os juros de mora aos termos do voto; apelação da parte-autora provida, para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ.

(Apelação/Reexame Necessário 0009404-30.2012.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 23/08/2017, p. 556)

## Quarta Turma

*Administrativo. Ação civil por ato de improbidade administrativa. Réu. Policial rodoviário federal. Acidente com vítima fatal. Atendimento. Apropriação indevida de cheque encontrado nos pertences. Depósito em conta pessoal. Compensação. Devolução do valor à emitente do cheque. Dolo. Comprovação. Ofensa ao art. 11, caput e inciso I, da Lei 8.429/1992. Sanções. Art. 12, III, do mesmo diploma legal. Incidência apenas de multa civil e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Aplicação. Apelação a que se dá parcial provimento.*

I. Para a configuração do ato de improbidade é necessária a demonstração do elemento subjetivo consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e ao menos pela culpa, nas hipóteses do art. 10, eis que o ato ímprobo, mais do que ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com a Administração e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave evidenciadora de má-fé para que se possa configurar.

II. Os atos de improbidade praticados pelo réu restaram comprovados, eis que ficou incontroverso nos autos ter agido com dolo ao subtrair e se apropriar de cheque encontrado com vítima fatal de acidente automobilístico que atendeu na condição de policial rodoviário federal, cujo valor, posteriormente, devolveu à emitente do dito título ao portador, subsumindo, assim, violação aos princípios da Administração Pública federal, fazendo incidir as hipóteses previstas no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/1992.

III. Ressarcimento ao Erário, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos que não se aplica, por despidas de razoabilidade na específica hipótese.

IV. Quanto à pena de multa, já se encontra sedimentado o entendimento de que referida sanção, nas ações de improbidade administrativa, destina-se a coibir a afronta ao princípio da moralidade ou probidade, revestindo-se de caráter punitivo do agente ímprobo e intimidativo sobre os demais componentes do grupo social quanto à prática de novas infrações, além de representar um fator de renda para o ente público prejudicado. Desse modo, e atento aos patamares fixados no inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992, tem-se por consentâneo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a fixação da multa civil, no montante de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

V. Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, que se mostra razoável e proporcional dentro do contexto fático dos autos e da gravidade da conduta do réu.

VI. Apelação do MPF parcialmente provida.

(Apelação Cível 0007041-14.2009.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 16/10/2017, p. 125)

## Quinta Turma

*Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Acidente ocorrido em ferrovia. Conduta omissiva da empresa concessionária do serviço de transporte ferroviário. Descumprimento do dever legal de segurança e fiscalização da linha férrea. Trabalhador rural. Incapacidade laboral. Culpa exclusiva da vítima. Não demonstrada. Pensão mensal. Cabimento. Comprovação do pagamento de despesas médicas. Desnecessidade. Agravo retido. Instrução probatória. Requisição de prontuário médico. Providência desnecessária e contraproducente, na espécie. Desprovidamento.*

I. Na hipótese, a requisição do prontuário médico do autor, à época do acidente, com a retomada da instrução probatória 26 (vinte e seis) anos depois do evento, seria providência contraproducente, pois há pouca probabilidade de que tais dados ainda estejam armazenados, considerando a carência de recursos dos hospitais públicos brasileiros, além de afrontar a razoável duração do processo, o devido processo legal e a promoção efetiva de justiça. Ademais, o acervo probatório dos autos é suficiente para a apreciação e resolução do mérito da demanda. Agravo retido desprovido.

II. Nas ações envolvendo a responsabilidade pelos danos decorrentes do serviço público de transporte ferroviário, como na espécie, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com a legislação regente da matéria, sedimentou o entendimento jurisprudencial, no sentido de que deve a prestadora do serviço de transporte ferroviário responder pelos danos causados a terceiros, quando o acidente decorrer de omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia com muros e cercas, bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população, podendo, ainda, o Poder Público também ser responsabilizado, quando presentes os elementos que caracterizam a culpa, tais como o descumprimento do dever legal de impedir a consumação do dano. Precedentes.

III. Na espécie, restou plenamente demonstrada a responsabilidade da promovida, uma vez que flagrante omissão quanto à adoção das medidas de segurança indispensáveis ao tráfego regular na linha férrea descrita nos autos, inexistindo sequer a instalação de cercas e/ou de placas luminosas e sinais sonoros de advertência, a justificar o ressarcimento dos prejuízos materiais sofridos.

IV. Ademais, não prospera a alegada falta de comprovação do pagamento das despesas médicas, tendo em vista que a sentença monocrática, além da indenização sob a forma de prestação mensal, concedeu ao autor a reparação pelos prejuízos materiais decorrentes da impossibilidade de retorno ao trabalho, na profissão de lavrador rural e sem qualificação técnica para outra atividade, pelo período que antecedeu a prolação da sentença, não estando, portanto, o montante condenatório diretamente relacionado às despesas médicas da vítima.

V. Agravo retido, remessa oficial e apelação da União Federal desprovidos. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0007238-50.2010.4.01.3300, Apelação/Reexame Necessário na Ação Sumária 2010.33.00.002689-2/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Unânime, *e-DJF1* de 19/10/2017, p. 643)

*Administrativo. Concurso público. Pontuação. Prova de títulos. Experiência profissional. Exigência de comprovação de exercício de atividades previstas no edital. Declaração do empregador. Razoabilidade. Vedação ao excesso de formalismo.*

*Situação de fato consolidada. Possibilidade de nomeação e posse. Litisconsórcio passivo necessário. Impossibilidade jurídica do pedido. Preliminares rejeitadas.*

I. Na espécie, não prospera a alegada necessidade de inclusão, no polo passivo, de todos os candidatos que se julguem prejudicados, tendo em vista que este egrégio Tribunal possui entendimento jurisprudencial em sentido oposto, considerando que a eficácia do julgado a ser proferido nestes autos não irá interferir na relação jurídica de todos os supostos interessados.

II. De igual modo, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário substituir-se aos membros de banca examinadora na formulação e na avaliação de mérito das questões de concurso público, podendo, contudo, pronunciar-se acerca da legalidade do certame.

III. Na hipótese, constitui excesso de formalismo, bem como não se mostra razoável a desconsideração do título apresentado na espécie, consubstanciado em declaração do empregador, onde se constata todas as atribuições desenvolvidas pelo candidato perante a ECT, na função de “Analista de Correios Jr – Especialidade Engenheiro”, sendo suficientes as informações ali relatadas para a devida comprovação da experiência profissional específica exigida pelo certame em referência. Precedentes.

IV. Ademais, há de se preservar a situação de fato consolidada com a concessão da antecipação da tutela vindicada em 10/10/2012, assegurando ao impetrante o direito à pontuação referente à experiência profissional, segundo a declaração apresentada, sendo, portanto, desaconselhável a desconstituição da referida situação fática.

V. Por fim, “*não se mostra razoável aguardar o trânsito em julgado de decisum onde ao impetrante foi assegurado o prosseguimento no certame indicado na espécie, para que se efetivem a sua nomeação e posse, eis que a questão posta nos autos encontra-se em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal e do egrégio Superior Tribunal de Justiça, assegurando-se, assim, a garantia dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoável duração do processo, conforme preceitua a Lei 9.784/1999 e os dispositivos insertos nos artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição Federal, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos processos judiciais*”. (AMS 0002429-57.2014.4.01.3500/GO, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 10/05/2016.)

VI. Remessa oficial e apelações da União Federal e da Fundação Universidade de Brasília desprovidas. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0045668-91.2012.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 20/10/2017, p. 367)

*Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão/contradição e obscuridade inexistentes. Desprovido. Defensoria Pública da União. Cabimento.*

I. Inexistindo, no acórdão embargado, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, afiguram-se improcedentes os embargos declaratórios, mormente quando a pretensão recursal possui natureza eminentemente infringente do julgado, como no caso, a desafiar a interposição de recurso próprio.

II. Nos termos de recente julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do AgR/AR 1937/DF, ficou estabelecido que, “após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cuja constitucionalidade foi reconhecida no seguinte precedente [ADI 5296 MC, rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 11/11/2016]”.

III. Embargos de declaração desprovidos.

(Embargos de Declaração no Reexame Necessário 0003631-17.2015.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 19/10/2017, p. 659)

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Direito à saúde. Internação hospitalar. União Federal, estado e município. Direito humano fundamental e difuso, constitucionalmente garantido. Ilegitimidade ativa. Ilegitimidade passiva. Preliminares rejeitadas.*

I. Não há que se falar em ilegitimidade ativa, tendo em vista o entendimento jurisprudencial deste egrégio Tribunal na dicção de que *“O Ministério Público Federal possui legitimidade para ajuizar ação que visa à proteção de direitos individuais indisponíveis, como na, em que se busca resguardar o direito à saúde e à vida de pessoa enferma e carente de recursos financeiros para o custeio de tratamento médico (CF, art. 127, caput).”* (AC 0002027-13.2009.4.01.3803/MG, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 85, de 11/11/2013.)

II. De igual modo, não prospera a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, *“o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.”* (RE 607381 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116, divulg. 16/06/2011, public. 17/06/2011, ement. vol-02546-01, p. 209.)

III. Destaque-se, ainda, que na visão jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, *“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 insequente, 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” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar*

os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.” (ADPF 45 MC, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ de 04/05/2004, p. 12, RTJ vol-200-01, p. 191)

IV. Em sendo assim, caracterizada, na espécie, a impossibilidade de o interessado arcar com os custos do tratamento de saúde, afigura-se juridicamente possível o fornecimento pelo Poder Público do procedimento cirúrgico requerido, conforme indicação médica, 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. Precedentes.

V. Apelações desprovidas. Sentença confirmada.

VI. Processo julgado na linha da prioridade legal estabelecida no art. 1.048, I, do novo CPC.

(Apelação Cível na Ação Civil Pública 0006003-81.2016.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 27/09/2017, p. 1.993)

*Constitucional e Administrativo. Concurso público. Companhia Nacional de Abastecimento – Conab. Deficiência física. Distonia focal em membro superior (câimbra de escrivão). Limitação motora definitiva. Decreto 3.298/1999. Enquadramento. Portador de necessidades especiais.*

I. Na espécie, restou comprovada a condição do candidato de portador de necessidades especiais, na medida em que o promovente possui distonia focal em membro superior (*câimbra de escrivão*), comprovada por meio de perícia judicial e dos demais relatórios médicos, sendo que tal deficiência gera limitação motora, em caráter definitivo, dificultando a escrita manual e exigindo períodos de repouso, a caracterizar incapacidade para o desempenho de algumas atividades, dentro do padrão considerado normal para o ser humano, nos termos do art. 3º, I, do Decreto 3.298/1999.

II. Apelação da Conab desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível na Ação Ordinária 0037123-27.2015.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 06/11/2017, p. 528)

*Constitucional e Administrativo. Concurso público. Cargo de agente da Polícia Federal. Vagas destinadas aos candidatos negros (preto/pardo). Eliminação do candidato. Análise da autodeclaração. Impossibilidade. Prevalência do princípio da razoabilidade. Determinação de aferição presencial. Possibilidade. Sentença confirmada.*

I. No caso dos autos, não se afigura razoável eliminar o candidato do certame, em razão de não ter sido considerado negro ou pardo após avaliação fotográfica realizada segundo os critérios da Lei 12.990/2014, se o mesmo foi posteriormente reavaliado perante a banca examinadora do concurso, criada para realizar a avaliação presencial, por força da decisão judicial proferida nos autos do Agravo de Instrumento 0008535-95.2015.4.02.0000, que tem como origem a Ação Cível Pública 119328-36.2015.4.02.5001, ocasião em que foi comprovada a condição de negro (preto/pardo) perante a referida banca.

II. Consoante jurisprudência deste Tribunal, “*não é o caso de se adentrar no critério da Administração para avaliar a autodeclaração dos candidatos, mas a avaliação do fenótipo já traz um alto grau de subjetividade e, sendo feita por análise fotográfica, enviada pelo candidato, pode ocorrer equívocos, em razão da qualidade da foto, luz, enquadramento e diversos outros motivos*”, bem como que “*a simples análise fotográfica, ainda mais quando fornecida pelo candidato, fere o princípio da Isonomia, devendo essa ser feita pela própria Administração, ou de melhor monta, de forma presencial*” (Apelação 00061712220164013500, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, TRF1 - Sexta Turma, e-DJF1 de 12/05/2017.)

III. Ademais, a Orientação Normativa 3, de 1º de agosto de 2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que veio dispor sobre as regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros, para os fins da Lei 12.990/2014, determinando que esta verificação seja feita, obrigatoriamente na presença do candidato, afirmou no seu art. 3º que “*Concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União em andamento, ou seja, antes da publicação da homologação do resultado final, que não tiverem a previsão da verificação da veracidade da autodeclaração, deverão ter seus editais retificados para atender ao determinado por esta Orientação Normativa*”.

IV. No que tange aos honorários advocatícios, não há que se falar em que os mesmos seriam indevidos ou que a parte-autora teria dado causa à demanda, porque foi necessária a propositura do presente feito pelo autor, uma vez que houve recusa administrativa do reconhecimento da condição de candidato negro.

V. Apelação desprovida.

(Apelação Cível 0042211-46.2015.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 19/10/2017, p. 655)

*Administrativo. Direito de acesso a informações públicas ou privadas. Transparência administrativa. Universidade Federal de Uberlândia/UFU. Concurso público. Processos seletivos. Documentos e provas dos demais candidatos. Requerimento justificado. Óbice por parte da instituição de ensino superior. Ilegalidade. Princípios da autonomia universitária e da separação de poderes. Ausência de afronta. Falta de dotação orçamentária. Alegação genérica.*

I. Na espécie, não se mostra razoável impedir o acesso dos candidatos a concurso público às informações e documentos produzidos pelos demais concorrentes, após a divulgação de resultados de cada etapa do certame, mediante requerimento justificado do interessado, tendo em vista que “os registros sobre concurso público são de caráter público, não podendo a entidade criar quaisquer óbices ao acesso às informações pelo interessado, sob pena de violação dos dispositivos insertos nos arts. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, b, e 37, *caput*, da Constituição Federal, que a todos assegura o direito à obtenção de informações, bem como de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), como no caso.” (AC 0001203-67.2011.4.01.3000/DF, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 367, de 06/03/2015.)

II. Em que pese a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades (CF, art. 207), sua atuação deve estar pautada pelos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, sendo que, na espécie, a imposição de óbice ao acesso às informações e provas de outros candidatos, quando há um interesse justificado na obtenção dos documentos requisitados, malfez o princípio da publicidade, bem como a transparência das relações administrativas, a autorizar o reconhecimento da ilegalidade do parágrafo único do art. 105 da Resolução 3/2015, do Conselho Diretor da UFU.

III. De igual modo, não há que se falar em afronta ao princípio da separação dos Poderes, na medida em que é dado ao Poder Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos administrativos. No que tange à suposta falta de dotação orçamentária, também não assiste razão à instituição de ensino superior, uma vez que não passa de alegação genérica, sem respaldo fático comprovado.

IV. Apelação da Universidade Federal de Uberlândia desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível na Ação Civil Pública 0012952-24.2016.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 29/11/2017)

*Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Acidente com resultado morte ocorrido em parque nacional. Conduta omissiva do órgão ambiental responsável pela preservação da segurança de seus frequentadores. Descumprimento de expressa previsão legal (ausência ou deficiência de fiscalização). Responsabilidade civil (Constituição Federal, art. 37, § 6º). Nexó de causalidade. Comprovação. Danos morais e materiais. Cabimento. Fixação do quantum devido.*

I. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal, inclusive, em sede de repercussão geral, é no sentido de que “a responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral” e de que “a omissão do Estado reclama nexó de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso”. (RE 841526, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito, *DJe-159*, divulg. 29/07/2016, public. 1º/08/2016.)

II. Na hipótese dos autos, comprovada a ocorrência de conduta omissiva do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, consistente na ausência ou deficiência na preservação da segurança dos frequentadores de unidade de conservação ambiental, no caso, o Parque Nacional da Chapada Diamantina, bem assim, o nexó de causalidade entre essa conduta e o resultado danoso (morte de visitante do aludido parque), resta caracterizada a responsabilidade da referida autarquia, incumbida, legalmente, pela preservação e fiscalização em referência e, por conseguinte, o dever de indenizar os danos materiais e morais dali resultantes. Dano moral e material que se configuram, na espécie, diante dos transtornos de ordem física e emocional, que se presumem, no caso, dada a natureza grave do evento danoso, com resultado morte.

III. Segundo entendimento jurisprudencial já consagrado em nossos tribunais, afigura-se cabível a concessão de pensão aos pais, a título de danos materiais, em virtude da morte de filho, na hipótese de família de baixa renda, como no caso, devendo a mesma corresponder a 2/3 (dois terços) do valor da remuneração por ele percebida (na espécie, um salário-mínimo), até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço), até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro. Precedentes.

IV. O *quantum* fixado para indenização pelo dano moral não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima ou de seus dependentes, como também não pode consistir em valor irrisório a descaracterizar o caráter reparador, punitivo e educativo da indenização almejada, afigurando-se razoável, na espécie, a sua fixação no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para cada um dos pais da vítima, e de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para a sua irmã (que teve a vítima em seus braços no momento do sinistro), corrigidos monetariamente a partir desta data, quantia essa que, mesmo não sendo a ideal, na medida em que a dor moral não tem preço.

V. Fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, nos termos delimitados no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC vigente na época.

VI. Os juros moratórios são devidos, nos termos do enunciado da Súmula 54/STJ e dos arts. 405 e 406 do novo Código Civil, mediante a aplicação da taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, que no caso é a Selic, nos expressos termos da Lei 9.250/1995, até a vigência da Lei 11.960/2009, quando deverão ser calculados pela remuneração básica aplicável às cadernetas de poupança, englobando juros e correção monetária.

VII. Provimento parcial da remessa oficial e dos recursos de apelação interpostos pelos autores e pela autarquia promovida. Sentença reformada em parte, tão somente, para elevar o montante da indenização a título de danos morais e adequação da forma de incidência dos juros moratórios.

(Numeração única: 0018420-74.2008.4.01.3600, Apelação Cível/Reexame Necessário 2008.36.00.018420-7/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 29/11/2017)

## Sexta Turma

*Civil. Processual Civil. Inépcia da petição inicial. Não ocorrência. Competência da Justiça Federal. Legitimidade passiva da União e do Estado de Goiás. Legitimidade do réu ex-proprietário. Reconhecimento. Condenação por danos morais não requeridos pelos autores na exordial. Sentença extra petita. Princípio do juiz natural. Não violação. Responsabilidade Civil. Contaminação por Césio 137 de estabelecimento comercial. Danos materiais. Danos emergentes. Reconhecimento. Sentença parcialmente reformada.*

I. Nos termos do art. 295, parágrafo único, inciso II, do CPC, é inepta a petição inicial quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; (Redação dada pela Lei 5.925, de 1º/10/1973)”. Não é o que ocorre *in casu*, visto que os autores narraram, ainda que de modo sucinto, os fatos e fundamentos jurídicos que deram causa ao seu pedido de indenização.

II. “Não merece prosperar a preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, tendo em vista que na inteligência jurisprudencial deste egrégio Tribunal, ‘o Decreto 81.394/1975, em seu art. 8º, ao regulamentar a Lei 6.229/1975, atribuiu ao Ministério da Saúde a competência para desenvolver programas objetivando a vigilância sanitária dos locais, instalações, equipamentos e agentes que utilizem aparelhos de radiodiagnóstico e radioterapia, resultando, dessa competência, a legitimidade passiva da União.’ (AC 0028923-66.2003.4.01.0000/GO, rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, rel.conv. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (Conv.), Sexta Turma, e-DJF1 p.135 de 31/03/2008) e a respectiva competência da Justiça Federal (CF, art. 109). De igual modo, a Justiça Federal é competente para processar e julgar causa em que haja

responsabilidade solidária da União Federal e de Estado-membro, como na espécie dos autos, sendo, portanto, indevido o desmembramento do feito em relação ao Estado de Goiás.” Precedentes.

III. Esta e. Corte e o colendo STJ tem entendido que assiste legitimidade passiva à União para responder por indenizações decorrentes de contaminações causadas pelo Césio 137, em razão do dever de fiscalização solidariamente imposto à União, ainda que os danos suscitados nos presentes autos tenham se dado não à saúde, mas ao patrimônio dos autores. Precedentes.

IV. A legitimidade passiva do Estado de Goiás, na hipótese do acidente radiológico envolvendo o Césio 137, deve-se ao reconhecimento, pela jurisprudência dominante, da responsabilidade da secretaria de saúde do ente federado pelo descumprimento do dever de fiscalização.

V. De acordo com o art. 1.525 do Código Civil/1916, havendo trânsito em julgado de sentença em ação penal condenatória, os fatos ali reconhecidos não podem ser afastados, caso do ato ilícito praticado e de sua autoria. O ato ilícito — descarte indevido de Césio 137 —, já penalmente reconhecido e tendo sido o corréu Amaurillo por ele responsabilizado naquela esfera, é a causa dos danos alegadamente sofridos pela parte-autora, razão pela qual existente a pertinência subjetiva a caracterizar a sua legitimidade passiva para constar da presente demanda. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

VI. Preliminar de nulidade da sentença por violação ao princípio do juiz natural que se afasta, já que é normal a substituição do juiz titular nos eventuais afastamentos, férias, licenças, convocações para integrar o Tribunal em substituição a desembargador federal ou por outros motivos, caso em que outro magistrado é designado para exercer suas funções, como forma, inclusive, de manter o funcionamento ininterrupto da serventia judicial e não prejudicar a regular prestação jurisdicional. No presente caso, há a agravante do longo período de transcurso da demanda, margeando entre a realização de audiência de instrução e a prolação da sentença recorrida mais de 9 (nove) anos, o que impossibilita, em termos práticos, a manutenção do mesmo magistrado na condução do feito.

VII. Nos termos do art. 128 do Código de Processo Civil, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Dispõe o art. 460 do diploma processual civil, por seu turno, ser “defeso ao magistrado proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Não tendo a parte-autora postulado indenização por danos morais em razão da cessação de sua atividade comercial em virtude da contaminação por Césio 137 ocorrida próximo ao seu estabelecimento, a decisão recorrida deve ser declarada *extra petita*, devendo ser decotada de seu teor o respectivo ponto.

VIII. Quanto ao mérito, pretendem os autores indenização por danos materiais, deve ser reconhecido aos autores a reparação dos danos emergentes por eles em razão da interdição e posterior fechamento de seu estabelecimento comercial, fato que ocorreu entre outubro de 1987 e fevereiro de 1988, em razão de contaminação causada por bomba de Césio 137, que se encontrava em ferro-velho, acerca de trinta metros da lanchonete da qual os autores eram proprietários.

IX. De um lado, houve conduta omissiva da União, do Estado de Goiás e do CNEN, que não atuaram na fiscalização de descarte de material radioativo, cabendo a elas o dever solidário de zelar pelo meio ambiente saudável e pela manutenção de saúde pública.

X. De outra ponta, não se pode ignorar a conduta culposa dos demais réus que, sabendo da periculosidade do Césio 137, o abandonaram no antigo prédio do Instituto Goiano de Radiologia, agindo com verdadeira negligência, ou que procederam à demolição do mencionado imóvel, sem verificar se tal cápsula ficaria exposta à ação de terceiros, situação em que configurada negligência.

XI. Em razão de a mora decorrer de conduta exclusiva dos réus, não há que se falar sobre incidência de juros moratórios sobre valores já pagos administrativamente quando da realização de sua compensação.

XII. Apelação do Estado de Goiás a que se dá parcial provimento (itens III e VII) e reexame necessário e apelações de Carlos de Figueiredo Bezerril e Criseide de Castro Dourado; de Amaurillo Monteiro de Oliveira e da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN às quais se nega provimento.

(Numeração única: 0004237-68.2007.4.01.0000, Apelação/Reexame Necessário 2007.01.00.003870-0/GO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 18/07/2016, p. 1.219)

*Remessa necessária e apelação cível. INSS. Descontos indevidos de valores relativos à pensão alimentícia sobre benefício previdenciário. Cerceamento de defesa. Inexistência. Prescrição parcial. Ocorrência. Danos materiais. Existência de ato ilícito. Comprovação. Danos morais. Natureza in re ipsa. Sentença mantida.*

I. A ausência de reiteração, por ocasião de interposição de recurso de apelação, impede o conhecimento de agravo retido, pois descumprido o requisito exigido pelo art. 523, § 1º, do CPC/1973.

II. Conforme dispõe o art. 370, parágrafo único, do CPC/2015 (art. 130, parte final, do CPC/1973), tendo em vista que o juiz é o destinatário das provas, a ele incumbe indeferir as diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias. No caso em apreço, tendo em vista que a destinação dos valores descontados é irrelevante para aferir a existência de ato ilícito administrativo, bem como que os danos morais se presumem pela situação descrita nos autos, não padece de nulidade a sentença que indefere requerimento de depoimento pessoal do autor e oitiva de testemunha. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

III. À luz da Súmula 85, do STJ, tem-se que se foi reconhecido o direito de fundo ao administrado em relação de trato sucessivo, o que prescreve são as prestações anteriores ao quinquênio da data em que ele ajuizou a ação. A sua interpretação *a contrario sensu*, por outro lado, conduz ao entendimento de que, se houver negativa do direito reclamado pela Administração, passados os cinco anos do prazo prescricional para exercício da pretensão decorrente de sua violação, não prescrevem apenas as prestações vencidas, mas sim o próprio fundo do direito. Prescrição parcial da pretensão autoral mantida.

IV. A responsabilidade civil da Administração Pública encontra guarida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo de natureza objetiva, à vista da adoção do risco administrativo. Assim, para sua configuração, basta a demonstração de conduta administrativa, dano e nexos de causalidade entre ambos, sendo desnecessária perquirição de dolo ou culpa por parte do agente público que a praticou. Precedentes.

V. No caso, restou demonstrado que o INSS, apesar de instado judicialmente a não realizar descontos a título de pensão alimentícia sobre os proventos de aposentadoria do autor, praticou tal conduta indevida ao longo de 14 (quatorze) anos, ensejando danos materiais ao autor.

VI. Quanto aos danos morais, tendo em vista que proventos de aposentadoria possuem natureza evidentemente alimentar, o desconto de 40% de seu valor condenou o autor e a sua família à míngua, sobretudo porque o total do benefício auferido era de um salário-mínimo e o requerente era aposentado por invalidez, ou seja, impossibilitado de trabalhar. Ademais, a prolongada inércia administrativa em retificar a conduta indevida e sua renitência em cumprir decisão judicial para fazer cessar os descontos justificam a imposição de indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) no caso concreto.

VII. Agravo retido interposto pelo autor de que não se conhece. Remessa necessária, recurso de apelação do INSS e recurso adesivo do autor aos quais se nega provimento.

(Numeração única: 0002507-65.2007.4.01.3801, Apelação/Reexame Necessário 2007.38.01.002711-3/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 19/09/2017, p. 666)

*Agravo de instrumento. Processo Civil e Administrativo. Inadimplência. Execução de título executivo extrajudicial. Desconto compulsório em folha de pagamento. Impossibilidade. Impenhorabilidade. Art. 833, IV, do Código de Processo Civil.*

I. Possibilidade de se permitir ou não, em sede de execução, reabilitação/implementação de desconto compulsório na monta de 30% na folha de pagamento de mutuário que celebrou com a Caixa Econômica Federal contrato de empréstimo consignatório, mas que *a posteriori* se tornou inadimplente.

II. O atual art. 833, IV, do CPC (correspondente ao antigo art. 649, IV, do CPC/1973) estabelece expressamente que “São impenhoráveis: os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal[...]”, ressalvados os casos de pensão alimentícia.

III. O entendimento firmado junto ao STJ, dispensado a estas hipóteses, é no sentido de se prestigiar a impenhorabilidade prevista no dispositivo processual retromencionado, porquanto a possibilidade de se firmar contrato de mútuo, dispondo o servidor de seu salário e fazendo uso de sua margem consignável, de nítido caráter volitivo, não tem o condão de descaracterizar, em sede de execução (de evidente natureza compulsória), a aludida impenhorabilidade dos seus ganhos. Nesse sentido, entre muitos outros, o EDcl no REsp-1.284.388/MT, Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 30/04/2014.

IV. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Agravo de Instrumento 0010703-34.2014.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 28/09/2017, p. 232)

*Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A. Engenheiro agrônomo. Vagas fragmentadas por localidade. Inexistência de vagas pagas para portadores de deficiência física. Percentual mínimo de 5%. Fração. Arredondamento para o próximo número inteiro. Possibilidade. Sentença mantida.*

I. A Constituição Federal dispôs que lei própria regulamentaria a reserva de vaga em concurso público para deficientes físicos, o que ocorreu, no âmbito dos concursos públicos federais, por meio da Lei 8.112/1990, cujo art. 5º, § 2º, previu o limite máximo de 20%. O limite mínimo foi fixado por meio do Decreto Federal 3.298/1999, que o instituiu no patamar de 5%.

II. “[...] I. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de necessidades especiais em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. [...]” (AC 2003.34.00.006887-6/DF, rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, rel. para acórdão Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos, Quinta Turma, e-DJF1, p. 90, de 20/06/2008).

III. Remessa oficial a que se nega provimento. Sentença mantida.

(Reexame Necessário 0035138-28.2012.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 10/10/2017, p. 232)

*Apelação cível. Itaipu e diretor-geral. Publicação em revista de circulação nacional. Notícia inverídica. Tentativa de associação a escândalo político. Liberdade de imprensa. Limites. Danos morais. Violação a direito da personalidade. Sentença parcialmente reformada.*

I. Nos termos do que dispõe o art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, assegura-se a quem sofra ofensa a direitos da personalidade o direito à indenização por danos morais. Assim, conforme previsão constante dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, demonstrada a prática de ato ilícito doloso, o dano e o nexo de causalidade direto e imediato entre ambos, impõe-se o dever de reparação. Precedentes.

II. A Itaipu Binacional, em que pese tratar-se de pessoa jurídica de direito internacional público, é passível de sofrer danos morais, eis que a ela se aplica o disposto no art. 52 do Código Civil, ou seja, a mesma proteção prevista às pessoas físicas no que diz respeito ao direito da personalidade. Nesse sentido, ademais, não se pode olvidar do Enunciado Sumular 227, do c. STJ, segundo o qual “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Caso em que, a veiculação de notícia, sem comprovação de ocorrência, da prática de atos de corrupção praticados por seu diretor-geral causou mácula à imagem da recorrente, hábil a gerar, junto a consumidores e cidadãos, descrédito, o que configura dano moral.

III. No que diz respeito ao diretor-geral da Itaipu acusado, sem fundamento concreto, de prática de corrupção passiva para favorecer empresa participante de consórcio público, patente a ilicitude da conduta perpetrada pelos jornalistas responsáveis pela publicação e pelo veículo de comunicação de âmbito nacional, vez que se deixou de apurar a veracidade dos fatos constantes de documentos públicos, levando o leitor à desinformação e ao erro. Tais fatos, por si só, maculam a honra objetiva do envolvido, de maneira a causar-lhe danos morais. Precedentes.

IV. Indenização por danos morais fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor de cada um dos autores/apelantes, com base em precedente desta e. Corte e nas situações concretas descritas nos autos. Precedente.

V. Recurso de apelação dos autores a que se dá provimento.

(Apelação Cível 0035846-88.2006.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 16/10/2017, p. 244)

*Reexame necessário e apelação cível. União. Proibição de embarque de menor e sua mãe. Autorização expressa concedida pelo pai. Autenticação de assinatura por autoridade francesa competente. Ato ilícito administrativo. Ocorrência. Danos materiais e morais. Existência. Dever de indenizar. Configuração. Juros e correção monetária. Art. 1º-F da Lei 9.494/1997. Vigência. Sentença parcialmente reformada.*

I. Para a configuração da responsabilidade civil da Administração Pública, regida pelo disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é preciso demonstrar a prática de ato administrativo ilícito, dano e nexos de causalidade entre ambos, dispensada a comprovação de dolo ou culpa, vez que adotada a teoria do risco administrativo.

II. É de se constatar a ilicitude de ato praticado por agente da imigração que impede embarque de menor brasileiro, acompanhado de sua mãe, para a França, onde residia, em voo com conexão na Guiana Francesa, apesar de apresentada autorização preenchida por seu pai, com firma devidamente reconhecida pela autoridade francesa competente, nos termos do art. 23 do Decreto 3.598/2000 e do art. 84, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990).

III. Danos materiais configurados, consistentes nos valores despendidos com a compra de novas passagens e pagamento de taxa de embarque, totalizando R\$ 2.541,51 (dois mil, quinhentos e quarenta e um reais e cinquenta e um centavos).

IV. Indenização por danos morais fixada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para os autores, em virtude da violação de sua liberdade de locomoção, direito ínsito à dignidade da pessoa humana.

V. Em se tratando de condenação não tributária imposta à Fazenda Pública, deve prevalecer, quanto aos juros de mora, a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, observado o início de sua vigência.

VI. Já no que se refere à correção monetária, considerando o julgamento do RE 870947, com repercussão geral reconhecida, acórdão ainda pendente de publicação, deve ser aplicado o IPCA-E ou a fórmula que vier a ser estabelecida pelo e. STF em eventual modulação dos efeitos do julgado.

VII. Tendo em vista que a condenação se deu em valor certo e por montante inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos vigentes à época da prolação da sentença (R\$ 465,00, conforme Lei 11.944/2009), incabível remessa necessária, nos termos do art. 475, § 2º, CPC/1973.

VIII. Remessa necessária que se deixa de conhecer. Recurso de apelação da União a que se dá parcial provimento (itens V e VI).

(Numeração única: 0006613-69.2004.4.01.3900, Apelação/Reexame Necessário 2004.39.00.006612-6/PA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 16/10/2017, p. 239)

*Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Ensino superior. Remessa oficial. Transferência de instituição de ensino particular. Tratamento psiquiátrico. Garantia constitucional à saúde, à educação e à unidade familiar.*

I. Apesar de não dominante, esta Corte possui orientação jurisprudencial no sentido de que as garantias constitucionais do direito à saúde, à educação e à unidade familiar amparam a pretensão do estudante de ensino superior de transferência para entidade congênere para fins de continuidade de tratamento médico, perto da família, afastando-se os entraves legais e burocráticos suscitados em âmbito administrativo (ausência de vaga e submissão a processo seletivo).

II. Hipótese dos autos em que a impetrante se mostra impossibilitada de retornar a Porto Nacional/TO, onde cursa Medicina no Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos Porto Ltda., em virtude de vários infortúnios sofridos dentro do ambiente familiar, quais sejam: falecimento precoce de sua irmã em razão de acidente automobilístico, transtornos psicológicos/psiquiátricos apresentados por seus pais causados pelo sofrimento pela morte da filha, impossibilidade do trabalho autônomo exercido por seu genitor devido à queimadura que lhe atingiu 50% do corpo. Prevalência das garantias constitucionais do direito à saúde, à educação e à unidade familiar sobre qualquer requisito legal ou entrave burocrático, a ela devendo ser assegurada a transferência para a PUC/GO, conforme requerido.

III. Remessa oficial a que se nega provimento.

(Remessa Oficial em Mandado de Segurança 0004932-51.2014.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 17/10/2017, p. 641)

*Administrativo e Processual Civil. Estrangeiro. Decreto de expulsão, posteriormente revogado. Pedido de expedição de visto permanente. Negativa baseada nos fatos que justificaram a expulsão. Contradição do ato administrativo. Sentença de procedência. Confirmação. Apelação e remessa oficial desprovidas.*

I. Revogado o decreto que determinou a expulsão do estrangeiro do território nacional, os elementos que ampararam aquele decreto não podem servir de base para negar o visto de permanência, pois configuraria contradição entre os atos administrativos e, em consequência, a ilegalidade da negativa.

II. Sentença confirmada.

III. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(Numeração única: 0007254-43.2006.4.01.3300, Apelação/Reexame Necessário 2006.33.00.007257-3/BA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 30/10/2017, p. 308)

*Administrativo. Ensino superior. Sistema de cotas. Conclusão do ensino médio por meio do programa de educação de jovens e adultos ministrado pelo Serviço Social da Indústria. Equiparação ao ensino público.*

I. Orientação jurisprudencial da Corte no sentido de que, em tema de ações afirmativas voltadas a estudantes egressos da rede pública de ensino, assim como sistema de cotas destinado ao acesso ao nível superior de ensino, equiparam-se ao ensino público cursos supletivos ministrados por entes paraestatais sem fins lucrativos, como é o caso do Serviço Social da Indústria.

II. Remessa oficial não provida.

(Reexame Necessário 0001094-91.2015.4.01.3815/MG, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, e-DJF1 de 06/11/2017, p. 531)

*Apelação cível. União. Fiscalização realizada pelo Crefito com auxílio de agentes da Polícia Federal. Ausência de mandado judicial. Ingresso em estabelecimento comercial. Exercício de poder de polícia. Inoponibilidade à inviolabilidade de domicílio. Ato flagrantemente ilegal. Condução da autora em camburão de viatura. Prisão por desobediência. Ato ilícito. Danos morais. Existência. Sentença reformada.*

I. O princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto, de modo que não há impedimento ou irregularidade na substituição do titular pelo substituto em regime de cooperação, uma vez que os magistrados

atuam investidos da jurisdição que lhes é atribuída e de acordo com as regras de organização judiciária, da Corregedoria do Tribunal e do art. 132 do Código de Processo Civil/1973. Preliminar de nulidade da sentença recorrida rejeitada.

II. A responsabilidade civil dos entes públicos encontra previsão no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo de natureza objetiva em virtude da adoção do risco administrativo. Combinando o dispositivo aludido com os arts. 186, 187 e 927, CC, chega-se à conclusão de que para a configuração da responsabilidade civil estatal e do consequente dever de indenizar, incumbe ao interessado a demonstração da prática de conduta ilícita por agente público estatal, dano e nexo de causalidade entre ambos. Dispensa-se a discussão acerca da existência de culpa ou dolo por parte de quem pratica o ato reputado danoso. Precedentes.

III. No caso, requer a autora/recorrente indenização por danos morais em virtude de ter sido levada à delegacia de polícia por agentes da Polícia Federal, os quais, em auxílio à fiscalização realizada pelo Crefito, ingressaram em seu local de trabalho. À autora, como impediu que os agentes ingressassem no local por não portarem ordem judicial para tanto, foi dada voz de prisão por desobediência, o que ocasionou sua condução à repartição policial em camburão de viatura, na frente de diversos pacientes.

IV. O exercício do poder de polícia, prerrogativa da Administração Pública, não se sobrepõe ao direito fundamental à intimidade, consubstanciado no resguardo do domicílio, conforme se depreende do art. 5º, XI, da Constituição Federal, conceito este aplicável aos interiores de estabelecimentos comerciais. Precedentes do c. STF.

V. Assim, restou indevida a apreensão da autora, visto que o ingresso da PF não poderia ter ocorrido sem autorização judicial, não havendo que se falar em cometimento de crime de desobediência, mas em exercício regular de direito por parte da recorrente ao impedir o ingresso policial no estabelecimento em que trabalhava.

VI. Indenização por danos morais fixada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) à luz das circunstâncias do caso concreto e de parâmetros jurisprudenciais. Precedentes. Juros e correção monetária nos termos das Súmulas 54 e 362, STJ. Índices conforme tese do e. STF estabelecida no RE 870947.

VII. Recurso de apelação da autora a que se dá provimento.

(Numeração única: 0010106-35.2009.4.01.3300, Apelação Cível 2009.33.00.010111-2/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 30/10/2017, p. 330)

*Administrativo. Ensino superior. Vestibular. Candidato cotista. Nota suficiente para aprovação e classificação na lista de ampla concorrência. Matrícula. Possibilidade. Sentença mantida.*

I. Candidato aprovado em regular processo seletivo para ingresso no ensino superior, optante do sistema de cotas, quando classificado, em lista de espera, em posição superior aos candidatos da ampla concorrência, tem direito à matrícula em detrimento destes últimos, sob pena de ofensa à finalidade do sistema de cotas, qual seja, facilitar o acesso do estudante cotista ao ensino universitário.

II. A concessão de medida liminar em abril/2013, autorizando a matrícula do impetrante no curso de Ciências Políticas, consolida situação de fato cuja desconstituição não se recomenda, considerando a possível conclusão da graduação, ou a iminência de tal fato.

III. Remessa oficial a que se nega provimento.

(Reexame Necessário 0005186-13.2013.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 31/10/2017, p. 1.526)

## Oitava Turma

*Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Incidência do ICMS na fatura de conta de energia elétrica. Limitação da incidência ao consumo efetivo. Sentença concessiva da segurança confirmada.*

I. O Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

II. *Para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução Aneel 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.* (REsp 960.476/SC, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/3/2009, DJe de 13/5/2009).

III. Remessa oficial a que se nega provimento.

(Numeração única: 0032600-14.2007.4.01.3800, Reexame Necessário 2007.38.00.033233-8/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 04/08/2017, p. 1.276)

## Decisões Monocráticas

### Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0048553-20.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – Coelba em face de sentença que julgou improcedente o pedido de declaração da nulidade do Auto de Infração e do Despacho da Aneel 2.872, de 29 de julho de 2014, que manteve as Não Conformidades N.3, N.4, N.6, N.7, N.9, N.10, N.11, N.12, N.13, N.14, N.15, M.16, N.17, N.18, N.19 e as Determinações D.1 a D.12 (fls. 2.133-2.148).

2. Conforme consta da inicial, o processo administrativo do qual resultou o auto de infração teve origem em fiscalização realizada no período de 16/05/2011 a 20/05/2011, para verificação do cumprimento das disposições do Módulo 8 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica do Sistema Elétrico Nacional – Prodist, que tratam dos procedimentos de coleta de dados de apuração dos indicadores de continuidade individuais e coletivos, das compensações financeiras decorrentes de tais indicadores e da composição dos indicadores globais dos conjuntos de unidades consumidoras.

3. Sustenta a requerente, em síntese, violação aos princípios da legalidade, da motivação, do contraditório e da ampla defesa, do *ne bis in idem*, da tipicidade e da insignificância; e violação aos arts. 8º, 15 e 20, § 2º, IV, da Resolução Normativa 63/2004, 16 do anexo I ao Decreto 2.335/1997 e 186 e 403 do Código Civil.

4. Ressalta que a exigibilidade da multa está suspensa por decisão liminar proferida na Ação Cautelar 56370-28.2014.4.01.3400/DF, mantida quando da prolação da sentença naqueles autos, vedando a cobrança pela Aneel, até solução final na Ação Ordinária 67683-83.2014.4.041.3400/DF, da multa objeto da lide, mediante o depósito do valor integral do débito.

5. Sustenta a nulidade da sentença por falta de fundamentação, pois deixou de analisar relevantes argumentos da autora, tais como a violação aos princípios da legalidade e da tipicidade, ao desvio de finalidade da sanção administrativa e de inobservância aos dispositivos legais e regulamentares citados, omissão essa mantida mesmo diante da oposição de embargos de declaração.

6. Requer, assim, que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso de apelação e conseqüentemente a suspensão da exigibilidade da multa até trânsito em julgado da sentença.

Autos conclusos, *decido*.

8. A atribuição de efeito suspensivo a recurso somente tem lógica ou sentido nos casos em que a decisão recorrida for concessiva, ou seja, quando condenar o réu a satisfazer o direito pleiteado pelo autor. Assim, eventual recebimento da irrisignação do réu no efeito suspensivo terá o condão de suspender o cumprimento do comando decisório até ulterior manifestação do órgão revisor.

9. No presente caso, ao contrário, temos um comando negativo, uma sentença que julgou improcedentes os pedidos, ou seja, não houve a concessão à autora do direito vindicado e, por consequência, não houve nenhuma condenação à parte-ré, e o recurso foi manejado pela própria autora, buscando em segundo grau de jurisdição aquilo que não lhe fora concedido em primeira instância.

10. O entendimento jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a sentença denegatória não possui conteúdo executório, sendo incompatível com o efeito suspensivo. Confirmam-se os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO, OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO - PREQUESTIONAMENTO - EFEITO DEVOLUTIVO - RECURSO DE APELAÇÃO - SÚMULA 405 DO STF -

1. À luz do art. 535 do CPC, cabíveis os embargos de declaração para suprir omissão, obscuridade e/ou contradição no acórdão embargado.

2. A sentença denegatória da segurança torna sem efeito a liminar anteriormente concedida. Aplicabilidade da Súmula 405/STF.

3. “A sentença que denega o “writ” não possui conteúdo executório e, pela própria natureza, é incompatível com o efeito suspensivo. - Com a denegação do mandado de segurança opera-se, ipso facto, e nos termos da Súmula nº 405, do Supremo Tribunal Federal, a perda de eficácia da medida liminar anteriormente concedida, razão pela qual cessam, de pleno direito, todas as virtualidades jurídicas emergentes da decisão judicial que, provisoriamente, amparava o impetrante, razão pela qual, uma vez indeferido o writ, não mais pode ser invocada a medida liminar anteriormente obtida, cuja eficácia restou afetada pela superveniência da decisão denegatória do mandado de segurança. [...]” (AI 201002010077808, TRF2, rel. Des. Fernando Marques, in *DJ* de 21/01/2011).

4. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de ou de difícil reparação, esta Corte tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da apelação.

5. A hipótese dos autos, não traduz situação excepcional que autorize o recebimento do recurso em ambos os efeitos.

6. Embargos de declaração acolhidos para dar provimento ao agravo regimental e, em consequência, negar seguimento ao agravo de instrumento.”

(EDAGA 0031908-71.2004.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, rel. conv. Juiz Federal Ronaldo Castro Destêrro e Silva (conv.), Sétima Turma, e-*DJF1*, p.255 de 06/07/2012).

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO. PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO. NÃO OCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DENEGATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO NO EFEITO DEVOLUTIVO. EFEITO SUSPENSIVO. 1. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, é incabível a interposição de embargos de declaração contra decisão monocrática proferida pelo Relator (art. 301 do RITRF/1ª Região), podendo o recurso ser recebido como agravo regimental. Precedentes: EDAC 2008.01.99.047791-3/PA, Relator Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (Conv.), 1ª Turma, publicação: 05/05/2009 e-*DJF1* p. 109; AGRAC 1999.38.03.000867-1/MG, Relator Juiz Federal Marcelo Albernaz (Conv.), 5ª Turma, publicação: 08/05/2009 e-*DJF1* p. 73; AGMS 2008.01.00.030580-5/MA, Relator Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 3ª Seção, publicação: 06/04/2009 e-*DJF1* p. 84; AGA 200801000211577, DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, 29/04/2011. 2. Compulsando os autos, verifico que houve um equívoco ao julgar prejudicado o agravo de instrumento. O objeto do presente agravo de instrumento é a possibilidade ou não, de atribuição de efeito suspensivo na apelação em mandado de segurança cuja sentença denegou a ordem. 3. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que a Apelação interposta da sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: “Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.” 4. Agravo regimental improvido.

(AGA 0031908-71.2004.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, rel.conv. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (conv.), Sétima Turma, e-*DJF1*, p.712 de 03/02/2012)

11. Contudo, o novo CPC tem como escopo a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional, com o máximo aproveitamento dos atos processuais, evitando-se a prolação de decisões extintivas do feito sem exame do mérito, ou seja, o objeto é evitar a extinção prematura dos feitos por questões processuais e privilegiar a efetiva resolução da controvérsia.

12. Nesse sentido, não vejo óbice à recepção deste requerimento como pedido de concessão de tutela de urgência, na forma dos arts. 294 e ss. do CPC/2015.

13. Sem pretender adentrar no mérito do recurso, o qual será objeto de exame no momento oportuno, tenho por relevantes os fundamentos por mim utilizados quando do exame do AI 59137-54.2014.4.01.0000/DF, interposto pela ora requerente em face da decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela no feito de origem, conforme decisão a seguir transcrita:

[...]

7. Não obstante tenha sido oportunizado à agravante exercer o direito da ampla defesa e do contraditório no âmbito da Administração objetivando suspender os efeitos do auto de infração objeto da controvérsia, ressalto que, a princípio, razão parece lhe assistir.

8. Isso porque o imediato cumprimento das Determinações D1 a D12 poderá resultar em dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que poderá resultar em compensações financeiras a todos os consumidores, cujo ressarcimento será irreversível. Por outro lado, o descumprimento das Determinações constantes do AI 118/2012, no prazo fixado, resultará em altíssima multa à agravante, pois terá como base de cálculo seu faturamento, a exemplo daquela já imposta no AI 118/2012.

9. Ademais, aparentemente presente a boa fé da agravante, consubstanciada no pedido de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – objetivando a suspensão da pena aplicada (fls. 1.113/1.115), cujo pedido foi inferido pela

ANEEL (fl. 1.257), e no depósito judicial no valor correspondente à multa imposta em face das irregularidades apontadas pela ANEEL por ocasião da fiscalização, deferido nos autos da Ação Cautelar Inominada 56370-28.2014.4.01.3400, o que garante o pagamento da multa imposta no AI 118/2012.

10. Dessa forma, presente a verossimilhança das alegações e o perigo da demora – tendo em vista que o prazo para cumprimento das Determinações se encerrará no dia 16/11/2014, considerando o prazo de 90 a contar da data da publicação do Despacho em 18/08/2014 (fl. 1.339).

Pelo exposto, DEFIRO, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e determino a suspensão do cumprimento das Determinações D1 a D12 até o julgamento deste recurso pela Corte ou prolação de sentença no feito a que se refere. Consequentemente, fica a agravada impedida de lhe aplicar multa com fundamento em tal descumprimento.

[...]

14. Cumpre ressaltar, ainda, que a exigibilidade da multa está suspensa em razão do depósito do valor integral do débito deferido na Ação Cautelar 56370-28.2014.4.01.3400/DF, decisão essa tornada definitiva por sentença, no seguinte teor:

[...]

Pretende a Requerente, depositar em juízo valores referentes a multa(s) a si aplicada(s) pela ANEEL, a fim de que possa, uma vez suspensa a exigibilidade da quantia depositada, na lide principal, demonstrar a ilegalidade do ato administrativo representado pelo AI 118/2012 (f. 3).

O depósito do montante integral do crédito, tributário ou não, constitui faculdade para obter a suspensão da exigibilidade de débitos podendo ser requerido em medida cautelar, ou até mesmo na própria ação principal, em pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Assim, a presente cautelar é medida adequada, especialmente porque a ação principal foi ajuizada e tramita neste juízo (Processo 67683-83.2014.4.01.3400), servindo, portanto, para garantir o resultado útil buscado nesse outro feito.

O depósito realizado nestes autos atendeu as finalidades manifestadas na inicial, quais sejam: suspender a exigibilidade da(s) multa(s) imposta(s) à REQUERENTE, no valor de R\$ 20.259.718,22, atualizado até 28/08/2014, com vencimento em 28.8.2014, pelo suposto descumprimento de obrigações relativas à apuração dos indicadores de continuidade individuais e coletivos, bem como as respectivas compensações financeiras aos consumidores; e, impedir a inscrição do débito ora questionado na Dívida Ativa e a inscrição da REQUERENTE no CADIN e/ ou no Cadastro de Inadimplentes da ANEEL.

Assim, não restam dúvidas acerca da utilidade da presente medida, apesar de ser apenas uma das opções da Requerente que poderia, tal como afirmado anteriormente, ter buscado a mesma providência na própria ação anulatória.

Noutro passo, não há como deixar de concluir que a medida cautelar aparece como procedimento pouco ou quase nada útil, além de redundante, em detrimento da celeridade e da economia processual, porquanto, repita-se, o pedido aqui deduzido, poderia, sem nenhum complicador ou obstáculo, ter sido deduzido na ação principal, conforme autorizava o Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo do ajuizamento das duas ações: cautelar e ordinária - uma ajuizada em agosto de 2014(cautelar) e a outra no mês seguinte (ordinária). Desse modo, considerando a singeleza da causa e a constatação de que o depósito integral do montante para suspensão da exigibilidade do crédito administrativo é direito potestativo (não poderia ser negado por este juízo), não restam dúvidas também que a condenação em honorários deve ser, igualmente, singela.

Com essas considerações, JULGO PROCEDENTES os pedidos para tornar definitiva a decisão de ff. 1587/1589 e o depósito de ff. 1592/1595, eventos que durarão ate solução final da Ação Ordinária nº 67683-83.2014.4.01.3400, na qual se deliberará sobre a destinação do montante depositado.

[...]

15. Da mesma forma, deve ser deferido o pedido, considerando se tratar de direito assegurado ao autor, pois o entendimento jurisprudencial desta Corte sobre a matéria é firme no sentido de que o depósito judicial dos valores cobrados do autor suspende a exigibilidade do crédito até o julgamento final da ação principal.

16. A propósito, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. DEPÓSITO MULTA CONTRATO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO EXIGIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. I - Esta Corte possui entendimento firme no sentido de que o depósito judicial, em ação cautelar, de valores cobrados do autor suspende a exigibilidade do crédito até o julgamento final da ação principal. II - Recurso de apelação a que se nega provimento. (AC 0025869-14.2002.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p.1291 de 04/08/2015.)

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA REGULADORA. AUTOS DE INFRAÇÃO E MULTAS. CONDUTAS REGULARMENTE PREVISTAS NAS NORMAS LEGAIS DISCIPLINADORAS. IRREGULARIDADES QUANTITATIVAS. COMETIMENTO DAS INFRAÇÕES DEMONSTRADO. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA INEXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

1. Autos de infração lavrados pelo INMETRO em função de a empresa autuada comercializar produtos fora da tolerância quantitativa, em violação à legislação de regência. 2. Quanto à suspensão da exigibilidade do crédito requerida em simples petição, é medida que se impõe, ante a comprovação do correspondente depósito judicial integral. Precedentes. 3. Comprovados os cometimentos das infrações, recai devido o reconhecimento da regularidade das multas aplicadas, forte na ausência de demonstração de qualquer irregularidade no procedimento administrativo, bem como na circunstância de que os autos de infração foram baseados na Lei 9.933/1999, em regulamento Técnico Metrológico aprovado pela Portaria INMETRO 96/2000 e em exames técnicos periciais. 4. À luz dos critérios previstos no art. 9º, incisos I, II e III, e § 1º, da Lei 9.933/1999, aos quais a autoridade administrativa deve se ater ao arbitrar o montante da multa, ressaem razoáveis os valores fixados na r. sentença singular. 5. Apelação a que se nega provimento. Deferida, porém, a suspensão da exigibilidade do crédito discutido. (AC 0021005-74.2009.4.01.3500/GO, rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1, p.1079 de 08/09/2015.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MULTA APLICADA PELO IBAMA. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NO CADIN, ENQUANTO PENDENTE DE DISCUSSÃO JUDICIAL O DÉBITO QUESTIONADO. PROCESSO CAUTELAR AUTÔNOMO. CABIMENTO. I - Afigura-se pacífico o entendimento jurisprudencial de que é indevida a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, enquanto pendente de decisão judicial o débito questionado. Tal medida encontra espaço tanto no corpo do processo cautelar autônomo como nos autos do feito principal, em face do princípio da instrumentalidade do processo, com expressa autorização legal (CPC, art. 273, § 7º, com a redação dada pela Lei nº 10.444/02). II - O depósito judicial do valor relativo ao débito questionado é medida cautelar adequada com vistas na suspensão da sua exigibilidade, e na adoção de medidas daí decorrentes, inclusive a de exclusão do nome do devedor de cadastros de inadimplentes, enquanto pendente de apreciação o feito principal. III - Agravo regimental desprovido. (AGRAC 0041171-10.2007.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, rel. conv. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (conv.), Quinta Turma, e-DJF1, p.1234 de 29/07/2014.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. DEPÓSITO. INTEGRALIDADE. DEBITO. FGTS. SUSPENSÃO. EXIGIBILIDADE. 1. Depositado o montante integral do débito do FGTS para garantir sua discussão judicial, não merece reformas a sentença que suspendeu sua exigibilidade até o trânsito em julgado do pedido de nulidade da NDFG respectiva, nos autos do processo principal (1998.38.00.026352-4). 2. Apelações e recurso adesivo a que se negam provimento. (AC 0021246-07.1998.4.01.3800/MG, rel. Juiz Federal Osmane Antonio Dos Santos, rel. conv. Juiz Federal Osmane Antonio Dos Santos, 2ª Turma Suplementar, e-DJF1, p.362 de 01/10/2013.)

Pelo exposto, *defiro* o pedido e, antecipando os efeitos da tutela recursal, suspendo a exigibilidade da multa imposta pela Aneel e, conseqüentemente, a inscrição do débito em dívida ativa ou nos cadastros restritivos de crédito ou atividades, tais como Cadin e similares, bem como suspendo também o cumprimento das determinações D.1 a D.12 a que alude o Despacho 2.872, de 29 de julho de 2014, fl. 245, até decisão final no feito originário ou posterior decisão em contrário, o que ocorrer primeiro.

(Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0048553-20.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 13/10/2017, p. 2.156)

## Agravo de Instrumento 1010465-90.2017.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juiz Federal da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Marcelo Albernaz, nos autos de ação ajuizada por Alessandra Sanches Milhomem contra a Caixa Econômica Federal, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja assegurado à autora o direito ao levantamento do saldo existente em sua conta vinculada ao FGTS, com a finalidade de custear despesas com tratamento e necessidades especiais de sua filha, portadora de síndrome de Crouzon, hidrocefalia no ventrículo esquerdo e transtorno do espectro autista.

O juízo monocrático indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado nos aludidos autos sob o fundamento de que a pretensão em referência esbarraria na norma do art. 29-B da Lei 8.036/1990.

Em suas razões recursais, insiste a recorrente na concessão da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos no feito de origem, destacando que o quadro clínico da sua filha reclama tratamento e acompanhamento

médico e assistencial em caráter intensivo, conforme laudos técnicos carreados para os autos, com elevados custos, consistentes em 3 sessões semanais com psicólogo, 2 com psicopedagogo, 3 sessões com terapeuta ocupacional e 2 com fonoaudiólogos, além de despesas com consultas médicas, Kumon e equoterapia, impondo-se, assim, o deferimento do seu pleito, na linha, inclusive, na orientação jurisprudencial de nossos tribunais sobre a matéria.

\*\*\*

Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os requisitos do art. 1.019, I, do CPC vigente, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, mormente em face da sua natureza eminentemente precavativa e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido diploma legal, de forma a viabilizar o exercício do direito à vida e à assistência médica, que se afina com a garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou material.

Com efeito, 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 (art. 196 da Constituição Federal).

De ver-se, ainda, que, relativamente à possibilidade de utilização dos saldos existentes em contas vinculadas ao FGTS, para fins de tratamento de saúde do fundista ou do seu dependente, como no caso, a orientação jurisprudencial de nossos tribunais é no sentido de que *“a enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal”* (STJ, REsp 848.637/PR, rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 27/11/2006).

Nesse sentido, confirmam-se, dentre outros, os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEVANTAMENTO DO SALDO EXISTENTE EM CONTA VINCULADA AO FGTS. DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE.

I - Afigura-se possível a movimentação da conta vinculada ao FGTS de que é titular o impetrante, em face da comprovação, na espécie, de ter sido acometido de doença grave, autorizando-lhe o saque, nos termos da Lei 8.036/90.

II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(REOMS 0005001-88.2011.4.01.3306 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.622 de 01/03/2013)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FGTS. LEVANTAMENTO DAS PARCELAS PARA SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NO ART. 20 DA LEI 8.036/90. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. I - Nos termos do inciso XI do art. 20 da Lei nº 8.036/90, é possível a movimentação do saldo da conta vinculada na hipótese de o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

II - Entende o Colendo Superior Tribunal de Justiça ser possível o levantamento do saldo da conta vinculada do FGTS mesmo diante de situação não prevista no art. 20 da Lei nº 8.036/90, pois as hipóteses previstas não têm caráter taxativo.

III - Hipótese dos autos em que, não obstante a filha da impetrante, titular de conta vinculada, tenha idade superior a 24 anos, deve ser considerada dependente para os fins do inciso XI do art. 20 da Lei nº 8.036/90 por não possuir renda, sendo a verba pretendida essencial ao tratamento da doença da qual é portadora.

IV - Sentença mantida. Remessa oficial a que se nega provimento.

(REOMS 0019925-43.2012.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.160 de 03/08/2015)

FGTS. SAQUE PARA TRATAMENTO DE DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE. LEI N. 8.036/90, ART. 20. ROL NÃO EXAUSTIVO. HEPATITE TIPO 'C'. PRECEDENTES DO STJ E TRF 1ª REGIÃO.

1. A jurisprudência pátria assentou entendimento de que *“a enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal”* (STJ, REsp 848.637/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 27/11/2006).

2. É possível o levantamento de saldo de conta vinculada ao FGTS no caso do titular da conta vinculada comprovar ser portador de Hepatite “C”, moléstia grave que pode ocasionar óbito. Precedentes.

3. Apelação da Caixa Econômica Federal a que se nega provimento.

(AC 0001129-74.2012.4.01.3809 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.616 de 27/02/2015)

Por outro lado, impende consignar que, em casos assim, o óbice legal apontado na decisão agravada há de ser mitigado, por se tratar de situação excepcional, a impor a concessão, de logo, da medida postulada, sob pena de inviabilizar-se, até mesmo, o exercício da garantia constitucional acima apontada, na linha, inclusive, do que vem decidindo este egrégio Tribunal, na linha inteligência de que “é de ser afastada a aplicação da norma inscrita no art. 29-B da Lei 8.036/90, a qual proíbe a concessão de tutela antecipada que implique saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, porquanto se acha caracterizada situação excepcional a justificar o provimento de urgência, consubstanciada na necessidade da utilização do saldo do FGTS para tratamento de enfermidade grave” (AG 0025768-69.2014.4.01.0000/AC, rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1, p. 156, de 02/02/2015).

Na hipótese dos autos, como visto, a dependente da autora é portadora de síndrome de crowzon, hidrocefalia no ventrículo esquerdo e transtorno do espectro autista e seu quadro clínico reclama tratamento e acompanhamento médico e assistencial em caráter intensivo, conforme laudos técnicos acostados à inicial, com elevados custos, impondo-se, assim, o deferimento do seu pleito.

\*\*\*

Com estas considerações, *defiro* o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para assegurar à autora o direito ao levantamento do saldo existente na conta vinculada ao FGTS, de que é titular, para fins de utilização no custeio de despesas com tratamento e necessidades especiais de sua filha, até o pronunciamento definitivo da turma julgadora.

Intime-se, com urgência, via *e-mail*, o senhor presidente da Caixa Econômica, para fins de ciência e cumprimento desta decisão, no prazo de 3 (três) dias, cientificando-se, também, o juízo monocrático, na dimensão eficaz do art. 1.008 do CPC vigente.

(Agravo de Instrumento 1010465-90.2017.4.01.0000, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 14/11/2017)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Ação Cautelar Inominada 1998.34.00.027681-8

Sentenciante: Juiz Federal Souza Prudente

### Vistos, etc.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, em litisconsórcio com a Associação Civil Greenpeace e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama ajuizaram a presente ação cautelar contra a União Federal, a Monsanto do Brasil Ltda. e a Monsoy Ltda., visando impedir, imediatamente, a autorização para qualquer pedido de plantio da soja transgênica (round up ready), antes que se proceda à devida regulamentação da matéria e a prévio Estudo de Impacto Ambiental – EIA/Rima.

Na dicção de fls. 1.372-1.415, relatei a espécie dos autos, nestas letras:

“Distribuídos os autos ao Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, a douta Juíza Federal substituta, Dr. Raquel Fernandez Perrini, deferiu, liminarmente e em caráter provisório, a medida cautelar, com este fundamento:

“Relevantes os argumentos trazidos pelo IDEC, sendo de todo louvável e salutar sua atuação na defesa dos direitos do consumidor, entre os quais todos nos incluímos, e, ao menos nesta cognição sumária do pedido, a liminar comporta deferimento.

Com efeito, a Constituição Federal erigiu o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225). Determinou, ainda, incumbir ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (art. 225, II, CF).

De igual forma, impõe o estudo prévio de impacto ambiental - EIA para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, IV, CF).

Também incumbe ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências, bem como o desenvolvimento do sistema produtivo nacional (art. 218, §§ 1º e 2º, CF).

Diante de dois valores aparentemente antagônicos é que a legislação de regência e as convenções internacionais fazem menção ao desenvolvimento sustentável, assim entendida a compatibilização entre os bens juridicamente tutelados, e ambos de grande relevância.

Estas, em síntese, as disposições constitucionais relevantes para o caso concreto.

Nessa medida, temos que o Poder Público, atado que está ao princípio da legalidade, não pode atuar de forma diversa, sendo certo que a ré não pode extrapolar os limites de sua atuação.” (Fls. 138/139 do proc. Cautelar).

Em decisão fundamentada (fls. 246/253), aquela ilustre magistrada declarou-se incompetente, para processar e julgar o feito, remetendo os autos à 3ª Vara desta Seção Judiciária do Distrito Federal.

Atendendo requerimento do digno Representante do Ministério Público Federal, o eminente Juiz Titular da 3ª Vara desta Seção Judiciária, através de decisão de fls. 460/463, ordenou a remessa dos autos ao Juízo desta Sexta Vara Federal, em face da conexão com o processo nº 97.36170-4, que, por aqui, tramita.

Aportando os autos, nesta Sexta Vara, o nobre Juiz Substituto, Dr. Antônio Oswaldo Scarpa proferiu a seguinte decisão:

“Em face das petições de fls. 144/152 e 220/221, defiro o ingresso na presente ação cautelar - e no feito principal, em apenso - da Associação Civil Greenpeace e da Monsanto do Brasil S.A., como assistentes do autor e rés,

respectivamente. Justifica-se a admissão da primeira por ser autora na ação civil pública nº 97/36170-4, em curso nesta Vara, tendo objeto similar e que gerou a prevenção deste Juízo; e, da segunda (Monsanto), face o inegável interesse econômico na demanda. Procedam-se às devidas anotações.

Passo a analisar o requerimento feito pelo ilustre Representante do Ministério Público Federal às fls. 474/477.

De início, quanto ao pedido formulado no item "14-a" (fl. 476), no sentido de que a Monsanto comprove ser possuidora do registro do herbicida *round up ready*, penso não ter relação direta com a matéria, em debate. Ademais, se houver alguma irregularidade, no tocante à comercialização do aludido produto, caberá aos órgãos de fiscalização do Poder Executivo adotar as medidas cabíveis.

Igualmente não me parece justificável que se determine ao IBAMA a imediata realização de Estudo de Impacto Ambiental, porquanto estudo dessa natureza será objeto de perícia, no momento processual oportuno.

O pedido de expedição de ofícios a órgãos e entes públicos será apreciado na fase probatória.

Todavia, parece-me, de fato, razoável que se estabeleçam, desde logo, algumas medidas, a fim de assegurar a eficácia da decisão que determinou a rotulagem de todos os produtos feitos à base de soja transgênica.

Assim, determino à Monsanto que: a) ao vender sementes e mudas da soja transgênica, colha do comprador compromisso de que em todas as etapas (plantio, armazenagem e transporte) o produto seja mantido segregado, de modo a não se misturar aos grãos de soja natural, possibilitando, assim, a rotulagem final; b) apresente relatório a este Juízo, trimestralmente - o primeiro em janeiro/99 - especificando a quantidade vendida, os compradores e os locais onde será cultivada a soja transgênica.

Publique-se. Intimem-se a União e o d. MPF. Intime-se o IBAMA, na pessoa de um de seus procuradores, para manifestar seu eventual interesse em integrar a lide." (Fls. 478/479).

O IDEC manifestou-se, com as razões de fls. 482/497 e a documentação de fls. 498/526, pedindo reconsideração da decisão supratranscrita, para que (a) *seja suspensa a autorização concedida pelo CTNBio para o livre registro, uso, ensaios, testes, plantio, transporte, armazenagem, comercialização, consumo, importação, liberação e descarte da soja Round up Ready, bem como de seus germoplasmas, até que (1) a CTNBio elabore as normas a que está obrigada por lei; (2) seja determinada a realização do Estudo de Impacto Ambiental, cujo desenvolvimento poderá ser acompanhado por um expert designado por esse Juízo; (b) não ocorra qualquer liberação comercial por parte da União Federal da soja Round up Ready ou de qualquer germoplasma a ela ligado, até o cumprimento dos itens citados; (c) o plantio da soja transgênica seja restrito ao necessário, para realização de testes e do próprio EIA/RIMA, em regime monitorado e em área de contenção, delimitada e demarcada, com a vedação de que sejam comercializados os frutos obtidos com os testes.* (Fls. 496).

A petição de fls. 542 informa que o IDEC ajuizou agravo de instrumento contra a decisão em referência, perante o TRF 1ª Região.

A *MONSANTO DO BRASIL LTDA.* apresentou a contestação de fls. 570/587, noticiando a interposição de agravo de instrumento contra a determinação judicial sobre a rotulagem final dos produtos transgênicos (fls. 589/597).

O *INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA* peticionou às fls. 658/663, requerendo seu ingresso na lide como assistente litisconsorcial do autor.

O IDEC manifestou-se às fls. 667/672, *reiterando seu pedido de reconsideração*, antes formulado, e requerendo a citação da MONSOY, como litisconsorte passiva.

Admiti, às fls. 676, o IBAMA, como litisconsorte ativo e as empresas *MONSANTO* e *MONSOY*, como litisconsortes passivas, ordenando, de logo, a citação desta última.

O IDEC replicou, com as razões de fls. 682/721 e as peças documentais de fls. 722/ 766, às *contestações* já apresentadas, nos autos, pela *União Federal* (fls. 319/330) e pela *MONSANTO DO BRASIL LTDA* (Fls. 570/587).

O IDEC peticionou, ainda, com as razões de fls. 770/776, reiterando seu pedido de reconsideração, ante a notícia de que o Ministério da Agricultura estaria autorizando pedido da *MONSANTO* para liberação e plantio de 5 (cinco) tipos de soja transgênica e, por isso pede que (a) *sejam impedidos os órgãos governamentais de autorizarem o plantio de sementes geneticamente modificadas em escala comercial, sem os prévios Estudos de Impacto Ambiental e*

correspondente Relatório, revistos no art. 225, § 1º, II, da Constituição Federal e na Lei nº 8.974/85 - Lei da Biossegurança; (b) sejam intimados os Ministros da Agricultura, Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente e Saúde, para que fiquem cientes da liminar deferida, eximindo-se de expedir autorização, antes que se proceda o Estudo de Impacto Ambiental e as normas regulamentares; (c) caso o Ministério da Agricultura já tenha autorizado o pedido da MONSANTO, que a autorização tenha seus efeitos suspensos, até julgamento final da Ação Civil Pública; (d) sejam intimadas a MONSANTO e MONSOY para se eximirem de, por si ou por outras subsidiárias, de descumprirem a ordem judicial, vendendo sementes ou plantando-as em escala comercial. (Fls. 775/776).

Com vistas dos autos, o douto Representante do Ministério Público Federal manifestou-se, com as razões de fls. 788/802, requerendo que este Juízo, com a máxima urgência, amplie a liminar anteriormente deferida e torne eficaz o objeto da presente ação civil pública, para que (a) seja exigido das rés MONSANTO e MONSOY a apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na forma do art. 225, inciso IV, da Constituição Federal, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial da soja round up ready; (b) de igual modo, sejam impedidas as referidas empresas de comercializarem as sementes da soja geneticamente modificada, até que seja regulamentada e definida pelo poder público as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados; (c) por fim, que não se autorize o cultivo, em escala comercial do referido produto, sem que sejam suficientemente esclarecidas, no curso da instrução processual, as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome a respeito das falhas apresentadas pela CTNBio em relação ao exame do pedido de desregulamentação da soja round up ready.

A MONSANTO DO BRASIL LTDA. manifestou-se, ainda, com as razões de fls. 887/924, em face do pronunciamento ministerial.

O Ministério Público Federal reiterou seu pronunciamento e requerimento já formulado (fls. 1.355/1.371)."

Com as razões de fls. 1.377/1.415, acolhi Ao pedido formulado pelo douto Representante do Ministério Público Federal, às fls. 802 destes autos, na linha de formulação do pedido inicial e dos posteriores requerimentos das entidades autoras, para determinar, em caráter mandamental inibitório, sem prejuízo das medidas de natureza cautelar já adotadas pelo ilustre Juiz Substituto desta Vara, na decisão de fls. 478/479, que:

I - as empresas promovidas, MONSANTO DO BRASIL LTDA. e MONSOY LTDA., apresentem Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na forma preconizada pelo art. 225, IV, da Constituição Federal, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial da soja round up ready;

II - ficam impedidas as referidas empresas de comercializarem as sementes da soja geneticamente modificada, até que seja regulamentada e definida, pelo poder público competente, as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados;

III - fica suspenso o cultivo, em escala comercial do referido produto, sem que sejam suficientemente esclarecidas, no curso da instrução processual, as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome, a respeito das possíveis falhas apresentadas pela CNTBio em relação ao exame do pedido de desregulamentação da soja round up ready;

IV - as empresas promovidas apresentem, nestes autos, no prazo de 10 (dez) dias, fotocópia autêntica do Certificado de Qualidade em Biossegurança - CQB, a que se referem o parágrafo 3º do art. 2º da Lei nº 8.974/95 e o art. 8º, caput, do Decreto nº 1.752, de 20/12/95;

V - a CTNBio apresente a este Juízo, no prazo de 10 (dez) dias, cópias autênticas dos curriculum vitae de seus membros efetivos e suplentes, para aferição judicial da qualificação exigida pelos parágrafos 1º e 2º do art. 3º do referido Decreto 1.752/95, bem assim, em igual prazo, devem ser remetidas cópias autênticas das peças que compõem o processo nº 01200.002402/98-60, a que se refere o Comunicado nº 54, de 29 de setembro de 1998;

VI - sejam intimados, pessoalmente, os Sr. Ministros da Agricultura, da Ciência e Tecnologia, do Meio Ambiente e da Saúde, para que não expeçam qualquer autorização às promovidas, antes de serem cumpridas as determinações judiciais, aqui, contidas, ficando suspensas as autorizações que, porventura, tenham sido expedidas, nesse sentido;

VII - fica estabelecida a multa pecuniária de 10 (dez) salários-mínimos, por dia, a partir da data do descumprimento destas medidas, a ser aplicada aos agentes infratores, públicos ou privados (Lei nº 7.347/85, art. 11).

VIII - Oficie-se ao eminente Juiz Relator do Agravo de Instrumento, a que se refere a petição de fls. 542 do IDEC.

Publique-se. Intimem-se a União Federal e o Ministério Público Federal.

Traslade-se, para os autos principais e para os autos da Ação Civil Pública nº 97.34.00.036170-4, fotocópia autêntica deste *decisum*.” (Fls. 1.414/1.415).

A empresa *MONSOY Ltda.* foi citada, através da carta precatória de fls. 1.419/1.426, não apresentando resposta, no prazo legal, conforme notícia a certidão cartorária de fls. 1.559.

Foram concedidas vistas dos autos, em cartório ao IBAMA e à União Federal (fls. 1.418/1.430).

O IDEC manifestou-se às fls. 1.449/1.450, juntando parecer da autoria do Prof. Nelson Nery Júnior, sobre a obrigatoriedade da “rotulagem dos alimentos transgênicos no Brasil, de acordo com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, notadamente em seu artigo 61, inciso III, combinado com seu artigo 31, ao assegurar entre os Direitos Básicos do consumidor o Direito à informação, o que não está condicionado a qualquer fato ou circunstância” (fls. 1.451/1.494).

A *MONSANTO DO BRASIL LTDA.* apresentou, às fls. 1.497/1.499, cópias da decisão administrativa, que lhe autorizou a expedição de Certificado de Qualidade em Biossegurança, anexando, ainda, às fls. 1.502/1.550, cópia da petição de Agravo de instrumento, ajuizado no TRF 1ª Região, contra a decisão de fls. 1.372/1.415.

Às fls. 1.560/1597, a União Federal noticiou a interposição de Agravo de instrumento, junto ao TRF/1ª Região, contra a decisão judicial em referência.

*Este é o relatório.*

*Decido.*

I

Registro, com repúdio imediato, as afirmações incorretas da *MONSANTO DO BRASIL LTDA.* e da *UNIÃO FEDERAL*, em suas peças de Agravo, no sentido de que este Juízo concedera a tutela cautelar, antecipadamente, sem a oitiva das referidas suplicadas. *Isto não é verdade.*

Ao proferir a aludida decisão de fls. 1.372/1.415 destes autos, este juízo relatara que “o IDEC replicou, com as razões de fls. 682/721 e as peças documentais de fls. 722/766, às contestações já apresentadas, nos autos, pela União Federal (fls. 319/330) e pela *MONSANTO DO BRASIL LTDA.* (fls. 570/587).”

A decisão em referência fora proferida, pelo visto, quando já se formara a relação processual e o pleno contraditório, com as citadas requeridas, na sumariada procedimental do processo cautelar em tela.

II

Em sendo a questão posta, nos autos, predominantemente de direito, impõe-se a confirmação da tutela cautelar, aqui, deferida, com estes fundamentos:

“Convém que se esclareça, de logo, que, nos autos do processo cautelar, como no caso, preparatório ou incidental de uma ação civil pública, em que se *objetiva evitar danos ao meio ambiente e ao consumidor* (Lei nº 7.347/85, art. 4º) estão legitimadas a propô-la, em litisconsórcio, as Associações, que, aqui, figuram, como autoras (IDEC e GREENPEACE), bem assim, a Autarquia Federal (IBAMA), todas voltadas, em suas finalidades institucionais, à proteção ao meio ambiente e ao consumidor (Lei nº 7.347/85, art. 5º, *caput*, incisos I e II e respectivo parágrafo 2º).

Os poderes e prerrogativas do Ministério Público, na ação civil pública, resultam diretamente de sua função institucional, assegurada na Constituição da República, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), atuando, obrigatoriamente, como fiscal da lei, se não intervir, como parte, no processo, vindo de assumir a titularidade ativa, em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada (Lei nº 7.347/85, art. 5º, §§ 2º e 3º), podendo, finalmente, instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar (Lei nº 7.347/85, art. 8º, § 1º).

## III

No uso dessas prerrogativas constitucionais e legais, o douto representante do Ministério Público Federal, Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, *sem afastar-se das cercanias do pedido inicial*, expõe, com o brilho e a cultura que lhe são costumeiros, o seguinte:

“As preliminares de inclusão na lide foram acolhidas plenamente pelo Juiz. As partes já estão identificadas nos autos, restando uma rápida análise sobre as propostas de exclusão, solicitada pelo IDEC, em relação à MONSANTO e desta última, em relação à participação do Ministério Público Federal, como parte e a legitimidade do IDEC, por não fazer parte de suas atribuições defender processos biológicos ou o meio ambiente em caráter geral.

Nenhuma das propostas de exclusão merece acolhida. A MONSANTO tem interesse de agir porque teria, segundo ela diz, investido muito dinheiro na divulgação e comercialização dos seus produtos (soja RR), sendo que já obteve em seu favor Parecer Técnico da CTNBio, autorizando o plantio da soja transgênica, em escala comercial. Ademais, está sendo questionada nesta ação a regularidade dessa autorização pelos autores. Além disso, é fato incontestável que a empresa em destaque seria a principal prejudicada em caso de eventual procedência da ação.

Em relação à suposta intromissão indevida do Ministério Público Federal em ação de outros, é preciso lembrar à MONSANTO que o Ministério Público Federal oficia obrigatoriamente, em toda e qualquer ação civil pública, seja naquelas por ele diretamente propostas ou como *custos legis* naquelas por associações ou entidades civis representativas de determinado seguimento social (art. 5º, §1º, da Lei nº 7347/95).

Além disso, o Ministério Público Federal, na qualidade de *custos legis*, poderá auxiliar na complementação das provas, suscitar questões preliminares como conexão, prevenção, competência, legitimidade, pode opinar favoravelmente ou não à concessão de liminares e também relatar ao Juiz fatos que ainda não foram levados ao seu conhecimento no curso da instrução processual. Não fosse bastante, o *parquet* instaurou inquérito civil público para apurar, em toda a sua extensão, as consequências do ingresso de organismo geneticamente modificado no país, tendo este órgão, em particular, evidente interesse no deslinde da questão.

A alegação de ilegitimidade do IDEC também não merece acolhida. Os ilustres advogados da Monsanto esqueceram que a questão ambiental não tem dono, não pode ser apropriada por este ou aquele grupo. O art. 225 da Constituição Federal não deixa margem à interpretação *modesta* de sua abrangência:

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 [...].

Portanto, esse direito pode ser, em princípio, defendido por todos. Isso quer dizer por qualquer cidadão ou pessoa sujeita de direitos, como as crianças ou mesmo os que *ainda vão nascer*, em razão de que esse direito difuso se estende às gerações futuras, sendo, portanto, impossível restringir a legitimidade para o processo da mais prestigiada associação de defesa dos consumidores do país em defesa do meio ambiente.

Além disso, a *Monsanto* não deu a devida importância ao fato de que a rotulagem de produtos para consumo humano ou animal é a última etapa de um processo, que se inicia com plantio da semente de soja, trigo, milho, arroz e termina com o produto beneficiado, pronto, embalado e rotulado nas prateleiras dos supermercados à espera do consumidor.

A rotulagem de alimentos transgênicos deve ser feita de modo que o consumidor saiba de todas as características e do processo que resultou aquele produto, para que se possa distinguir um alimento orgânico daquele geneticamente modificado. Para que isso ocorra é essencial que se saiba a origem do produto, de onde ele vem, como foi produzido e de que substâncias ele é composto.

Esse fato reconhecido por este juízo ao conceder, *parcialmente*, a liminar (fls. 478/9) assegura a legitimidade do IDEC para ajuizar a ação civil pública para exigir do poder público a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental antes de se autorizar o plantio, em escala comercial, de qualquer produto geneticamente modificado.

No que diz respeito à obrigatoriedade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EIA, o ingresso do IBAMA no polo ativo da ação traz um novo alento ao processo. Diga-se de passagem que ao IBAMA não havia outra atitude a

tomar no caso, e por isso merece aplausos a atitude corajosa do IBAMA, de não aceitar a inovação feita pelo Decreto n. 1.752/95, que facultou ao Presidente da CTNBio exigir o EIA apenas quando Sua Excelência entender conveniente.

O EIA não é uma formalidade *de menos*; uma faculdade, arbítrio ou capricho que possa ser dispensada no exame tão delicado das conseqüências do descarte de OGM no meio ambiente. A exigência constitucional não pode ser, evidentemente, limitada por um decreto regulamentador.

O art. 225, inciso IV, da Constituição Federal exige, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, incluindo-se nesse rol *a liberação de organismo geneticamente modificado*. Nos termos da Lei nº 6.938/81 e da Resolução nº 237, de 19/12/97, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que expressamente exige a licença ambiental em casos de *introdução de espécies geneticamente modificadas no meio ambiente*;

Não se pode esquecer que o Estudo de Impacto Ambiental é de suma importância para a execução do princípio da precaução, de modo a tornar possível no mundo real a previsão de possíveis danos ambientais ocasionados pelo descarte de OGM no meio ambiente com todos os riscos já ditos aqui.

Além disso, o dispositivo previsto no art. 2º, inciso XIV, do Decreto 1.752/95, que torna facultativo o EIA, inicialmente previsto no art. 6º do projeto de lei aprovado na Câmara, foi vetado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, sob a alegação de que a matéria deveria ser melhor examinada posteriormente, uma vez que a criação, estruturação e atribuições de órgãos públicos somente se realiza por meio de *projetos de lei de iniciativa do Presidente*.

Portanto, em razão de veto presidencial não constou da Lei 8.974/85 o dispositivo que tornou o EIA, uma formalidade burocrática que o ilustre Presidente da CTNBio pode ou não requerer. A barbaridade cometida pela assessoria jurídica do Gabinete Civil da Presidência da República deve ser fulminada pela Justiça, pois ela fez ressuscitar no Decreto aquilo que tinha sido afastado no veto presidencial por se tratar de matéria que deveria estar contida em outro projeto de lei, de iniciativa do Presidente da República.

Se a lei não poderia limitar o alcance da norma prevista no art. 225 da Constituição, muito menos poderia o Decreto, que criou a CTNBio, que sequer faz parte do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente, que não é órgão licenciado ambiental, dispensar a obrigatoriedade do EIA/RIMA.

Ressalte-se que a exigência do EIA para avaliar os riscos decorrentes do descarte de OGM no meio ambiente não retrata a opinião *pessoal deste órgão*. Esta é, em verdade, posição institucional do Ministério Público Federal compartilhada, aliás, pelos ilustres professores e doutrinadores do direito ambiental: Paulo Affonso Leme Machado, Edis Millaré, Antônio Hermann Benjamin e Paulo de Bessa Antunes.

Portanto, mais do que nunca o Ministério Público Federal manifesta a sua convicção de que é inconstitucional o art. 2º, inciso XIV, do Decreto nº 1752/95 que, ao regulamentar as atribuições e competência da CTNBio, dispensou aquele órgão da obrigação legal de exigir das empresas de biotecnologia o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), de projetos que envolvam a liberação de OGM (*organismo geneticamente modificado*) no meio ambiente, desobrigando a MONSANTO de apresentar o EIA referente ao cultivo da soja round up em território brasileiro;

A respeito dos aspectos relacionados à Biossegurança, ocasionados pela introdução no meio ambiente de sementes de soja transgênica Round up Ready para o plantio, inclusive em escala comercial, no território brasileiro, a ilustre Drª. Eliana Fontes, juntamente com o Professor Edvaldo Vilela, redigiu um precioso Parecer sobre o assunto secundando algumas conclusões levantadas pela Drª Maria Conceição Gama.

[...] concordamos com a Dra. Conceição Gama em sua argumentação na consultoria que prestou no que diz respeito à ausência de informações relevantes relacionadas à interação planta/ambiente nas condições do Brasil. Especialmente, consideramos relevante que sejam fornecidas informações sobre o comportamento e características das cultivares de soja Roundup Ready plantadas no ambiente brasileiro, particularmente fatores que influenciam a sobrevivência e a mortalidade das plantas transgênicas, tais como ação de pragas e patógenos, e possível ocorrência de dormência induzida, como duração, término e intensidade, nas diferentes condições ambientais prevalentes no Brasil, considerando toda a área geográfica que, potencialmente, será cultivada com esta soja.

O dossiê apresentado pela proponente contém apenas e tão somente informações sobre a soja em questão quando cultivada nos Estados Unidos. As experiências relatadas para o Brasil dizem respeito a testes de comprovação de eficiência

das variedades visando o registro do herbicida Round Up neste país, tratando, basicamente, de questões agrônomicas e não aquelas de segurança ambiental. Não abordam assim, aspectos relevantes para a biossegurança de linhagens transgênicas. Consideramos este nível de informação insuficiente para uma tomada de decisão para o que se pode chamar de desregulamentação deste produto no Brasil.

(Pareceres juntados aos autos às fls. 519/526).

Desse modo, os pesquisadores acima referidos, dentre os quais, a Dr<sup>a</sup> Eliana Gouvêa, que já exerceu a função de secretária executiva da CTNBio e é coautora do livro *Biossegurança e Biodiversidade: Contexto Científico e Regulamentar*, suscitam sérias dúvidas quanto à adequação dos estudos apresentados nos EUA perante as agências norte-americanas para respaldar a liberação, em escala comercial, da soja *round up ready*.

É muito preocupante saber que as variações climáticas brasileiras e as espécies aqui existentes, bastante diferenciadas daquelas existentes nos EUA, não foram levadas em consideração pela CNTBio que, em gesto no mínimo açodado, aprovou Parecer Técnico, sem que esses *detalhes* tivessem sido previamente examinados, como demonstra os Pareceres em anexo, juntados pelo IDEC, às fls. 519/526.

Dois fatos revelam o açodamento ou a incrível eficiência da análise procedida pela CTNBio. O primeiro refere-se à velocidade da aprovação do cultivo experimental por um ano, e logo a seguir, a apresentação do pedido de *desregulamentação da soja round up ready*, sem que fosse estudado, em todos os aspectos, os problemas decorrentes da introdução do referido OGM no Brasil.

O segundo fato, igualmente digno de nota, que atesta a falta de exame das condições *brasileiras, como clima e espécies endêmicas diferenciadas*, está no fato de que, na ação civil pública proposta em dezembro de 1997 pelo GREENPEACE, das 1.220 páginas que atualmente compõe os autos, 537 são, em grande parte, estudos e análises do pedido formulado pela MONSANTO junto ao EPA (*Environmental Protection Agency*) e ao FDA (*Food and Drugs Administration*).

Não obstante esses fatos, por si só, suficientes à ampliação da liminar para obrigar as rés MONSANTO e MONSOY ao prévio Estudo de Impacto Ambiental, a Secretaria da Agricultura e Abastecimento do Rio Grande do Sul constatou as seguintes irregularidades na Notificação Administrativa que fez à MONSOY pela plantação, *em volume comercial*, de soja transgênica:

[...]

4. O Departamento de Produção Vegetal desta Secretaria compareceu à sede da Empresa e à Fazenda Palmeirinha, comprovando a existência das culturas nas quantidades a seguir:

Variedade	Área
M-SOY 6363 RR	300 hectares
M-SOY 6565 RR	135 hectares
Total	435 hectares

5. As lavouras acima foram formadas com semente de soja geneticamente modificada, trazida do Estado de Goiás, passando pelo Paraná, conforme documentos anexos.

6. É de se ressaltar que a área de 460 hectares de lavoura para sementes fica caracterizada como lavoura para produção comercial de sementes, já que produzirá a quantidade suficiente para o cultivo de 23.000 hectares de área na safra do ano agrícola de 1999/2000.

7. É certo que a Monsoy não possui área própria de 23.000 hectares de terra para plantar toda essa soja, devendo vendê-la para semente.

8. Assim, a lavoura vistoriada não se caracteriza como área de experimento, ensaio ou teste.

9. As culturas encontram-se nesta data, na fase de enchimento de grão, estando a colheita prevista para o mês de Abril-Maio/99.

10. As lavouras estão sendo cultivadas, mediante *Contrato de Cooperação para Multiplicação de Semente Pré-Básica* no seguinte endereço: *Fazenda Palmeirinha, de propriedade de João Osório Dumoncel, RS 508, Km 35, Palmeira das Missões - RS.*

11. Os responsáveis técnicos pelas lavouras são os seguintes profissionais:

- Eng<sup>o</sup> Agr<sup>o</sup> Joacir Ernesto Zardo
- Eng<sup>o</sup> Agr<sup>o</sup> Elton Salata.

12. Segundo informação verbal do responsável da Monsoy, Eng. Agr. Elton Salata, o cultivo da Soja Transgênica destina-se à produção de semente básica, para ser fornecida a todo o Brasil.

13. Também o cultivo das lavouras não obedece as normas de Biossegurança da CTNBio.

14. Em face da falta de Notificação ao Poder Executivo Estadual, da existência da lavoura, esta foi interdita pelo DPV, conforme anexo, com base no Decreto 39.314/99 e Lei Estadual 9.453/91.

15. Também há irregularidades relativas às normas de Biossegurança e relativas à perspectiva de comercialização da produção de semente pré-básica, atividade que não é permitida pela CTNBio.

A Secretaria de Agricultura não aceitou as razões expostas pela MONSANTO nos termos do Ofício nº 010/DPV/SAA/RS (documento em anexo), no trecho que merece transcrição:

De acordo com notificação administrativa da MONSOY Ltda., vimos por meio deste informar o seguinte:

Com relação ao atendimento do Decreto nº 39.314 de 03 de março de 1999, temos a informar que, mesmo a MONSOY Ltda apresentando notificação, esta não foi aceita por estar em desacordo com o Art. 2 do referido Decreto não atendendo aos quesitos exigidos, tais como:

- *Certificado de Qualidade em Biossegurança (CQB) por área individualizada concedido pela CTNBio;*

- *Estudo de Impacto Ambiental - EIA - e Relatório de Impacto Ambiental - RIMA exigidos pelo referido decreto;*

Em relação à instrução normativa nº 10 da CTNBio, a MONSOY apresenta apenas as informações do parecer técnico conclusivo da CTNBio, que não contemplam o exigido pela Decreto nº 39.314/99.

Neste sentido, não foi aceita a notificação, permanecendo a empresa sujeita às penalidades previstas na legislação.

Vale ressaltar que a própria Monsoy, em sua defesa administrativa, admitiu não ter realizado - e nem pretende, em tempo algum, apresentar - prévio Estudo de Impacto Ambiental - EIA, conforme se constata no trecho a seguir:

[...]

3. Quanto à exigência prevista no item IV do §2º do artigo 1º do Decreto nº 39.314/99, vale dizer apresentação de "Estudo de Impacto Ambiental - EIA e Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, relativo às atividades desenvolvidas" pela Notificante, vimos informar que a Notificante não se encontra obrigada a apresentação do referido Estudo, e respectivo Relatório.

Tal inexigibilidade decorre do fato de ter sido, a realização do EIA/RIMA, dispensada pela CTNBio nos termos do que dispõe o artigo 2º, inciso XIV, do Decreto nº 1.752/95, quando da apreciação do pedido de registro da soja "Roundup Ready" e da emissão do parecer técnico conclusivo por aquele órgão.

4. Ademais, a exigência de EIA/RIMA foi *expressamente considerada dispensável por força de decisão do juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília*, em sede das ações judiciais intentadas pelo IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e Associação Civil Greenpeace contra a União Federal e outros.

Não fossem bastantes os argumentos ditos e repisados neste Parecer em prol da obrigatoriedade do EIA, a própria MONSOY traz uma interpretação equivocada e maliciosa a respeito da decisão tomada por este r. Juízo. Ao dizer que, *expressamente*, o ilustre Juiz Substituto desta 6ª Vara, Dr. Antônio Oswaldo Scarpa *teria dispensado o EIA*, confessando *publicamente* que não vem cumprindo a liminar deferida por este Juízo.

No despacho de fls. 478, o MM. Juiz Substituto da 6ª Vara Federal do Distrito Federal afirmou que:

Igualmente não me parece justificável que se determine ao IBAMA a imediata realização do Estudo de impacto Ambiental, porquanto estudo dessa natureza será objeto de perícia, no momento processual oportuno [...]

Apesar do equívoco cometido por sua excelência ao postergar a realização do *prévio* EIA (como o nome diz, tem de ser *anterior* à implantação do empreendimento) para a fase da instrução processual, deve ser feita justiça. O ilustre magistrado não disse e muito menos teria *expressamente dispensado* a realização do EIA.

Este fato somente vem mostrar que a concessão *parcial* da liminar não foi suficientemente forte para conter os arroubos mercantis da empresa, que está tentando viabilizar por todos os meios, inclusive por alguns não muito recomendáveis, como esse de colocar no despacho do Juiz palavras que lá não foram escritas, falseando e mascarando a verdade para viabilizar a toque de caixa o seu empreendimento.

A prova da deslealdade da empresa para com este Juízo pode ser encontrada ao se confrontar a afirmação feita pela MONSANTO na petição de fls. 652/653 com os documentos que foram remetidos à Procuradoria Regional de Defesa do Cidadão/RS pela Secretaria de Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul.

Convém lembrar que, pelo despacho de fls. 478, foi determinado que a empresa MONSANTO do BRASIL S.A. apresentasse, trimestralmente, relatório a esse d. Juízo, especificando a quantidade de soja vendida, o nome de seus respectivos compradores, bem como o local em que a mesma estaria sendo cultivada.

Pois bem, no item 2 da petição apresentada pela MONSANTO às fls. 652/653, expressamente foi dito que:

Ocorre que, até o presente momento, *não foram vendidos quaisquer grãos ou sementes da mencionada soja*, estando a mesma em fase de multiplicação, ou seja, estão sendo cultivadas pela própria MONSANTO DO BRASIL S.A, em áreas reservadas para tal finalidade, com o fito de reproduzirem, e bem assim, tornar possível uma produção em escala comercial.

Assim, esclarece que, tão logo mencionada soja seja vendida, esse d. Juízo será imediatamente comunicado nos exatos termos determinados pelo despacho anteriormente mencionado, de maneira a elucidar o nome de seus compradores e o local onde os mesmo estarão cultivando referidos grãos.

Por outro lado, os documentos apresentados pela Secretaria de Agricultura confirmam o plantio, em escala comercial de soja geneticamente alterada, e que a empresa *não cumpriu o que lhe foi determinado por Vossa Excelência*, tanto que a Notificação de Infração expressamente menciona que:

[...]

6. É de se ressaltar que a área de *460 hectares de lavoura para sementes* fica caracterizada como *lavoura para produção comercial de sementes*, já que produzirá a quantidade suficiente para o cultivo de *23.000 hectares de área na safra do ano agrícola de 1999/2000*.

7. É certo que a Monsoy *não possui área própria* de 23.000 hectares de terra para plantar toda essa soja, devendo vendê-la para semente.

8. Assim, a lavoura vistoriada *não se caracteriza como área de experimento, ensaio ou teste*.

9. As culturas encontram-se nesta data, na fase de enchimento de grão, estando a colheita prevista para o mês de Abril-Maio/99.

10. As lavouras estão sendo cultivadas, mediante *Contrato de Cooperação para Multiplicação de Semente Pré-Básica* no seguinte endereço: *Fazenda Palmeirinha, de propriedade de João Osório Dumoncel, RS 508, Km 35, Palmeira das Missões-RS*.

Portanto, a própria defesa da MONSOY é uma confissão explícita de que tanto ela como a MONSANTO não estão cumprindo à risca o que foi determinado por este Juízo, impondo à casa da Justiça restaurar a sua dignidade, ofendida com palavras ditas e não cumpridas e com atitudes indesculpáveis, visando confundir as autoridades públicas em relação à sua indisfarçável intenção de comercializar, sem nenhum respeito à uma decisão judicial *moderada* que fixava *critérios razoáveis* para tanto, a soja transgênica sobre a qual ela requereu o direito de patente, e que pretende proceder a venda, em caráter exclusivo, em conjunto com o herbicida *round up ready*, que ainda não teve, até hoje, o seu registro especial temporário aprovado na Secretaria de Defesa Agropecuária." (Fls. 791/801).

Numa outra passagem do pronunciamento ministerial, destacam-se os tópicos seguintes:

"De tudo o que dissemos e continuamos a sustentar vêm a empresa, agora, de posse de dois Pareceres encomendados, argumentar, em síntese, que:

a) *o princípio da precaução não é princípio geral de direito internacional, uma vez que a Declaração do Rio (1992) não é Convenção ou Tratado e não teria sido incorporado ao direito interno;*

b) *a lei 8.974/95 incorpora o princípio da precaução em matéria de biossegurança e, dada a sua condição de legislação posterior e específica sobre OGM, regularia, em alguns aspectos, de modo diferente da legislação geral sobre direito ambiental, excluindo a exigência de EIA/RIMA prevista na Lei nº 6.938/81 e a Resolução CONAMA nº 237/97 que seria incompatível com a lei especial que regula a autorização para cultivo de plantas transgênicas;*

c) a CTNBio teria poder discricionário para decidir, livremente, sobre todos os aspectos referentes a introdução de OGM no país, sendo que o seu Parecer Técnico Conclusivo sobre a matéria vincularia toda a administração pública.

[...]

O primeiro grande equívoco consiste em descaracterizar o princípio da precaução como princípio de direito internacional, insistindo em uma distinção formal entre declaração e convenção; entre princípios e normas internacionais vinculantes.

De início, vamos começar enfatizando a importância do princípio da precaução como regra fundamental de proteção ambiental no direito internacional. O próprio Professor Toshio Mukai não nega esse caráter, em sua conhecida obra *“Direito Ambiental Sistematizado”*, ao concordar com o eminente professor português, Fernando Alves Correia, que sobre o assunto ensina:

[...] seguindo de perto a doutrina alemã, poderemos dizer que o direito do ambiente é caracterizado por três princípios fundamentais: o princípio da prevenção (*Vorsorgeprinzip*), o princípio do poluidor pagador ou da responsabilização (*Verursacherprinzip*) e o princípio da cooperação ou da participação.

[...]

(Sobre o princípio da precaução) é o autor português quem nos oferece o seguinte significado deste princípio, com base em Schimisd: *pode ser visto como um quadro orientador de qualquer política moderna do meio ambiente. Significa que deve ser dada prioridade às medidas que evitem o nascimento de atentados ao meio ambiente. Utilizando os termos da alínea a do artigo 3º da Lei (portuguesa) de Bases do Ambiente, as atuações com efeitos imediatos ou a prazo no meio ambiente devem ser consideradas de forma antecipada, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correção dos efeitos dessas ações ou atividades susceptíveis de alterar a qualidade do ambiente [...].*

Curiosamente, antes mesmo do advento da Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, onde foi gestada a Declaração do Rio, que contempla em seu Princípio nº 15, o princípio da precaução, o professor MUKAI já dizia que a Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, teria *contemplado, no Direito positivo brasileiro, o princípio da prevenção*.

Entretanto, não é suficiente citar o autor MUKAI para refutar o parecerista, porque, entre nós, merece transcrição as preciosas lições sobre o princípio da precaução no direito ambiental dadas pelo velho e bom Professor Paulo Affonso Leme Machado:

O posicionamento preventivo tem por fundamento a responsabilidade no causar perigo ao meio ambiente. E um aspecto da responsabilidade negligenciado por aqueles que se acostumaram a somente visualizar responsabilidade pelos danos causados Da responsabilidade de prevenir decorrem obrigações de fazer e não fazer.

[...]

*Não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível ou grave para que não se deixe para depois as medidas efetivas de proteção ao ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao ambiente a solução deve ser favorável ao ambiente e não a favor do lucro imediato - por mais atraente que seja para as gerações presentes.*

Mas a principal crítica dos eméritos consultores da empresa MONSANTO refere-se ao fato de que a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento será uma *soft law*, uma declaração de princípios sem o poder de vincular ou obrigar qualquer país ao seu cumprimento.

Sobre este ponto, a divergência não está em identificar a natureza da Declaração do Rio como uma carta de princípios e compromissos que não tem por objetivo criar normas precisas, específicas, de cumprimento obrigatório ou mesmo estipular sanções aos países que venham a descumprir os seus mandamentos. Evidentemente, a Declaração do Rio estabelece princípios a serem seguidos pelos países signatários para alcançar as metas previstas para a proteção do meio ambiente e para o desenvolvimento sustentável do Planeta, como se lê do seu Preâmbulo.

Pois sim o que parece dividir a opinião dos doutrinadores internacionais dos pareceristas que auxiliam a empresa ré nesta empreitada jurídica seriam os efeitos no direito interno de uma declaração internacional assinada por apenas 174 países. Dizem eles que esses princípios não são *princípios de direito internacional*.

Phillipe Sands, emérito professor de direito internacional e uma das maiores autoridades no assunto, mata a charada esclarecendo que a Declaração do Rio, ao incorporar vinte e sete princípios de cooperação entre Estados e povos, tem a finalidade de estabelecer as bases para o direito internacional ao desenvolvimento sustentado.

Apesar de não ser estritamente vinculante, muitas das regras (da Declaração do Rio) refletem princípios do direito costumeiro internacional, outras refletem princípios emergentes no direito internacional e, ainda, outras prevêm orientações

a serem incorporadas nos sistemas normativos internos e internacionais. A Declaração do Rio é a mais importante referência para se avaliar os futuros desdobramentos do direito internacional ao prover as bases para a definição do *desenvolvimento sustentável* e sua aplicação no plano do direito interno.

Especificamente sobre o princípio da precaução, Sands não tem dúvida em afirmar que tal princípio, expresso na Declaração do Rio e devidamente incorporado nas Convenções Internacionais de Mudanças Climáticas e Conservação da Diversidade Biológica, faz parte do direito costumeiro internacional, sendo, portanto, uma regra de *jus cogens* que, em países como o Reino Unido, se incorpora automaticamente ao direito interno.

A propósito, a discussão sobre os efeitos vinculantes do princípio da precaução sugerida pela empresa não leva a lugar nenhum, à medida em que a Convenção da Diversidade *Biológica*, que é um tratado internacional, assinado, ratificado pelo Brasil e incorporado no direito interno, expressamente acolhe o princípio da precaução como meio de proteção da variedade biológica no planeta.

Depois, não pode haver dúvida de que o princípio da prevenção, ou da precaução, nada mais faz do que estabelecer o que o bom senso ou o senso comum há muito apregoam, como: é melhor prevenir, do que remediar; se não há certeza de que um determinado produto fará bem a você, e melhor não usá-lo. O princípio da precaução, intuitivamente, aplica-se às nossas vidas nas coisas mais banais e, no caso em exame, como explica Paulo Affonso Machado, se aplica, inteiramente, à introdução de OGM no país, *in verbis*:

*[...] o legislador é chamado a intervir nesse campo, porque não se pode negar a existência de riscos para os seres humanos, para os animais e para as plantas*

*ao ser realizada a manipulação genética. Mencionam-se como riscos: o aparecimento de traços patógenos para humanos, animais e plantas; perturbações para os ecossistemas; transferência de novos traços genéticos para outras espécies, com efeitos indesejáveis; dependência excessiva face às espécies (geneticamente modificadas), com ausência de variação genética.*

*[...]*

*A Lei 8.974/95 objetiva estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso de técnicas de Engenharia Genética. Ao falar em normas de segurança implicitamente a lei abarca o conceito que a Engenharia Genética implica riscos, que necessitam ser geridos.*

Ora a Lei de Biossegurança foi pensada para evitar e prevenir os efeitos não desejados que potencialmente podem ser produzidos pelas espécies geneticamente alteradas. Aliás, outra não foi a razão pela criação da Comissão Técnica de Biossegurança, com 18 (dezoito) componentes, que possui, dentre outras atribuições, *estabelecer normas e regulamentos sobre biossegurança e classificar o OGM segundo o seu risco* (art. 2º do Decreto nº 1.520/95).

A propósito, a ilustre pesquisadora e membro integrante da CTNBio, Eliana Gouveia Fontes, defende abertamente a aplicação do princípio da precaução em relação aos novos produtos gerados pela biotecnologia. Ela afirma, corretamente ao nosso ver, em artigo publicado no Boletim Informativo nº 01 /CTNBio (órgão oficial de divulgação da CTNBio), que:

*Toda nova tecnologia deve ser analisada previamente, afim de verificar se sua aplicação poderá ter qualquer impacto indesejável. Tomar conhecimento prévio é apenas uma questão de bom senso. Já aprendemos a nossa lição no passado com o que aconteceu com novas tecnologias e produtos, pesticidas sendo o caso em questão. Anteriormente novas tecnologias podiam ser introduzidas sem muito controle. Uma substância só era retirada do mercado quando o dano já havia ocorrido, em outras palavras quando já era muito tarde. Hoje, um novo químico somente pode ser introduzido no mercado se uma análise anterior indicar que efeitos danosos resultantes de seu uso não são esperados. Portanto, substâncias e produtos (inclusive organismos vivos), com características desconhecidas, ou com características maléficas conhecidas, são sujeitas a uma seleção cuidadosa antes de serem colocados no mercado. Este procedimento parece perfeitamente lógico, mas muito tempo se passou e dano ambiental considerável foi causado antes de se chegar a este estágio. Também na biotecnologia moderna nos encontramos frente à uma nova tecnologia, por ser ainda desconhecido, se, ou até que ponto, efeitos danosos poderiam resultar. Portanto, o princípio da precaução deve ser aplicado igualmente com organismos, substâncias e produtos dela resultantes.*

*A falta de experiência com os organismos modificados geneticamente OGMs e o potencial destes organismos para causar certos efeitos adversos, como resultado dos genes altamente alienígenas inseridos em seus genomas, são a base das regulamentações de biossegurança. Apesar de que a capacidade de produzir alterações genéticas precisas aumente a confiança de que mudanças não intencionais no genoma não irão ocorrer, isto não assegura que todos os aspectos ecológicos importantes do fenótipo possam ser preditos [...] (grifes nossos).*

Portanto, é um completo disparate falar que o descarte de OGM não causa *significativo impacto* no meio ambiente, para efeito de se exigir Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) nos termos do art. 225, inciso IV, da Constituição.

Outro absurdo que não pode ficar sem resposta é a ideia de que a CTNBio teria poder discricionário para solicitar, quando bem entendesse, o EIA e que, após emitido o Parecer Técnico Conclusivo, aprovando o plantio e a comercialização de uma planta geneticamente modificada, os outros órgãos estariam vinculados a tal decisão.

Não deixa de ser curioso o fato de que, segundo os pareceristas, a Lei nº 8974/95, por ser específica e posterior à Lei nº 6.938/81, teria regulamentado, por inteiro, o uso e a manipulação genética, estando facultado ao livre arbítrio da CTNBio decidir o modo e tempo que entender oportuno as hipóteses em que o órgão colegiado poderá autorizar a *construção, o cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de OGM*. O mais incrível é que, na abalizada opinião dos seus consultores, após a super comissão aprovar o Parecer Técnico Conclusivo, o ato administrativo aprovado passa a ser *vinculado*, obrigando aos Ministérios da Agricultura, Saúde e Meio Ambiente adotá-lo sem críticas ou reservas.

Mais uma vez, vamos nos socorrer das preciosas lições do mestre Paulo Affonso Leme Machado, que estudou a fundo a questão da competência da CTNBio, em especial a obrigação genérica dos Ministérios referidos no *caput* do art. 7º da Lei nº 8.974/95 de realizar a fiscalização e monitoramento de todas as atividades relacionadas com OGM. Diz ele:

*As autorizações mencionadas só poderão ser expedidas após ter sido ouvida a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, a qual deverá emitir Parecer Prévio Conclusivo. Os Ministérios deverão levar em conta na motivação das autorizações o referido parecer, mas não estão vinculados ao mesmo. Para não seguir o Parecer da CTNBio, a Administração Federal deve apresentar razões fundamentadas no interesse da vida e da saúde do homem, dos animais, das plantas, bem como do meio ambiente (art. 1º da Lei nº 8.974/95).*

[...]

*O registro do produto contendo OGM ou os derivados de OGM para liberação no meio ambiente é uma fase preliminar que antecede à autorização. O simples registro não equivale a dizer que o produto pode ser descartado no meio ambiente.*

[...]

*Insistimos que não se pode afastar a decisão final da liberação de OGM do Grupo II dos Ministérios competentes a emissão de autorização jamais poderá se arbitrar. Necessita de motivação, isto é, a exteriorização dos fundamentos da concordância da Administração Pública. Esta age em nome dos interesses públicos e, no caso, interesses públicos indisponíveis, a "proteção da saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como do meio ambiente", como expressamente assinala o art. 1º da Lei de Engenharia Genética - a Lei 8.974/95. Portanto, os critérios utilizados pela Administração Pública, isto é, pelos órgãos dos Ministérios mencionados, para emitir quaisquer das autorizações podem e devem ser revistos pelo Poder Judiciário, através das ações judiciais apropriadas. Não constitui invasão das competências do Poder Executivo o reexame das autorizações não só para constatar-se desvio de poder, mas para averiguar se as finalidades de proteção constantes da lei foram efetivamente atendidas [...]* (grifamos).

Neste ponto, devemos fazer uma reflexão sobre essa incessante polêmica sobre a obrigatoriedade ou não do EIA como condição para autorização de plantio ou comercialização de OGM. Afirma a empresa na sua manifestação de fl. 887 e seguintes, que:

*Na análise da composição da soja transgênica, a agência declarou que "a decisão da agência está fundamentada na análise dos dados fornecidos ao APHIS pela Monsanto, bem como outros dados científicos e comentários recebidos do público com relação ao potencial de ser a linhagem STG 403-2. A partir de nosso exame determinamos que a linhagem STG 40-3-2: (1) não mostra possuir quaisquer propriedades vegetais patógenas; (2) sua improbabilidade de se tornar uma planta daninha é igual à das variedades não modificadas com linhagem progenitora comum; (3) não aumentará o potencial de herbosidade de qualquer outra planta cultivada ou de quaisquer espécies nativas silvestres com as quais possa conseguir cruzar; (4) não causará danos aos produtos agrícolas processados; e (5) é improvável que prejudique quaisquer outros organismos, como as abelhas e minhocas, que são benéficos para a agricultura" (doc. nº 5, pág. 22).*

Se tudo o que foi dito pela empresa em relação aos supostos danos ambientais que poderiam ser causados pela soja *round up ready* for de fato verdade, e vamos aqui admitir, em teoria, que a nova variedade seja mesmo inofensiva do ponto de vista ambiental, então, qual é a razão para não se apresentar o EIA, se se trata do primeiro caso de aprovação de OGM no País?

Ora, a simples realização do EIA demonstrando os acertos de suas premissas ambientais daria à MONSANTO e à CTNBio o argumento definitivo sobre o assunto, afastando qualquer dúvida sobre eventuais efeitos danosos decorrentes do descarte de OGM no meio ambiente. Os seus adversários perderiam o palanque político e a opinião pública seria agraciada com uma satisfação pública por parte da empresa quanto a um empreendimento ambientalmente correto. O princípio constitucional teria sido rigorosamente cumprido e o Ministério Público Federal daria, por finda, no caso específico, a sua jornada cívica em favor da análise de risco e de medidas de precaução ambiental; e esta incansável Vara Federal se livraria da pressão de ter que decidir rapidamente sobre a necessidade ou não do EIA." (Fls. 1358/1369).

#### IV

Nessa inteligência, caminham estudiosos do assunto, tais como, *Miguel Pedro Guerra*, professor titular e coordenador do curso de pós-graduação em Recursos Genéticos Vegetais da UFSC e Secretário Regional da SBPC/SC, *Rubens Onofre Nodari*, professor titular da UFSC e presidente da Sociedade Brasileira de Genética Regional de SC e Glaci Zancan, professora titular e Chefe do Departamento de Bioquímica da UFOR e Vice-presidente do SBPC, que, em artigo publicado, sob o título "*A Soja Transgênica e a Cidadania*", assim concluíram:

"Estamos convencidos de que é preciso estudar com atenção e discutir publicamente o caso da soja antes de sua liberação, até porque este será um caso que criará "jurisprudência" sobre o assunto. Existem várias questões no processo apresentado em que não há informações ou estas não estão completas.

Acima de tudo, não há informações claras sobre os graus de toxicidade do produto para a espécie humana - o que é exigido pelas Instruções Normativas da própria CTNBio.

Também não se informa, no documento, sobre o efeito da transgenia no processo de fixação simbiótica de nitrogênio intermediado pela bactéria *Rhizobium*. Tampouco se informa sobre o impacto do cultivo destas variedades transgênicas na microbiota dos solos brasileiros.

Ao contrário do que diz a empresa no processo, trabalhos científicos publicados atestam que o herbicida *Round up* acumula-se no solo e é prejudicial a peixes e a ratos. Os referidos trabalhos demonstraram ainda que o produto é prejudicial a minhocas e a insetos, além de causar problemas reprodutivos em ratos.

Na verdade, não há referências ao processo de degradação do herbicida nos diferentes solos e regiões brasileiros onde esta espécie é cultivada.

Também não se trata das reações tóxicas que o herbicida poderia causar à espécie humana. Na Califórnia, por exemplo, o produto é a terceira causa mais frequente de reações tóxicas.

É verdade que as implicações das plantas transgênicas na agricultura ainda são, na sua maioria, uma incógnita. Contudo, algumas delas são possíveis de se antever, usando-se apenas o bom senso e o conhecimento biológico. Como consequência do cultivo em grandes extensões dessas plantas transgênicas, teremos um aumento da uniformidade genética. É elementar prever-se que a homogeneização aumentará a vulnerabilidade genética, podendo facilitar a ocorrência de grandes epidemias - como a que afetou o milho há 18 anos, nos EUA.

.....

A decisão de desregular a soja e, por extensão, todos os outros eventuais produtos engenheirados, deve ser analisada também do ponto de vista político e econômico. Há que resguardar a soberania tecnológica nacional, protegendo os interesses e direitos dos agricultores e dos pesquisadores.

Maior produtividade e o conseqüente aumento da capacidade de competição do Brasil no mercado internacional (principais vantagens associadas à soja transgênica) são conquistas que não podem se sobrepor aos direitos dos cidadãos.

Para a SBPC, que completa 50 anos de luta em favor do conhecimento como ferramenta de cidadania, a desregulamentação da soja transgênica resistente ao herbicida *Roundup*, com o atual grau de informação disponível sobre seus riscos à saúde humana e ao meio ambiente, será decisão lesiva aos interesses da população brasileira." (In "*Jornal da Ciência*"- Edição de 28/08/98 - Fl. 98.)

O renomado *Professor Paulo Afonso Leme Machado* escreveu notável estudo sobre o “*Princípio da Precaução e o Direito Ambiental*”, de que merecem destaque os tópicos seguintes:

### A prevenção e a introdução do princípio de precaução no Direito Ambiental

Prevenir a degradação do meio ambiente no plano nacional e internacional é uma concepção que passou a ser aceita no mundo jurídico, especialmente, nas últimas três décadas. Não se inventaram todas as regras de proteção ao ambiente humano e natural nesse período. A preocupação com a higiene urbana, um certo controle sobre as florestas e a caça já datam de séculos. Inovou-se no tratamento jurídico dessas questões, procurando-se interligá-las e sistematizá-las, evitando-se a fragmentação e até o antagonismo de leis, decretos e portarias.

Demorou-se muito para procurar-se evitar a poluição, e a transformação do mundo natural fazia-se sem atentar-se aos resultados. No Brasil, “desbravar”, povoando novos territórios, com a expulsão ou a conquista das populações autóctones, desmatando e explorando minas era sinônimo de coragem, de progresso, de enriquecimento público e privado. O que ia acontecer ou o que podia acontecer para a natureza não se queria cogitar, pois acreditava-se que a natureza desse país imenso se arranjará por si mesma. O moderno “desbravamento” continuou o passado, agora com métodos mais agressivos, empregando motosserras e tratores para desmatar, poluindo os cursos de água com mercúrio e outros metais pesados, concentrando indústrias contaminadoras, como em Cubatão, ou danificando o ar com a poluição dos veículos, como em São Paulo. No final do século XX, novas formas de atividades, que podem desequilibrar definitivamente o já precário equilíbrio da vida no planeta, são ainda fomentadas: a disseminação avassaladora dos pesticidas, a expansão de usinas nucleares e de seus rejeitos radioativos e a introdução precipitada de organismos geneticamente modificados.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981) inseriu como objetivos dessa política pública - compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais, com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente (art. 4º, I e VI). Entre os instrumentos da política nacional do meio ambiente colocou-se a avaliação dos impactos ambientais” (art. 9º, III). A prevenção passa a ter fundamento no direito positivo nessa lei pioneira na América Latina. Incontestável passou a ser a obrigação de prevenir ou evitar o dano ambiental, quando o mesmo pudesse ser detectado antecipadamente. Contudo, no Brasil, em 1981, ainda não havíamos chegado claramente ao direito da precaução.

O princípio da precaução (“*vorsorgeprinzip*”) está presente no direito alemão desde os anos 70, ao lado do princípio da cooperação e do princípio poluidor-pagador. Eckard Reh binder, Professor da Universidade de Frankfurt, acentua que a política ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro”. Gerd Winter, Professor na Universidade de Bremen, diferencia perigo ambiental do risco ambiental. Diz que “se os perigos são geralmente proibidos, o mesmo não acontece com os riscos. Os riscos não podem ser excluídos, porque sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Os riscos podem ser minimizados. Se a legislação proíbe ações perigosas, mas possibilita a mitigação dos riscos, aplica-se o “princípio da precaução”, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano.”

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a continuidade da natureza existente no planeta. A precaução deve ser visualizada não só em relação às gerações presentes, como em relação ao direito ao meio ambiente das gerações futuras, como afirma Michel Prieur, Professor na Universidade de Limoges.

---

### O princípio da precaução e a engenharia genética

Na França, o Conselho de Estado concedeu medida liminar (“*sursis à exécution*”) em um processo movido pela “*Association Greenpeace France*” contra a empresa Norvatis, suspendendo a portaria do Ministro da Agricultura de

5 de fevereiro de 1998, que permitia o cultivo do “milho transgênico” ou obtido através de manipulação genética. O Tribunal francês acolheu a argumentação de que o processo estava incompleto no referente “à avaliação de impacto sobre a saúde pública do gene de resistência à ampicilina contido nas variedades de milho transgênico”, como, também, o não respeito ao “princípio da precaução”, enunciado no art. L. 200-1 do Código Rural. A ex-ministra do Meio Ambiente, jurista Corinne Lepage afirmou que o posicionamento do Conselho de Estado ultrapassa o caso do milho transgênico, pois o princípio deverá ser aplicado para todos os organismos geneticamente modificados (OGM)”. O art. L. 200-1 do Código Rural mencionado no julgado tem a seguinte redação: Ao princípio da precaução, segundo o qual a ausência de certeza, levando em conta os conhecimentos científicos e técnicos do momento, não deve retardar a adoção de medidas efetivas e proporcionais visando prevenir o risco de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente, a um custo economicamente aceitável.

### Implementação imediata das medidas de prevenção: o não adiamento

Os documentos internacionais citados entendem que as medidas de prevenção não devem ser “postergadas” (Declaração do Rio de Janeiro/1992, Convenção da Diversidade Biológica e Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima).

Postergar é adiar, é deixar para depois, é não fazer agora, é esperar acontecer. A precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar no futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental, através da prevenção no tempo certo.

O princípio da precaução, para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato. Não é fácil o confronto com esses comportamentos, porque eles estão corroendo a sociedade contemporânea. Olhando-se o mundo das Bolsas, aquilata-se o quanto a cultura do risco contamina os setores financeiros e os governos, jogando na maior parte das vezes, com os bens alheios. O princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas equivale à busca da segurança do meio ambiente, indispensável para a continuidade da vida.

A necessidade do adiamento das medidas de precaução em acordos administrativos ou em acordos efetuados pelo Ministério Público deve ser exaustivamente provada pelo órgão público ambiental ou pelo próprio Ministério Público. Na dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente (“in dubio pro salute” ou “in dubio pro natura”).

### Princípio da precaução e os princípios constitucionais da Administração Pública brasileira.

O princípio da precaução abraçado pelo Brasil com a adesão, ratificação e promulgação das Convenções Internacionais mencionadas, com a adoção do artigo 225 da Constituição Federal e com o advento do artigo 54, § 3º, da Lei 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998, deverá ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios expostos no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal.

Contraria a moralidade e a legalidade administrativas a postergação de medidas de precaução que devam ser tomadas imediatamente. Viola o princípio da publicidade e da impessoalidade administrativas os acordos e/ou licenciamentos em que o cronograma da execução de projetos ou a execução de obras não são apresentados previamente ao público, para que os setores interessados possam participar do procedimento das decisões.

Deixa de buscar eficiência a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, que, no futuro, ocasionarão prejuízos, pelos quais ela será corresponsável.

Não apenas a existência dos princípios constitucionais apontados são importantes, no sadio funcionamento da Administração Pública ambiental. A prática dos princípios da informação ampla e da participação ininterrupta das pessoas e organizações sociais, no processo das decisões dos aparelhos burocráticos, é que alicerçam e tornam possível viabilizar a implementação da prevenção e da precaução para a defesa do ser humano e do meio ambiente.

## A inversão do ônus da prova e o princípio da precaução

“Em certos casos, face à incerteza científica, a relação de causalidade é presumida com o objetivo de evitar a ocorrência de dano. Então, uma aplicação estrita do princípio da precaução inverte o ônus normal da prova e impõe ao autor potencial provar, com anterioridade, que sua ação não causará danos ao meio ambiente” ensinam os professores Alexandre Kiss e Dinah Shelton. Citam o exemplo da lei alemã sobre responsabilidade ambiental. No Brasil, pela lei de Política Nacional do Meio Ambiente aplica-se a responsabilidade civil objetiva art. 14, § 1º).

### O estudo de impacto ambiental e a aplicação do princípio da precaução: diagnóstico do risco ambiental

A aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. O “estudo de impacto ambiental” insere, na sua metodologia, a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco do prejuízo, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Aí entra o exame da oportunidade do emprego dos meios de prevenção.

A Declaração do Rio de Janeiro/1992 preconizou também o referido estudo de impacto ambiental, dizendo no princípio 17: “a avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de uma autoridade nacional competente”.

O Brasil já havia adotado em sua legislação esse instrumento jurídico de prevenção do dano ambiental.

A Constituição Federal de 1998 (art. 225) diz em seu § 1º:

Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade [...].

Nesse estudo, avaliam-se todas as obras e todas as atividades que possam causar degradação significativa ao meio ambiente. A palavra “potencialmente” abrange não só o dano, de que não se duvida, como o dano incerto e o dano provável.

A Resolução CONAMA nº 001/1986 diz que o estudo de impacto ambiental desenvolverá:

[...] a análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazo; temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade: suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais [...] (art. 6º, II)

O grau de perigo, ou seja, a extensão ou a magnitude do impacto é uma das tarefas do estudo de impacto ambiental, como se vê da regulamentação acima referida. É também objeto da avaliação o grau de reversibilidade do impacto ou sua irreversibilidade. Como se constata a legislação do estudo de impacto ambiental contempla, também, uma avaliação de risco.

É preciso ressaltar a necessidade de os consultores do estudo de impacto ambiental serem “competentes e independentes para avaliar os riscos”. Falando na “crise da perícia” diz Axel Kahn “assiste-se, às vezes, ao fenômeno singular e humano da confusão entre perícia e promoção da técnica examinada, pela razão de que os peritos (ou especialistas) sendo experientes no terreno que examinam, são levados, às vezes, a defendê-lo em vez de avaliar verdadeiramente”.

No caso da aplicação do princípio da precaução, é imprescindível que se use um procedimento de prévia avaliação, diante da incerteza do dano, sendo este procedimento o já referido “estudo prévio de impacto ambiental”. Outras análises por mais aprofundadas que sejam, não podem substituir esse procedimento. Decidiu o egrégio Tribunal Federal da 5ª Região, com sede em Pernambuco que “o Relatório de Viabilidade Ambiental não é idôneo e suficiente para substituir o estudo de impacto ambiental e respectivo relatório”. Muito acertada a decisão judicial,

pois a multiplicidade de procedimentos não só geraria confusão, como enfraqueceria as garantias jurídicas de seriedade, de amplitude e de publicidade já inseridas no estudo de impacto ambiental.

### O parecer da CTNBio deixa de aplicar o princípio da precaução

Determinou-se à Empresa Monsanto a realização de monitoramento ao mesmo tempo em que a maioria da CTNBio é favorável a que o Ministério da Agricultura libere o produto para uso comercial. É profundamente chocante esse tipo de raciocínio. Se o produto é realmente seguro, não há razão de submetê-lo a um monitoramento, com regras que revelam o perigo do dano ambiental. O que era lógico esperar-se é que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança opinasse que antes do uso comercial do produto, fosse feito o monitoramento fiscalizado do produto e só depois - se não houvesse dano significativo - pudesse haver o seu livre plantio e comercialização.

A CTNBio já se houvera omitido na aplicação do princípio da precaução, quando se posicionara favoravelmente à importação de soja transgênica (Processo nº 1997.340000.036170-4 - Distrito Federal), conforme se vê do magnífico parecer do Procurador da República Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, com a merecida concessão de liminar).

A manifestação da maioria da CTNBio favorável ao plantio e comercialização da soja transgênica transforma toda a população brasileira em cobaia, passando cada brasileiro e cada brasileira a figurar como “rato de laboratório” na expressão de Mae-Wan-Ho, Biologista Molecular na “Open University, na Grã-Bretanha: “Assiste-se a uma desregulamentação considerável com relação às regras de segurança. Utiliza-se a população, contra sua vontade, a exemplo de um ato de laboratório, para testar produtos transgênicos”.

Ao não determinar medida de precaução, desaconselhando a imediata autorização pelos Ministérios competentes do livre cultivo da soja transgênica, a maioria da CTNBio desprezou a Convenção da Diversidade Biológica em vigor no Brasil, e assim, agiu ilegalmente. A política nacional de biossegurança deve começar na própria Comissão que a propõe (art. 2º, I, do Decreto nº 1.752, de 20/12/1995.”(Fls. 498/512).

O princípio da precaução, pelo visto, resulta da *pujança protetiva* do texto constitucional, ao cuidar do meio ambiente, com *natureza vinculativa*, como *patrimônio difuso e cósmico da humanidade*.

Nesse sentido, observa *Alexandre de Moraes*:

A Constituição proclama 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 (CF, art. 225); prescrevendo as seguintes normas obrigatórias de atuação da Administração pública e dos particulares, uma vez 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 (CF, art. 225, §3º).

\* preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e provimento do manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

\* preservação à diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

\* Definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem suas proteção;

\* exigência, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Analisando esse tema, o Supremo Tribunal Federal declarou, liminarmente, a inconstitucionalidade do art. 182, §3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que excluía a obrigatoriedade de estudos prévios de impacto ambiental, em relação às áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais. Assim se manifestou, entendendo que se revelava juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, pois “mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (art. 24, inc. VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o § 3º do art. 24 da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender às peculiaridades locais ausentes na espécie”. STF/Pleno - ADIN n1 1.086-7/SC - Pleno - medida liminar - Rel. Min.

Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 16 set. 1994. (In "Direito Constitucional" – 5ª Edição, Revista, ampliada e atualizada com a EC nº 19/98 (Reforma Administrativa) - Editora Atlas S/A - SP - 1999 - págs. 604/605).

## V

No eco de tantas vozes autorizadas, no mundo da biotecnologia, a exigir prudência e segurança no trato de organismos geneticamente modificados (OGM), com vistas *a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais, das plantas, dos seres vivos em geral e de todo o meio ambiente, impõe-se a observância rigorosa do princípio da precaução*, na espécie.

A apresentação *cientificamente fundamentada do Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, na forma preconizada pelo art. 225, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, *como condição indispensável ao plantio, em escala comercial, da soja round up ready*, resulta, em termos *vinculativos, dos direitos fundamentais* (vida, liberdade, segurança e meio ambiente ecologicamente equilibrado) *de primeira e quarta dimensão*.

Nessa convicção, escreve *Ingo Wolfgang Sarlet*: "No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos [...]." (In "*Eficácia dos direitos Fundamentais*" - Ed. Livraria do Advogado - Porto Alegre - 1998 - p. 327).

Nesse particular, *o princípio da precaução* é imperativo constitucional, que não dispensa o *Estudo Prévio de Impacto ambiental*, para o plantio, em escala comercial, da soja transgênica (*round up ready*).

Com a máxima vênia, não posso concordar, assim, com o respeitável entendimento do ilustre Juiz Federal Substituto desta Vara, no sentido de que "a questão há de ser equacionada por prova pericial, imprescindível, na espécie", na convicção de que "o direito do consumidor, a meu sentir, está suficientemente resguardado pela liminar deferida às fls. 208 da ação civil pública nº 97.36170-4, determinando a rotulagem de todo e qualquer produto feito à base de soja transgênica, esclarecendo quanto às suas características e riscos para o consumo" (sic - fls. 472).

A simples *rotulagem* dos produtos transgênicos afigura-se insuficiente ao preenchimento da eficácia do princípio da prevenção, nesse contexto, em que se busca proteger, prioritariamente, *a sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações*, como ordena o comando constitucional.

Como bem observa o Dr. *Aurélio Virgílio Veiga Rios*, digno e sábio Representante do Ministério Público Federal, "a rotulagem de produtos para consumo humano ou animal é a última etapa de um processo, que se inicia com o plantio da semente de soja, trigo, milho, arroz, e termina com o produto beneficiado pronto, embalado e rotulado nas prateleiras do Supermercado à espera do consumidor." (sic - fls. 792/793).

O *Estudo Prévio de Impacto Ambiental* (EIA) atende, de pronto, à eficácia vinculante do princípio da precaução, pois se caracteriza como *procedimento imprescindível de prévia avaliação diante da incerteza do dano*, como observa o conceituado *Paulo Afonso Leme Machado* (fls. 508).

O EIA, no caso, não afasta a prova pericial e a rotulagem, antevistas na respeitável decisão, que, ora se repara, por comandar medidas, ainda que necessárias no momento oportuno, não devem suprimir procedimento indispensável, agora, na fase inaugural do plantio da soja transgênica, em solo brasileiro, mormente quando a Constituição ordena "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País", sem prejuízo da fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (CF, art. 225, II).

A despeito das cautelas determinadas na respeitável decisão judicial de fls. 478/479 destes autos, todas voltadas a uma fase final da comercialização liberada da soja transgênica, no sentido de que a MONSANTO ao vender sementes e mudas da soja transgênica, colha do comprador compromisso de que em todas as etapas (plantio, armazenagem e transporte) o produto seja mantido segregado, de modo a não se misturar aos grãos de soja natural, possibilitando, assim, a rotulagem final e apresentando o relatório a este Juízo, trimestralmente, com especificação

da quantidade vendida, os compradores e os locais onde será cultivada a soja transgênica, não se pode olvidar, aqui, da *insuficiência dos mecanismos de controles oficiais para se obter a eficácia plena dessa respeitável decisão*.

Nos meus quinze anos de magistratura federal e mais de trinta anos de vida forense, posso testemunhar, por onde passei, exercendo jurisdição - Acre, Rondônia e Pará (*Santarém* - sul do Pará, onde instalei a Justiça Federal) a mais bárbara degradação ambiental de nossos rios, flora e fauna, diante da impotência e irresponsabilidade dos órgãos governamentais. A Amazônia, sem dúvida, é um continente do ecossistema, entregue, lamentavelmente, à ganância do capitalismo selvagem, que só visualiza o lucro e a barbárie da espécie humana, sob a máxima deste final de século, antevista por Tobias Barreto: "*Serpens qui serpentem non comederit, non fit Dracon*" (*a serpente que não devora a serpente não se faz Dragão*).

Antes que sejam todos devorados pela *insanidade do século*, urge adotar-se medidas de precaução.

O Correio Braziliense, na edição de 25 de maio de 1999, p. 13, noticiou que "a revista científica *Nature* publicou semana passada estudo mostrando que o milho transgênico Bt (*bacillus thuringiensis*), cultivado experimentalmente no Brasil, contém um pólen que pode matar lagartas e uma espécie de borboleta.

Dados da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) revelam que, do total de 631 liberações de transgênicos no meio ambiente brasileiro, mais de 250 referem-se a milho resistente a insetos, desenvolvidos por empresas como a Monsanto do Brasil, Norvartis Seeds, Pioneer Sementes, Braskalb Agropecuária Brasileira, Cargill Agrícola e Sementes Agroceres.

Os dados também registram experimentos, em pequeno número, com soja e algodão resistentes a insetos. Na avaliação de um dos integrantes da CTNBio, o risco maior é que não está havendo fiscalização das lavouras com transgênicos no país. O temor é comprovado em processo público protocolado na CTNBio em 17 de março, onde técnicos do Ministério da Agricultura pedem a suspensão imediata dos campos demonstrativos e de produção de sementes e a não liberação de novas áreas para experimentos.

De 626 liberações planejadas no meio ambiente até março para as diferentes culturas - algodão, arroz, batata, cana-de-açúcar, eucalipto, fumo, milho e soja -, o número de inspeções, de acordo com o Ministério da Agricultura, chegou a, no máximo, 30. "Isso significa que a nossa capacidade de fiscalização conjunta é de 4,8%, um dado altamente significativo e preocupante", revela o documento protocolado."

O mesmo jornal, internacionalmente premiado, por sua fidelidade à verdade dos fatos noticiados, informou, na edição de 13 de junho de 1999, p. 5, que o *Papa João Paulo II*, "falando aos fiéis reunidos para uma missa em Zamosc, perto da fronteira com a Ucrânia, João Paulo II afirmou: "Quando os interesses da ciência ou os interesses econômicos prevalecem sobre o bem da pessoa e o bem de sociedades inteiras, as destruições causadas pelo meio ambiente são o sinal de um menosprezo autêntico do homem." Em sua mensagem aos dirigentes do mundo, o papa propôs uma série de iniciativas: "Que sejam preparados programas para a proteção do meio ambiente, procurando sua realização eficaz. Que se formem atitudes voltadas para o bem comum, as leis da natureza e da vida."

*É preciso defender a vida, numa civilização que lucra com a morte.*

*Para se construir uma sociedade livre, justa e solidária*, como objetiva, fundamentalmente, a República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, I), há de se buscar uma *ordem econômica* que assegure a todos uma *existência digna* (CF, art. 170, *caput*), observando-se, dentre outros, os *princípios da soberania nacional, da defesa do consumidor e do meio ambiente* (CF, art. 170, incisos I, V e VI).

Com inteira razão, observa a douta constitucionalista *Carmen Lúcia Antunes Rocha* que "*a experiência agressiva da civilização do ter sugere o aparecimento de vozes ponderando pela vivência do ser. Contra a modernidade do ganho (donde vem a ganância) a eternidade do benefício humano (donde vem a solidariedade)*. E, noutro passo, assevera, no brilho destas letras: "Mas a década de oitenta mostra um processo de mudanças no Estado, desenvolvidas no sentido inverso ao que o constitucionalismo parecia apontar. Se os direitos sociais e mais aqueles denominados de terceira dimensão, tais como o direito ao meio ambiente saudável, o direito ao desenvolvimento equilibrado, o direito à paz, o direito sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação passaram a ser buscados mesmo no plano constitucional, uma proposta ou, o que é mais, uma nova imposição se começou a fazer sentir na ordem econômica: a que forçava a *lex mercatoria* sem regulamentação e sem a presença do Estado no plano das experiências políticas. A prioridade dos mercados e suas leis a enfatizar a presença de consumidores para

a obtenção de mais lucros, de um lado, e a sua inserção na prática política dentro do Estado ou mesmo acima dele, por outro, ensejaram o que se deu a conhecer como a tendência neoliberal do processo de globalização. Note-se que não se cuida, aqui, de renegar o mercado como organização que guarda inequívoca importância na organização da sociedade ocidental e mesmo mundial e na dinâmica da vida econômica. O que se põe em relevo, contudo, é que o mercado há que estar a serviço de metas sociais e não a sociedade a serviço do mercado. Nem a lei do mercado haverá que dominar o homem e conduzir a sua necessidade. Antes ter-se-ia, então, uma lei totalitária e sem fundamento de humanidade ou de humanismo. E, no entanto, é o homem que deve livremente afirmar a sua necessidade para que em sua direção se conduza o mercado. Principalmente, haverá que se elaborar sempre um Estado de Direito e um Direito do Estado no qual o homem não seja a moeda, mas o proprietário dela. Seja o homem o valor maior da vida social e não mero valor de troca de produtos." (In "Constituição, Soberania e MERCOSUL" - Revista Trimestral de Direito Público - 21/1998 - Malheiros Editores - ps. 14 e 17).

As questões resultantes da engenharia genética não se resolvem, apenas, com as leis de mercado, mas, sobretudo, com a observância rigorosa das leis de proteção à vida, como, assim, preordena nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Sem contabilizar exageros, creio que a velocidade irresponsável, que se pretende imprimir nos avanços da engenharia genética, nos dias atuais, guiada pela desregulamentação gananciosa da globalização econômica, poderá gestar, nos albores do novo milênio, uma esquisita civilização de "aliens hospedeiros", com fisionomia peçonhenta, a comprometer, definitivamente, em termos reais, e não fictícios, a sobrevivência das futuras gerações de nosso planeta."

Sob outro ângulo, há de ver-se que a empresa *MONSANTO DO BRASIL LTDA.* busca instalar, em nosso país, um autêntico monopólio, com a dominação do mercado de sementes de soja transgênica (*round up ready*), agredindo princípios básicos de nossa ordem econômica e social, tais como da *soberania nacional*, da *livre concorrência*, da *defesa do consumidor* e da *defesa do meio ambiente* (CF, art. 170, incisos I, IV, V e VI).

A Constituição da República Federativa do Brasil, porém, repudia tais práticas, quando ordena ao Parlamento Nacional que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (CF, art. 173, § 4º).

## VI

Observe-se, ainda, o total desacerto da alegação da União Federal, quando afirma que, por força da norma do inciso XIV do art. 2º do Decreto nº 1.752/95, o estudo de impacto ambiental (EIA/RIMA) é uma *faculdade da CTNBio* e não um poder-dever, por isso que essa Comissão solicitará o aludido estudo em casos concretos que, a juízo de seus membros, entenda, sob o ponto de vista científico, necessária a obtenção de subsídio para deliberar.

Constata-se, de plano, que o mencionado Decreto nº 1.752/95, em seu art. 2º, inciso XIV, extrapolou os lindes da Lei regulamentada nº 8.974/95, estabelecendo uma discricionariedade administrativa nela não prevista.

A propósito do tema, leciona *Guilherme Marinoni*, na fala de que "é importante ressaltar que, da dicção do art. 225 da Constituição Federal, ressaí, claramente, que não há qualquer discricionariedade para a administração pública, quanto a exigir ou não o estudo de impacto ambiental, na hipótese de pedido de licenciamento de atividade ou obra potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; sempre que o administrador se encontrar diante de pedido de licença para atividades ou obras com estas características, não haverá espaço para qualquer subjetividade de sua parte quanto a exigir ou não o estudo. Trata-se, portanto, de atividade administrativa de conteúdo vinculado." (grifos nossos)

.....

A Resolução 001/86 do CONAMA enumera, no seu art. 2º, as obras e atividades que são consideradas capazes de causar significativa degradação do meio ambiente. *Este rol, segundo a doutrina, é meramente exemplificativo*, cabendo ao administrador apreciar *in concreto* se a atividade ou a obra para a qual se requer o licenciamento apresenta-se como potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente" (grifo nosso).

.....

É fácil concluir, portanto, que há violação de legalidade na hipótese em que o órgão licenciador do meio ambiente dispensa o estudo de impacto ambiental perante obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, esteja a obra ou atividade contida ou não no rol do artigo 2º da Resolução 001/86 do CONAMA. Nesta hipótese, estando, *v.g.*, uma indústria para se instalar, ou mesmo pronta para começar a operar, cabe a tutela inibitória. O mesmo ocorre quando o estudo de impacto ambiental não atende ao preceituado nos arts. 5º e 6º da Resolução nº 001/86 do CONAMA. De acordo com a doutrina, vale para o Brasil, nesse último caso, “a lúcida orientação da jurisprudência dos tribunais administrativos franceses: um EIA que não contempla todos os pontos mínimos do seu conteúdo, previstos na regulamentação, é um estudo inexistente; e um EIA que não analisa de forma adequada e consistente esses mesmos pontos é um estudo insuficiente. E tanto num caso (inexistência do EIA) quanto no outro (insuficiência do EIA) o vício que essas irregularidades acarretam ao procedimento do licenciamento é de natureza substancial. Consequentemente, inexistente ou insuficiente o estudo de impacto, não pode a obra ou a atividade ser licenciada, e, se, por acaso, já tiver havido o licenciamento, este será inválido.”

Se o estudo de impacto ambiental não vincula a administração, pode esse estudo concluir, por exemplo, que um empreendimento não deve ser implantado e a autoridade administrativa ainda assim conceder a licenciamento solicitado. É claro que o administrador terá de justificar muito bem a sua decisão, demonstrando as razões pelas quais não acatou o estudo científico. Se a licença é concedida, e inicia-se a fase de implantação, é óbvio que, em tese, podem ser causados danos ao meio ambiente. Se tais danos forem provocados, responde o empresário objetivamente, pouco importando se obteve a licença ambiental para exercer a sua atividade.

Entretanto, se no plano do direito ambiental deseja-se a prevenção, e não a reparação, não é de grande valia teorizar-se a respeito da responsabilidade do poluidor, sendo muito mais relevante pensar-se na tutela inibitória do ato lesivo ao meio ambiente.

Como lembra Antonio Herman V. Benjamin, “a tutela do meio ambiente, através de longa evolução, ultrapassou a fase repressivo-reparatória, baseada fundamentalmente em normas de responsabilidade penal e civil, até atingir o estágio atual em que a preocupação maior é com o evitar e não com o reparar ou reprimir.” (Antonio Herman V. Benjamin, *A principiologia do estudo prévio de impacto ambiental e o controle da discricionariedade administrativa. Estudo prévio de impacto ambiental*. São Paulo: RT, 1993, p. 77).

O estudo de impacto ambiental é um requisito procedimental do ato administrativo de licenciamento ambiental, tendo grande importância para a sua motivação; este estudo contém as razões que devem ser levadas em conta pelo administrador no momento do licenciamento. Como já foi dito, se o administrador diverge da conclusão do estudo de impacto ambiental, ele terá de demonstrar as razões que o levaram a optar por uma solução diversa. É a motivação do ato que, quando em desacordo com a finalidade da norma, abre oportunidade para a impugnação judicial do licenciamento e, destarte, à tutela inibitória.

Se o processo de licenciamento tem como escopo a preservação e a conservação do meio ambiente (art. 2º, *caput*, da Lei nº 6.938/81), a atuação dos órgãos administrativos não pode conduzir a um fim dele distinto. Havendo um efetivo descompasso entre a decisão administrativa e a finalidade da norma - que é a preservação e a conservação do meio ambiente - é cabível a tutela inibitória, já que o ato administrativo concessivo da licença está acoimado de vício de desvio de poder.” (Marinoni, Luiz Guilherme, in *“Tutela Inibitória”* (individual e coletiva) - RT/SP - 1998 - pp. 81-86).

## VII

Desenganadamente, o *“Parecer Técnico Conclusivo”* da CTNBio - que, na época da intimação da decisão de fls. 1.372/1.415, estranhamente, encontrava-se acéfala, conforme se lê na certidão de fls. 1.434, confirmada pela publicação oficial de fls. 1.435, destes autos, - não substitui, sequer palidamente, o *necessário e prévio Estudo de Impacto Ambiental*, a que está obrigado exigir o Poder Público, por força de comando constitucional expresso (CF, art. 225, §1º, IV).

A respeito do tema, a Resolução nº 001/86 - CONAMA, assim se expressa:

*Considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota (flora e fauna); as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, e a qualidade dos recursos ambientais."*

O ilustre Prof. Nelson Nery Júnior, na qualidade de Chefe do Departamento de Direitos Humanos, Difusos e Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, afirma que "conceituada entidade científica europeia a *Physicians and Scientists for Responsible Application of Science and Technology - PSRAST* (Médicos e Cientistas pela Aplicação Responsável da Ciência e da Tecnologia) afirma que não há comprovação científica de que os alimentos geneticamente modificados sejam seguros do ponto de vista da saúde humana e ambiental.

Alertam os cientistas para os riscos incalculáveis para o meio ambiente, os efeitos desconhecidos para a saúde humana, decorrentes do consumo de alimentos transgênicos, além dos problemas de dependência econômica que resultarão para os agricultores. Não se encontra, ainda, unanimemente segura a comunidade científica, sobre os efeitos dos transgênicos nos seres vivos e no meio ambiente, sugerindo evidências de que os transgênicos causam impactos maléficis à saúde humana e ao meio ambiente. (*Jeremy Hifkins*, economista norte-americano especialista em biotecnologia, em seu recém-lançado livro no Brasil denominado *O Século da Biotecnologia*. Ed. Makron, 1999)."

.....

Ao introduzir genes de uma espécie em outra, episódio que raramente ocorre na natureza, é possível que se desencadeiem processos sobre os quais os cientistas não tenham qualquer controle, e que, dificilmente, possam corrigir, já que os genes têm a capacidade de se reproduzir autonomamente.

*No que se refere à saúde humana, teme-se que alimentos produzidos com organismos geneticamente modificados possam aumentar, intencional ou inadvertidamente, o nível de toxinas naturais já existentes em muitas plantas, produzindo enfermidades diversas, assim como provocar novas alergias, gerar resistência a antibióticos (usados nessas plantas transgênicas) ou mesmo alterar o valor nutricional e o gosto dos alimentos. Há, também, efeitos indiretos, como a maior presença de resíduos de herbicidas ou pesticidas nos alimentos, produzidos a partir de plantas que tornaram-se resistentes a esses herbicidas, em razão da própria engenharia genética."* (Fls. 1.472 e 1.483). (Grifos nossos)

Merecem ser transcritas, aqui, as sábias lições do eminente Prof. José Afonso de Silva sobre a necessidade imperiosa de estudo de impacto ambiental em casos que tais, nos tópicos seguintes:

"O estudo de impacto tem por objeto avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente. Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa evitar as consequências danosas, sobre o ambiente, de um projeto de obras, de urbanização ou de qualquer atividade."

## Fundamento constitucional

O estudo prévio de impacto ambiental é um pressuposto constitucional da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tem fulcro no art. 225, §1º, IV, da Constituição de 1988, que incumbe ao Poder Público exigí-lo nas hipóteses de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Prescreve, ainda, que dele se dê publicidade. Mas já era uma previsão legal como um expressivo instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.938/81, art. 9º, III) e pressuposto para o licenciamento de construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento e atividades capazes de causar degradação ambiental.

O instituto veio do direito americano que, já em 1969, exigia um relatório de impacto ambiental anexo aos projetos de obras do governo federal que pudessem afetar a qualidade do meio ambiente. Ressalta Despax que, no direito americano como no francês, o estudo prévio de impacto ambiental tem por objeto conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação do meio ambiente. Assim também deve ser entendido entre nós, pois, como já observamos: compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico constitui um dos principais objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81, art. 4º, I).

## Natureza procedimental do instituto

O *estudo de impacto ambiental* é um instrumento da política de defesa da qualidade ambiental. Realiza-se mediante um *procedimento* de direito público, cuja elaboração há que atender a *diretrizes* estabelecidas na legislação e nas que, em cada caso, forem fixadas pela autoridade competente.

O *procedimento* compreende elementos subjetivos e objetivos. Os primeiros consistem no *proponente do projeto*, a *equipe multidisciplinar* e a *autoridade competente*. Os segundos são a *elaboração das diretrizes*, os *estudos técnicos da situação ambiental*, o *relatório de impacto ambiental - RIMA* e *avaliação do órgão competente*.

## Proponente do projeto e equipe multidisciplinar

Proponente do objeto, que pode ser pessoa física ou jurídica pública ou privada, é o titular da obra ou atividade, para cuja licença se exige a realização de estudo de impacto ambiental, e por conta de quem correm todas as despesas e custos com a coleta e aquisição dos dados e informações, trabalhos e inspeções de campo, análise de laboratório, estudos técnicos e científicos, acompanhamento e monitoramento dos impactos, elaboração do RIMA e fornecimento de pelo menos cinco cópias (Resolução 001/86 - CONAMA, art. 8º).

O proponente do projeto não executa, por si, o estudo de impacto ambiental, que será realizado por *equipe multidisciplinar habilitada*, e é a constituída de técnicos de variada formação acadêmica. A qualificação técnica dos membros da equipe depende muito da natureza do empreendimento, mas, por certo, hão de ter habilitação relacionada com os fatores e recursos ambientais, biólogos, botânicos, engenheiros, arquitetos, arqueólogos, químicos, economistas, sociólogos, geógrafos, advogados especialistas em meio ambiente. Nem todos são necessários em todos os projetos, mas alguns talvez sejam indispensáveis sempre. *Equipe habilitada* há de ser entendida aquela que se compõe de titulares de, no mínimo, habilitação acadêmica da área de conhecimento considerada e melhor ainda se, além dessa habilitação, possuírem experiência no manejo de situação ambiental.

A *equipe multidisciplinar* responde tecnicamente pelo conteúdo do RIMA. Não pode ser formada por empregados ou subordinados do proponente do projeto nem do órgão público competente para a avaliação do RIMA. Há de ter independência suficiente para não deixar-se influenciar nem por um nem por outro, pois deverá produzir um relatório que poderá ser a favor ou contra o projeto, com recomendação, se for o caso, de alternativas. Não é preciso unanimidade, mas a maioria deverá subscrever a solução vencedora. "O RIMA - diz bem Paulo Affonso Leme Machado - deverá dar um parecer favorável ou desfavorável ao projeto (incluindo as alternativas), mas isto não significa que não possa haver divergência de pontos de vista entre os membros da equipe. Havendo dissenso de opiniões, não pode o mesmo ser ocultado, devendo constar do RIMA as opiniões da maioria e minoria acaso existentes."

## Fases do procedimento de estudo de impacto ambiental

O procedimento do estudo de impacto ambiental desenvolve-se basicamente em quatro fases: a) a primeira é a *fase preliminar do planejamento da atividade*, quando o proponente do projeto manifesta sua vontade de realizar o empreendimento e procura o Poder Público, para obter diretrizes e instruções adicionais, sendo o caso, e a respectiva Licença Prévia, referida, hoje, no art. 19, I, do Decreto 99.274/90, que substituiu o de n. 88.358/83; b) a *segunda fase* é a *das atividades técnicas da equipe multidisciplinar*, quando se realiza o estudo de impacto ambiental propriamente dito, sendo, pois, a fase nuclear do procedimento, que se desenvolve em diversos passos; c) a *terceira fase* é a da *elaboração do relatório de impacto ambiental - RIMA*, que traduz o resultado das atividades técnicas, a dizer, do estudo de impacto ambiental; d) a *quarta fase* é a da *apreciação do órgão competente*, que julgará da viabilidade ambiental do projeto ou de alternativas propostas, concluindo por aprová-lo com a outorga da *Licença de Instalação*, facultando o início da implantação da obra ou atividade, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado, conforme estatui o art. 19, II, do citado Decreto 99.274/90; e) a *quinta fase* já não é de elaboração do estudo de impacto ambiental, mas de *sua execução e aplicação*, a partir da *Licença de Operação*, possibilitando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle

de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação, seguindo-se a execução do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos elaborado na fase das atividades técnicas.

### Elaboração das diretrizes

A Lei 6.938/81 (art. 9º, III) qualifica o estudo de impacto ambiental como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Quer isso dizer que sua função primordial consiste em aplicar, nos projetos de obra e atividades potencialmente causadores de degradação ambiental, os princípios e objetivos definidos naquela lei como necessários à preservação da qualidade ambiental e à manutenção do equilíbrio ecológico.

O art. 5º da Resolução 001/86-CONAMA dispõe que, além de atender à legislação, em especial aos princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, o estudo de impacto ambiental terá que conter ainda o seguinte:

I - contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução;

II - identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III - definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV - considerar os planos e programas governamentais e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Não é só. Pois ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para a conclusão e análise dos estudos.

A regra geral, portanto, é a de que a determinação do estudo de impacto ambiental, sua avaliação e aprovação e outorga da respectiva licença caibam ao órgão estadual ambiental. Mas o art. 8º, II, da Lei 6.938/81, com a redação da Lei 8.028/90, reservou essas atribuições ao CONAMA no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, nas áreas consideradas Patrimônio Nacional pela Constituição Federal, ou seja: na Floresta Amazônica, na Mata Atlântica, no Pantanal Mato-Grossense e na Zona Costeira (art. 225, § 4º). Por regra também o IBAMA só tem competência supletiva nessa matéria. Contudo, o licenciamento de obras e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional é incumbência sua (Lei 6.938/81), art. 10, § 4º, com redação da Lei 7.804/89).

#### Fase das atividades técnicas

Esta fase se desdobra em vários passos. No mínimo, importará nas seguintes atividades técnicas: a) Diagnóstico ambiental da área; b) Análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas; c) Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos; d) Elaboração de programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos.

*Diagnóstico ambiental da área* - Trata-se de estudar e definir a área de influência do projeto, os limites geográficos da área a ser direta ou indiretamente atingida pelo projeto, com descrição e análise completa dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o *meio físico*: subsolo, águas, ar e clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos de aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrográfico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o *meio biológico* e os *ecossistemas naturais*: a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o *meio socioeconômico*: o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconomia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

*Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas* - Uma das diretrizes gerais impostergáveis do estudo de impacto ambiental consiste em identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade. Por isso, a equipe multidisciplinar terá que analisar os impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através da identificação, da previsão da magnitude e da interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos (benéficos) e negativos (adversos) diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazo, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas (associação de fatores que se coordenam para o resultado); a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

*Definição de medidas mitigadoras* - Não basta identificar e avaliar os impactos ambientais negativos do projeto. Cumpre à equipe multidisciplinar proceder à identificação das medidas mitigadoras desses impactos negativos, entre as quais se incluem a análise dos equipamentos de controle e os sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas. A propósito, cabe a lição de Paulo Affonso Leme Machado: A equipe multidisciplinar deverá apontar os equipamentos de controle que existam no mercado nacional como em outros países. Muitas vezes, membros da equipe multidisciplinar terão que se deslocar para outros países para verificarem a eficiência desses equipamentos. Avaliar a eficiência não é só reproduzir o que consta na bibliografia. Além disso, essa avaliação de eficiência deverá levar em conta a área do projeto, pois um mesmo equipamento poderá não ser adequado para localidade diversa de onde foi testado. A administração pública ambiental não está jungida a adotar os equipamentos ou os sistemas, mas para não exigi-los deverá motivar sua decisão. A expressão “medida mitigadora dos impactos negativos” da Resolução 001/86-CONAMA deve obedecer ao sentido superior da norma da Lei 6.803/80 (art 10, § 3º) quando diz lei “[...] avaliações de impacto, que permitam estabelecer a confiabilidade da solução a ser adotada”. Confiabilidade da solução é mais que mitigar o impacto, é tentar evitar o impacto negativo, ou sendo impossível evitá-lo, é procurar corrigi-lo, recuperando o ambiente. A recuperação não é uma medida que se possa afastar do EIA”

*Programa de acompanhamento* - A elaboração de programa de acompanhamento e de monitoramento dos impactos positivos e negativos é parte integrante do estudo de impacto ambiental, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados, entre os quais se encontram os planos e programas governamentais e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. Trata-se de atividade ínsita no estudo de impacto ambiental, com o objetivo de, na sua avaliação, se ter também em mente os acontecimentos ambientais que possam decorrer da execução do projeto, do funcionamento do empreendimento, e a previsão das condições e meios necessários ao manejo de seus efeitos.

## Relatório de impacto ambiental

*O relatório de impacto ambiental* - RIMA refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental. Por ele, a equipe multidisciplinar oferece seu parecer sobre a viabilidade do projeto, seu impacto no meio ambiente, as alternativas possíveis e convenientes, assim como a síntese das atividades técnicas desenvolvidas no estudo. Requer, por isso, que seja apresentado de forma objetiva e adequada à sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possa entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.

Seu conteúdo conterá, no mínimo: os objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais; a descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias-primas, a mão de obra, as fontes de energia, os processos e técnicas operacionais, os prováveis efluentes, emissões de resíduos e perdas de energia, os empregos diretos e indiretos a serem registrados; a síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambientais da área de influência do projeto; a descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo da incidência dos impactos e indicando os métodos e técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação; a caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua realização; a descrição do

efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado; o programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos; a recomendação quanto à alternativa mais favorável, conclusões e comentários de ordem geral.

### Participação do público

O estudo de impacto ambiental, como dissemos, é um procedimento público, não valendo como tal qualquer estudo privado por mais categorizado que seja.

A Constituição, por isso mesmo, exige que se lhe dê publicidade. A Lei 6.938/81 (art. 10, § 1º), por seu lado, dispõe que o pedido de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação. A Constituição vai além, quer que o próprio estudo de impacto ambiental tenha publicidade, o que é mais do que a simples publicação do pedido de licenciamento da atividade.

A participação popular no procedimento de estudo ambiental é uma exigência da natureza mesma do patrimônio ambiental. Se este é um bem de uso comum do povo, como diz o art. 225 da Constituição, nada mais coerente do que esse povo ter acesso a um instrumento da política de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. A legislação não foi insensível a isso, tanto que o Decreto 99.274/90 (art. 17, § 3º) estatuiu que, respeitado o sigilo industrial, solicitado e demonstrado pelo interessado, o RIMA, devidamente fundamentado, será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou biblioteca do Ministério do Meio Ambiente, em que foi transformada a SEMAM/PR, e do órgão estadual de controle ambiental correspondente, inclusive durante a análise técnica. Assim, o órgão estadual competente, o MINISMAM ou, quando couber, o Município, ao determinar o estudo de impacto ambiental e na apresentação do RIMA, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA (Res. CONAMA 1/86, art. 11, § 2º, com redação da Res. 9/87).

A audiência pública tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do respectivo RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito. Pode ser determinada pelo órgão licenciador ou solicitada por entidade civil, Ministério Público, cinquenta ou mais cidadãos ou órgãos do meio ambiente, no mínimo em quarenta e cinco dias a contar da data do recebimento do RIMA. Será convocada pelo órgão licenciador através de correspondência registrada aos solicitantes e divulgação nos órgãos da imprensa local. Ocorrerá em local acessível aos interessados, será dirigida pelo órgão licenciador. Será lavrada ata de cada audiência pública, que, com seus anexos, servirá de base, juntamente como o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto (Res. CONAMA 9/87).” – “In *Direito Ambiental Constitucional*” - Malheiros Editores - 1994 - pp. 196-206.

O Poder Público não cumpriu a ordem constitucional, pelo visto, no caso em exame, quanto à exigência de *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, para liberação do plantio, com fins comerciais, da soja transgênica (*round up ready*).

Apresentou-se, apenas, com um simples “Parecer Técnico” da CTNBio, para atender ao pleito monopolista e ganancioso da MONSANTO DO BRASIL LTDA. e suas subsidiárias, sem atentar para a gravidade do princípio da prevenção, garantidor do direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Por isso que se lhe impõe, aqui e agora, juntamente com toda a coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), *sem as interferências do abuso do poder econômico, dominador de mercados, repudiadas pela Constituição* (CF, art. 173, § 4º).

## VIII

Com todas estas considerações, donde resultam, com evidência, os requisitos do *fumus boni juris* (em processo de mutação acelerada para o fenômeno da *lux boni juris*) e do *periculum in mora*, na espécie dos autos, *julgo procedente a presente ação cautelar*, para determinar, em caráter mandamental-inibitório, que:

I - as empresas promovidas, *MONSANTO DO BRASIL LTDA* e *MONSOY LTDA* apresentem *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, na forma preconizada pelo art. 225, § 1º, IV, da *Constituição Federal*, e mediante a formação de *equipe multidisciplinar*, competente e imparcial, pelo Poder Público, via *IBAMA*, observando-se os trâmites regulamentares da *Resolução nº 001/86-CONAMA*, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial da soja *round up ready*, no Brasil.

II - ficam impedidas as referidas empresas de comercializarem as sementes da soja geneticamente modificada, já produzidas, até que seja regulamentada e definida, pelo poder público competente, as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados, no País.

III - fica suspenso o cultivo, em escala comercial do referido produto, sem que sejam suficientemente esclarecidas, no curso da instrução processual, as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome, a respeito das possíveis falhas apresentadas pela *CNTBio* em relação ao exame do pedido de desregulamentação da soja *round up ready*, o que, certamente, ocorrerá, com a *apresentação do Estudo Conclusivo de Impacto Ambiental*, já referido. Enquanto se realiza tal Estudo, o plantio da soja transgênica será restrito ao necessário, para realização de testes e do próprio EIA/RIMA, em regime monitorado e em área de contenção, delimitada e demarcada, com a proibição de serem comercializados os frutos obtidos com os aludidos testes, nas diversas fases que integram a feitura do EIA/RIMA.

IV - O cumprimento da diligência, ordenada e não cumprida, até o momento, conforme determinação do item V da decisão de fls. 1.372/1.415, fica diferido para a instrução do feito principal, se ainda, assim, entender necessário este Juízo.

V - sejam intimados, pessoalmente, os Srs. Ministros da Agricultura, da Ciência e Tecnologia, do Meio Ambiente e da Saúde, para que não expeçam qualquer autorização às promovidas, antes de serem cumpridas as determinações judiciais, aqui, contidas, ficando suspensas as autorizações que, porventura, tenham sido expedidas, nesse sentido, mantendo-se, assim, os efeitos da tutela cautelar, antecipadamente deferida (fls. 1.372/1.415).

VI - fica estabelecida e mantida a *multa pecuniária* de 10 (dez) salários-mínimos, por dia, a partir da data do descumprimento destas medidas, a ser aplicada aos agentes infratores, públicos ou privados (Lei nº 7.347/85, art. 11), conforme consta da decisão de fls. 1.372/1.415, em referência.

VII - Condeno as promovidas no pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cada qual, a título de honorários advocatícios e no reembolso das custas processuais expendidas.

VIII - Oficie-se à eminente Juíza Relatora dos Agravos de Instrumento, a que se referem as peças de fls. 1.502/1.550 e 1.560/1597, destes autos.

IX - Traslade-se, para os autos principais e para os autos da Ação Civil Pública nº 97.34.00.036170-4, fotocópia autêntica deste *decisum*.

X - Publique-se. Intimem-se a União Federal e o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), em 10 de agosto de 1999.

Antônio Souza Prudente

Juiz Federal Titular da 6ª Vara

Seção Judiciária do Distrito Federal

## Segunda Turma

*Constitucional e Processual Civil. Ação cautelar. Liberação do plantio e comercialização de soja geneticamente modificada (soja round up ready), sem o prévio estudo de impacto ambiental – art. 225, § 1º, IV, da CF/1988 c/c arts. 8º, 9º e 10º, § 4º, da e arts 1º, 2º, caput e § 1º, 3º, 4º e anexo I, da Resolução Conama 237/1997. Inexistência de norma regulamentadora quanto à liberação e descarte, no meio ambiente, de OGM. Princípio da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar. Presença do fumus boni iuris e do periculum in mora. Poder geral de cautela do magistrado in mora. Poder geral de cautela do magistrado. Inexistência de julgamento extra petita. Art. 808, III, do CPC. Inteligência.*

I. Improcedência da alegação de julgamento *extra petita*, mesmo porque, na ação cautelar, no exercício do poder geral de cautela, pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide.

II. A sentença de procedência da ação principal não prejudica ou faz cessar a eficácia da ação cautelar, que conserva a sua eficácia na pendência do processo principal — e não apenas até a sentença — mesmo porque os feitos cautelar e principal têm natureza e objetivos distintos. Inteligência do art. 808, II, do CPC.

III. Se os autores só reconhecem ao Ibama a prerrogativa de licenciar atividades potencialmente carecedoras de degradação ambiental, não há suporte à conclusão de que a mera expedição de parecer pela CNTBio, autorizando o plantio e a comercialização de soja transgênica, sem o prévio estudo de impacto ambiental, possa tornar sem objeto a ação cautelar, na qual os autores se insurgem, exatamente, contra o aludido parecer.

IV. O art. 225 da CF/1988 erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado “a 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 assegurar a efetividade desse direito, “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”(art. 225, § 1º, IV, da CF/1988).

V. A existência do *fumus boni iuris* ou da probabilidade de tutela, no processo principal, do direito invocado encontra-se demonstrada especialmente: a) pelas disposições dos arts. 8º, 9º e 10º, § 4º, da Lei 6.938, de 31/08/1981 — recepcionada pela CF/1988 — e dos arts. 1º, 2º, caput e § 1º, 3º, 4º e Anexo I da Resolução Conama 237/1997, à luz das quais se infere que a definição de “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, a que se refere o art. 225, § 1º, IV, da CF/1988, compreende “a introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas”, tal como consta do Anexo I da aludida Resolução Conama 237/1997, para a qual, por via de consequência, necessário o estudo prévio de impacto ambiental, para o plantio, em escala comercial, e a comercialização de sementes de soja geneticamente modificadas, especialmente ante séria dúvida quanto à constitucionalidade do art. 2º, XVI, do Decreto 1.752/1995, que permite à CNTBio dispensar o prévio estudo de impacto ambiental — de competência do Ibama — em se tratando de liberação de organismos geneticamente modificados, no meio ambiente, em face do veto presidencial à disposição constante do projeto da Lei 8.974/1995, que veiculava idêntica faculdade outorgada à CNTBio. Precedente do STF (ADIn 1.086-7/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, in DJU de 16/09/1994, p. 24.279); c) pela vedação contida no art. 8º, VI, da Lei 8.974/1995, diante da qual se conclui que a CNTBio deve expedir, previamente, a regulamentação relativa à liberação e descarte, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados, sob pena de se tornarem ineficazes outras disposições daquele diploma legal, pelo que, à máquina de norma regulamentadoras a respeito do assunto, até o momento presente, juridicamente relevante é a tese de impossibilidade de autorização de qualquer atividade relativa à introdução de OGM no meio ambiente; d) Pelas disposições dos arts. 8º, VI, e 13, V, da Lei 8.974/1995, que sinalizam a potencialidade lesiva de atividade cujo descarte ou liberação de OGM, no meio ambiente, sem a observância das devidas cautelas regulamentares, pode causar, desde incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e lesão corporal grave, até a morte, lesão ao meio ambiente e lesão grave ao meio ambiente, tal como previsto no art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei 8.974/1995, tipificando-se tais condutas como crimes e impondo-lhes severas penas.

VI. A existência de uma situação de perigo recomenda a tutela cautelar, no intuito de se evitar — em homenagem ao princípios da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar —, até o deslinde da ação

principal, o risco de dano irreversível e irreparável ao meio ambiente e à saúde pública, pela utilização de engenharia genética no meio ambiente e em produtos alimentícios, sem a adoção de rigorosos critérios de segurança.

VII. Homologação do pedido de desistência do Ibama para figurar no polo ativo da lide, em face da superveniência da Medida Provisória 1.984-18, de 1º/06/2000.

VIII. Preliminares rejeitadas, apelações e remessa oficial, tida como interposta, improvidas.

(Apelação Cível 0009785-21.2000.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, *e-DJF1* de 15/03/2001, p. 84)

## Terceira Turma

*Penal e Processual Penal. Exploração de matéria-prima pertencente à União sem autorização. Extração de areia e cascalho. Art. 55 da Lei 9.605/1998 e art. 2º da Lei 8.176/1991. Bis in idem. Não ocorrência. Materialidade e autoria comprovadas. Responsabilidade da pessoa jurídica por crime ambiental. Art. 55 da Lei 9.605/1998. Possibilidade. Art. 225, § 3º, da CF/1988 e art. 3º da Lei 9.605/1998. Condenação mantida. Dosimetria. Concurso formal. Pena mais grave majorada.*

I. Não cabe alegação de *bis in idem* entre o delito contido no art. 2º da Lei 8.176/1991 e o crime previsto no art. 55 da Lei 9.605/1998, pois tutelam bens jurídicos diferentes. O primeiro, visa proteger o meio ambiente, e o segundo tutela a ordem econômica, tratando-se de crimes distintos, sendo violados por uma única conduta, em concurso formal impróprio.

II. A materialidade e a autoria ficaram comprovadas pelos documentos juntados aos autos e pelos depoimentos testemunhais, razão pela qual o réu, pessoa física, foi devidamente condenado na pena do art. 2º da Lei 8.176/1991 e na pena do art. 55 da Lei 9.605/1998.

III. As provas produzidas nos autos demonstram que o apelante, pessoa física, realizou atividade minerária sem a correspondente licença ambiental, conforme comprova o laudo de exame de meio ambiente.

IV. A responsabilidade por crimes ambientais da pessoa jurídica decorre da Constituição Federal e da própria Lei 9.605/1998.

V. Configurado o concurso formal entre os crimes do art. 55, *caput*, da Lei 9.605/1998 e o art. 2º da Lei 8.176/1991, deve a pena mais grave ser majorada em 1/6 (um sexto).

VI. Substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos (art. 44, § 2º, segunda parte, do CP), nos moldes em que fixada na sentença.

VII. Apelações dos réus parcialmente providas.

(Apelação Criminal 0001598-28.2014.4.01.3817/MG, rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, unânime, *e-DJF1* de 07/11/2017, p. 903)

## Quinta Turma

*Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Área de preservação permanente (Parque Nacional de Brasília). Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada e demolição de edificações), de não fazer (inibição de qualquer ação antrópica e indenização). Possibilidade. Indenização pelas benfeitorias realizadas. Descabimento.*

I. 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, inclusive, na forma da lei, a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção de potencial desequilíbrio ambiental, como na hipótese dos autos.

II. Se 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), 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.

III. Na hipótese dos autos, em se tratando de edificação erguida nos limites do Parque Nacional de Brasília (área *non aedificandi*) e constatada, por meio de competente prova pericial, a ocorrência de dano ambiental, impõe-se a recuperação da área degradada e a demolição das construções edificadas, em flagrante afronta à legislação de regência.

IV. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da *reparação in integrum*, admite-se a condenação simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. “*A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo normal do negócio”. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério*” (REsp 1145083/MG, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, DJe de 04/09/2012).

V. Caracterizada a prática do ilícito ambiental, como no caso, afigura-se incabível o pagamento de indenização, a título de benfeitorias, seja em face da sua manifesta incompatibilidade com a ordem de demolição das edificações em referência, ilegalmente erguidas, seja pela impropriedade da via eleita (veiculação pelo promovido em sede de razões finais).

VI. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0031163-03.2009.4.01.3400, Apelação Cível 2009.34.00.031740-2/DF, Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 19/10/2017, p. 640)

*Agravo de instrumento. Ambiental. Condomínio no Distrito Federal que em razão da construção de muro veda passagem a chacareiros com propriedades no entorno. Terreno contíguo a reserva biológica e de captação de manancial da Caesb. Pretensão do ICMBio de estipulação de servidão de passagem. Cabimento. Liminar deferida há três anos sem cumprimento pelo condomínio.*

I. Deve ser acolhida a pretensão do ICMBio no sentido de determinar-se a passagem pelo interior de condomínio irregular na região denominada Grande Colorado, no Distrito Federal, afastando-se o impedimento imposto por muro erguido para delimitar sua extensão, com restrição e impedimento de passagem a chacareiros que anteriormente utilizavam o trecho para acessar suas posses.

II. Não se justifica utilizar área contígua ao condomínio, já na área de reserva biológica, propiciando a degradação da área ou mesmo a implantação de novas ocupações ilegais, quando é bastante para atingir o objetivo de acesso às chácaras a restauração de passagem pelo condomínio, com a abertura e instalação de um portão às expensas dos chacareiros.

III. A suposta fragilização de segurança alegada pelo condomínio não pode servir de fundamento para ampliar os danos ambientais já observados na região com a instalação de diversos condomínios por meio de invasão de áreas da União e de terrenos particulares.

IV. Ressalte-se que a argumentação de possibilidade de passagem pela área de captação de águas da Caesb que vinha sendo admitida foi objeto de impugnação perante o órgão ambiental pelo Ministério Público Federal, que expediu orientação para não utilização do local para passagem de veículos.

V. Em razão da recalcitrância na aceitação da decisão monocrática, que já foi proferida há quase 3 (três) anos, faz-se necessário estipular multa diária pelo descumprimento da determinação a incidir a partir do 5º dia útil contado da intimação do condomínio para cumprimento deste acórdão, independentemente da interposição de qualquer recurso.

VI. Agravo regimental interposto pelo condomínio Vivendas Bela Vista improvido.

VII. Agravo regimental do ICMBio provido.

(Agravo de Instrumento 0056272-97.2010.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado), unânime, e-DJF1 de 04/09/2013, p. 291)

*Ambiental. Ação civil pública para reparação de dano ambiental. Obra edificada irregularmente em área de proteção permanente (APP), às margens do Rio Paranaíba, Município de Araguari/MG. Contrariedade a lei federal (Código Florestal). Degradação ambiental incontroversa. Responsabilidade objetiva. Dever de demolir a construção. Configuração do dano moral coletivo. Sentença reformada em parte.*

I. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra José Leônidas de Lima, tendo por objeto obrigar o réu a demolir construção edificada em área de preservação permanente (APP), apresentar junto ao Ibama projeto de recuperação da área degradada e indenizar o dano moral coletivo.

II. Consideram-se de preservação permanente as formas de vegetação natural encontradas ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais (Código Florestal, Lei 4.771/1965, art. 2º, b).

III. A Resolução 4/85 do Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente estabelece em seu art. 3º, II, que são reservas ecológicas as áreas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima é de cem metros para as represas hidrelétricas.

IV. A Resolução Conama 302/2002, no seu art. 3º, II, dispõe que constitui área de preservação permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de 15 metros, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com dez hectares, sem prejuízo da compensação ambiental.

V. Segundo o art. 18, *caput*, da Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, as áreas consideradas de preservação permanente são consideradas reserva ou estação ecológica de responsabilidade do Ibama: "São transformadas em reservas ou estações ecológicas, sob responsabilidade do IBAMA, as florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente, relacionadas no art. 2º, da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965".

VI. A vontade da lei é que sejam protegidas as APP porque as características dessas áreas são importantes para o uso dos recursos naturais no presente e para as gerações futuras.

VII. Causa de dano ambiental é qualquer atividade que de forma direta ou indireta afete desfavoravelmente o meio ambiente (Lei Federal 6.983/1981, art. 3º, III, c). A existência de construção à beira do lago conduz a dano devido a: (a) aumento da probabilidade de ocorrer processo erosivo pela retirada da cobertura vegetal nativa; (b) assoreamento das margens do lago pelo transporte de sedimentos, prejuízo à fauna local porque a vegetação exótica provoca o afastamento dos animais da região; (d) compactação e impermeabilização do solo; lixo depositado pelas pessoas que utilizam o local; (e) construção de fossa séptica com risco de contaminação do lençol freático e corpo d'água.

VIII. O apelado é responsável pelas consequências de atividade que alterou adversamente as características da APP, qual seja, construção de duas casas e uma fossa, numa área de aproximadamente 200m<sup>2</sup>.

IX. Nos últimos anos, segundo informação do Ibama, houve invasão indiscriminada em ritmo acelerado na APP do Rio Paranaíba, com construção de casas de veraneio, acesso, quiosques, canteiros de hortaliças e cultivo de mandioca.

X. “A sanção de demolição de obra poderá ser aplicada pela autoridade ambiental quando verificada a construção de obra em área ambientalmente protegida, em desacordo com a legislação ambiental”. (Decreto 6.514/2008)

XI. Segundo restou comprovado nos autos, duas casas de propriedade do apelado, como de outros invasores, estão edificadas em área de preservação permanente, à beira de lago. A ação de construir e desmatar APP implica no dever de demolir a construção, restaurar a vegetação nativa (mediante cronograma de recuperação a ser definido pelo Ibama, como consignou o magistrado *a quo*) e indenizar o dano moral coletivo.

XII. Apelações do MPF e do Ibama providas. Sentença reformada em parte.

(Numeração única: 0009278-53.2007.4.01.3803, Apelação Cível 2007.38.03.009643-8/MG, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, unânime, e-DJF1 de 30/04/2013, p. 345)

*Administrativo. Meio ambiente. Embargo de obra em área não edificável. Auto de infração. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama. Competência. Multa. Prévia advertência. Desnecessidade.*

I. Mandado de segurança impetrado objetivando a suspensão de auto de infração e de termo de embargo, a fim de que seja possível a edificação em imóvel localizado na rodovia MG-010, km 98, no interior da Área de Proteção Ambiental – APA Morro da Pedreira, Unidade Federal de Conservação da Natureza.

II. A edificação embargada encontra-se, a um só tempo, em faixa não edificável, área de proteção ambiental (APA Morro da Pedreira) e zona de amortecimento do Parque Nacional da Serra do Cipó, sujeitas à fiscalização do Ibama, *órgão ambiental executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, e competente pela fiscalização e repressão da prática de atos que degradem o meio ambiente naquelas áreas.*

III. A mera expedição de “licença de construção” por órgão municipal não dispensa nem supre a necessidade de autorização do órgão ambiental competente (no caso, o Ibama) para a realização de obra em área de preservação permanente e de proteção ambiental, localizada em zona de amortecimento de Parque Nacional. Necessidade de autorização do Ibama para que a obra questionada nos autos possa ser realizada.

IV. A competência administrativa relacionada à questão ambiental é comum (art. 23, VI e VII, da CF/1988), mas a autonomia municipal é limitada, não podendo os municípios contrariar a legislação federal ou estadual existentes.

V. O sistema punitivo disposto pela Lei 9.605/1998 não condiciona prévia advertência para aplicação da pena de multa. Precedentes.

VI. Apelação não provida.

(Numeração única: 0029221-36.2005.4.01.3800 Apelação Cível 2005.38.00.029448-1/MG, rel. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (convocado), unânime, e-DJF1 de 23/10/2017, p. 157)

*Constitucional, Civil e Ambiental. Ação civil pública. Título dominial de imóvel. Nulidade. Registro imobiliário e plano de manejo florestal. Cancelamento. Degradação ambiental em área situada na Amazônia Legal. Impacto ambiental e social direto e indireto no bioma amazônico. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de indenizar. Possibilidade. Danos materiais e morais. Definição do quantum devido.*

I. A nulidade de título de propriedade de imóvel conduz à nulidade dos demais atos dali decorrentes, no âmbito da sua cadeia dominial.

II. Na hipótese dos autos, declarado nulo o título dominial primevo do imóvel, no bojo de outra demanda judicial, afiguram-se insubsistentes a aquisição de propriedade imobiliária posteriormente levada a efeito pelos adquirentes e o respectivo plano de manejo florestal, à míngua de regular titularidade do aludido imóvel, e, por conseguinte, a irregularidade das atividades de extração de madeira ali realizadas.

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 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. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 172, de 12/06/2012).

IV. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza *propter rem*” (REsp 1164587/MG, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, DJe de 13/04/2012).

V. Demonstrada, na espécie, a ocorrência do dano ambiental, caracterizada pela extração irregular ilegal de 7.338m<sup>3</sup> (sete mil, trezentos e trinta e oito metros cúbicos de madeira), bem assim, do dano moral coletivo, resultante da agressão difusa derivada dessa conduta ilícita, impõe-se o dever de indenizar.

VI. O *quantum* do dano ambiental material haverá de corresponder à multiplicação da quantidade de madeira ilegalmente comercializada (7.338m<sup>3</sup>) pelo valor do seu preço médio de mercado, na época, a ser apurado durante a liquidação do julgado.

VII. O dano moral, à míngua de parâmetro legal definido para o seu arbitramento, deve 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. Na hipótese em exame, sopesadas as variáveis observadas em casos assim, decorrentes da ação agressora dos promovidos, quais sejam: perda de solo e nutrientes; deslocamento de mão de obra; depleção do capital natural; incremento do dióxido de carbono na

atmosfera; e diminuição da disponibilidade hídrica, reputa-se razoável, na espécie, fixar o valor da indenização a esse título, no montante correspondente a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser revertido para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7.347/1985.

VIII. Apelação dos promovidos desprovida. Provimento da remessa oficial e das apelações do Ministério Público Federal, da União Federal, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra. Sentença reformada, em parte.

(Numeração única: 0008642-58.2005.4.01.3900, Apelação/Reexame Necessário 2005.39.00.008652-2/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 17/11/2017.)

*Constitucional, Administrativo e Ambiental. Infração ambiental. Aquisição de carvão vegetal sem autorização do órgão ambiental competente. Poder de polícia administrativa do Ibama. Princípio do poluidor pagador.*

I. Na busca 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, a *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)*, “tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmando a *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e buscando avançar a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar,” elaborou a *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, que em seu Princípio 16 estabeleceu a responsabilidade do poluidor, na dicção de que: “as autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.”

II. No caso em exame, constatado pelo Ibama que a apelante adquiriu carvão vegetal nativo, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, afigura-se legítimo o Auto de Infração – AI lavrado pela autarquia, tendo em vista que o referido AI encontra-se amparado pela 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*).

III. Ademais, não há que se falar, na espécie, em falta de previsão legal da sanção aplicada, na medida em que o art. 70 da Lei 9.605/1998, c/c o parágrafo único do art. 32 do Decreto 3.179/1999, que o regulamentava, na época dos fatos, previa como infração administrativa, sujeita a multa simples, o recebimento de carvão vegetal sem licença válida e outorgada pela autoridade competente.

IV. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única: 00009212-91.2007.4.01.3700/MA, Apelação/Remessa Necessária 2007.37.00.009440-6, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 29/11/2017)

## Sexta Turma

*Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Auto de infração. Destruição de vegetação nativa com uso de fogo, sem autorização da autoridade ambiental competente. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva. Autorização Provisória de Funcionamento de*

*Atividade Rural (APF) e Cadastro Ambiental Rural (CAR). Natureza autodeclaratória. Prova inequívoca da regularidade da atividade. Inexistência. Multa aplicada. Suspensão da exigibilidade. Caução. Ausência. Desprovemento.*

I. "No Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, proprietário ou administrador da área degradada, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do favor *debilis*" (REsp 1.401.500/PR – rel. Ministro Herman Benjamin – DJe de 13/09/2016.)

II. A Autorização Provisória de Funcionamento de Atividade Rural (APF), bem como o Cadastro Ambiental Rural (CAR), dada a natureza autodeclaratória, não tem condão, por si só, de comprovar a regularidade do desmatamento e queimada de vegetação nativa, de modo a afastar a presunção de veracidade da autuação do Ibama.

III. Conforme entendimento jurisprudencial estabelecido sobre a matéria, a garantia do juízo, por meio do depósito judicial do valor da multa questionada nos autos, constitui a medida adequada com vistas à suspensão da sua exigibilidade, o que, no caso, não foi requerido pela parte agravante.

VI. Agravo de instrumento desprovido. Prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão liminar.

(Agravo de Instrumento 0064663-31.2016.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 24/10/2017, p. 676)

## Sétima Turma

*Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Multa ambiental. Ibama. Funcionamento de posto de combustível sem licença ambiental. Multa aplicada a pessoa física: possibilidade. Ilegitimidade passiva da sócia-administradora afastada. Lei 9.605/1978.*

I. Constatada a ocorrência de infração ambiental, como no caso dos autos, em que a embargante deixou funcionar atividade potencialmente poluidora — posto de combustível — sem a devida licença ambiental, nada impede a imputação de multa pelo órgão ambiental tanto à pessoa jurídica quanto ao seu administrador pessoa física (arts. 2º e 3º da Lei 9.605/1998).

II. Afastada a ilegitimidade passiva diante da expressa autorização legal e verificado, por processo administrativo em que garantido o devido processo legal, que a embargante deixou de providenciar a licença ambiental previamente ao funcionamento de empresa potencialmente poluidora, confirma-se a multa aplicada em auto de infração lavrado por infração ambiental (arts. 60 e 70 da Lei 9.605/1998).

III. Honorários nos termos do voto.

IV. Apelação provida.

(Apelação Cível 0044981-12.2014.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, e-DJF1 de 10/11/2017, p. 1.709)

## Decisões Monocráticas

## Agravo de Instrumento 0073711-14.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Porto Ladeira da Barra Empreendimento SPE Ltda. e Cosbat Construção e Engenharia Ltda. contra decisão proferida pela MM. juíza federal substituta da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia que, na Ação Civil Pública 27740-34.2015.4.01.3300/BA, ajuizada pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil – Departamento da Bahia, deferiu em parte a tutela de urgência pretendida e determinou às ora agravantes a paralisação imediata das obras do Edifício La Vue Ladeira da Barra, em Salvador, e da comercialização das respectivas unidades habitacionais, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, assim fundamentada (fls. 202-209):

[...]

Entendo, porém, que a Justiça Federal somente detém competência para decidir quanto à legalidade da autorização concedida pelo IPHAN, devendo o objeto da presente ação ficar adstrito ao exame da existência de prejuízo aos bens tombados em nível federal pela construção em questão.

A legalidade do licenciamento da obra pelo Município de Salvador, quanto ao ordenamento territorial urbano (impacto na vizinhança, no trânsito, obediência ao gabarito fixado para aquela zona no plano diretor), é questão que não atrai o interesse da União ou de ente federal a justificar a competência deste juízo. A legitimidade passiva para essa questão é exclusiva do Município.

E nem se diga que há uma conexão entre as questões, a ensejar a sua apreciação em conjunto pela Justiça Federal.

A competência da Justiça Federal para julgar outros entes que não os arrolados no art. 109, inc. I, da Constituição Federal somente se verifica em situações de litisconsórcio necessário com o ente federal, pela natureza incidível da relação jurídica de direito material afirmada em juízo, que requer uma tutela jurisdicional uniforme para todos os litisconsortes.

Em caso de anulação da autorização concedida pelo IPHAN por parte deste juízo federal, conseqüentemente deverá ser anulado também o Alvará de Licença da obra expedido pela SUCOM, por se tratar aí de um ato complexo, que somente foi editado após o aval dado pelo IPHAN. Este é o único motivo pelo qual o Município de Salvador permanecerá no feito, porque aí sim temos uma questão que deve ser decidida de maneira uniforme para ambos os litisconsortes passivos. Mas isso não se verifica no tocante à questão da adequação do edifício à legislação urbanística municipal. Veja que é perfeitamente possível entender-se pela ausência de prejuízo aos bens tomados na esfera federal, mas pela existência de violação ao gabarito fixado para aquela zona pelo Município — assim, a autonomia dessa questão e seu caráter exclusivamente local determina que seja discutida na Justiça Estadual.

Observe, inclusive, que no processo administrativo apensado a estes autos consta despacho de instauração de Procedimento Preparatório pelo Ministério Público do Estado da Bahia, com a finalidade de averiguar, justamente, se a construção do edifício está em conformidade com as normas municipais urbanísticas-ambientais.

Repise-se: o Município de Salvador somente continuará no polo passivo da demanda porque a pretensa declaração de nulidade da autorização do IPHAN resulta na nulidade também do Alvará de Licença nº 21186 expedido pela SUCOM (fl. 194 do anexo I), mas a causa de pedir estará limitada à tutela do patrimônio histórico federal.

Destarte, a presente ação deve tramitar apenas em face da COSBAT, da Porto Ladeira da Barra Empreendimentos SPE Ltda, do IPHAN e do Município de Salvador, tendo por objeto: a) a condenação das duas primeiras rés no cumprimento de obrigação de não fazer, consistente em não realizar a construção do empreendimento La Vue Ladeira da Barra, como descrito nos autos, até que seja realizada a readequação do projeto arquitetônico; b) a declaração de nulidade da autorização concedida pelo IPHAN e da licença emitida pela SUCOM.

*O exame da adequação da altura do edifício, então, deve se dar em face de eventual prejuízo à visibilidade e ambiência dos bens tombados pelo IPHAN, e não quanto à obediência do disposto no PDDU e à preservação do skyline da cidade.*

As questões *de fato* que serão objeto da instrução processual, portanto, são as seguintes:

A) O empreendimento em questão situa-se na área de entorno de bem tombado pelo IPHAN, a atrair a aplicação do art. 18 do Decreto 25/37?

b) Caso situe-se no entorno de bem tombado pelo IPHAN, o empreendimento, com a altura prevista no projeto aprovado, traz danos à visibilidade deste? É possível a adequação do projeto para que esteja em consonância com a proteção do bem tombado?

Por fim, passo a analisar o pedido de tutela de urgência, nos moldes requeridos pela parte autora e pelo MPF, que atua no feito como fiscal da lei.

Os elementos que constam dos autos até então indicam, como bem ponderado pelo MPF, a necessidade de suspensão cautelar das obras do edifício La Vue.

O art. 18 do Decreto-lei nº 25/37 determina que não se pode, sem prévia autorização do IPHAN, fazer construção na vizinhança da coisa tombada que lhe impeça ou reduza a visibilidade.

Não se pode olvidar que o referido dispositivo não é preciso quanto à determinação do que seja entorno de bem tombado e as limitações administrativas a que os imóveis desse entorno se sujeitam.

Trata-se de definições a cargo do órgão de proteção ao patrimônio histórico e cultural, no exercício de discricionariedade técnica. É dizer, compete ao IPHAN determinar, em relação a cada bem tombado, a respectiva área de entorno e as intervenções admitidas para os imóveis ali situados, sempre tendo em vista harmonizar as construções com o monumento objeto de proteção especial, evitando-se qualquer tipo de obra que, pelo seu estilo, característica ou altura, promova a quebra do equilíbrio do conjunto arquitetônico.

Dessa forma, entendo ser relevante neste momento a existência de decisão da Presidência do IPHAN (fls. 1042/1043) anulando a autorização concedida à obra pela Superintendência do IPHAN na Bahia, com base em Parecer Técnico bastante denso e fundamentado (fls. 1044/1057), que concluiu estar o imóvel inserido na área de entorno dos bens tombados Conjunto Arquitetônico e Paisagístico do Outeiro de Santo Antônio da Barra e Igreja Santo Antonio da Barra e representar impacto negativo em sua visibilidade e ambiência. A probabilidade do direito invocado pela parte autora, assim, torna-se robusta.

A suspensão da obra, nesse panorama, é medida que dá concreção a princípios basilares do Direito Ambiental: os *princípios da prevenção e da precaução*, que orientam a necessidade de adoção de providências acautelatórias em relação a atividades que possam trazer efeitos deletérios sobre o meio ambiente.

Não se pode olvidar que, uma vez consumado um dano ao meio ambiente (aí incluído o meio ambiente cultural), dificilmente será possível promover a sua recuperação para o estado originário — o que, no caso em apreço, é indubitado, ante a notória dificuldade de se promover a demolição de um edifício de mais de 100 metros de altura. Por isso a tônica da tutela ambiental deve consistir em evitar os riscos a esse bem jurídico tão valioso, sejam esses riscos certos ou apenas potenciais.

Observo que, embora tenha sido determinado administrativamente o embargo da obra, é prudente que este juízo igualmente determine a sua suspensão, pois não há notícia nos autos se o referido processo administrativo já se encerrou, ou se ainda há possibilidade de recurso por parte dos interessados.

Impende tecer, ainda, algumas considerações quanto aos dois outros pedidos liminares da parte autora e reiterados pelo MPF: a suspensão da comercialização das unidades habitacionais do empreendimento e a determinação aos réus que depositem em conta judicial os valores recebidos pelas unidades já vendidas, com a finalidade de preservar os interesses dos compradores.

A parte autora não tem legitimidade para tais pleitos, pela ausência de pertinência temática com a tutela dos direitos dos consumidores.

Quanto ao MPF, entendo que está legitimado apenas para o primeiro pleito, de suspensão das vendas de apartamentos do empreendimento, porque se cuida de tutela inibitória voltada à proteção de interesse dos consumidores em geral — interesse difuso. E, no particular, indiscutível a necessidade do seu acolhimento, para evitar que sejam vendidos imóveis que, ao final, podem não ser construídos.

No tocante ao pleito de depósito judicial do valor pago por aqueles que já adquiriram unidades, porém, tenho que se trata de tutela de interesses individuais de caráter disponível para a qual o MPF não está legitimado. Cumpre asseverar que o Ministério Público somente está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores quando haja *relevante interesse social na questão* (nesse sentido já decidiram tanto o STF como o STJ: RE 631.111, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014, DJe-213; REsp 1.209.633/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 4/5/2015).

Na situação em apreço, tem-se no máximo vinte e quatro adquirentes (se todas as unidades já tiverem sido vendidas, o que não parece ser o caso) de apartamentos de alto luxo — um reduzido grupo, portanto, cujos interesses não ostentam a necessária abrangência social para justificar sua defesa pelo Ministério Público.

Não se está com isso a desmerecer a situação desses consumidores, mas apenas a afirmar que a sua defesa não pode ser patrocinada pelo MPF.

[...]

2. Sustentam as agravantes, em síntese, que a ACP somente foi proposta em razão da contrariedade aos interesses da família Mariani, proprietários de imóvel próximo ao empreendimento; que a obra não está localizada no centro histórico, mas sim na Ladeira da Barra, bairro da Barra, em área com recuo lateral em relação ao frontispício

da orla, ao lado da qual se situam inúmeras outras construções de grande porte, inclusive da mesma altura e mais próximas de bens tombados; que a construção está devidamente autorizada pelo Iphan e pelo Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia – Ipac; que a autorização da Superintendência Estadual do Iphan na Bahia não poderia ter sido revogada com base em entendimento do Iphan nacional, à míngua da interposição de recurso administrativo, na forma do art. 20 do Decreto 6.844/2009 e do Regimento Interno do órgão (art. 108, III), devendo ser privilegiada a presunção de legalidade do ato administrativo já consumado e que já produziu efeitos aos beneficiários de boa-fé; que, apesar do disposto no art. 34, I, da Portaria 420/2010, a competência para cassar a autorização está reservada à autoridade administrativa que a concedeu, no caso o superintendente estadual do Iphan, sendo a competência do presidente daquele órgão meramente recursal (art. 39 da Portaria 420/2010); que a determinação de suspensão das obras é precipitada, uma vez que o prédio ainda não atingiu a altura por todos aceita, pois a perícia judicial concluiu que o empreendimento deveria ter 71,32m, e hoje ainda se encontra no quinto pavimento —15m aproximadamente —, que referida perícia não foi contestada pelo agravado; e que o que todas as partes defendem, inclusive o autor/agravado, não é a extinção do empreendimento, mas sim a sua readequação.

3. Ressalta a probabilidade de ocorrência de dano irreparável, consubstanciada no imenso abalo à imagem das agravantes perante o mercado e nos imensos prejuízos financeiros daí decorrentes, inclusive com ameaça de distrato por parte de alguns dos condôminos e por já estar provocando a demissão de funcionários.

4. Informa que por 5 vezes o pedido de concessão de medida liminar foi indeferido, decisões essas por mim confirmadas em sede de agravo de instrumento.

5. Requer, assim, a suspensão da decisão agravada, com a autorização para a retomada das obras ou, subsidiariamente, que seja autorizada a construção até que o edifício atinja a altura recomendada pelo perito (71,32m).

6. Manifestação do autor/agravado, fls. 1.367 e seguintes.

Autos conclusos, *decido*.

8. Esclareço, de início, que, de decisões anteriores no feito originário, o autor interpôs 3 Agravos de Instrumento, autuados sob os números 53762-38.2015.4.01.0000/BA, 65175-48.2015.4.01.0000/BA e 70766-88.2015.4.01.0000/BA.

9. No primeiro Agravo, de número 53762-38.2015.4.01.0000/BA, interposto de decisão que indeferira o pedido de concessão da medida liminar, fls. 612-616 destes autos, o agravante manifestou desistência, razão pela qual julguei prejudicado o recurso, sob o fundamento de que, “[...] ainda que tenha se retratado posteriormente e solicitado o prosseguimento do agravo de instrumento, entendo não ser possível acatar sua retratação, tendo em vista que a desistência já se consumou, ocorrendo a preclusão lógica, não sendo possível a desistência da desistência, bastando tão somente de ato homologatório para por fim ao recurso, entendimento esse que encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte”.

10. Posteriormente, a MM. juíza federal da 4ª Vara da Seção Judiciária da Bahia declarou a sua suspeição, revogou o despacho que indeferiu o pleito de reconsideração e determinou a remessa dos autos ao seu substituto legal (fl. 652).

11. Analisando o feito, o MM. juiz federal substituto postergou a apreciação do pedido de concessão de medida liminar para após a apresentação das contestações, fl. 661, decisão essa que foi objeto do Agravo de Instrumento 65175-48.2015.4.01.0000/BA, ocasião em que, de início, antecipei, em parte, a tutela recursal e determinei a suspensão da execução da obra de construção do empreendimento La Vue Ladeira da Barra e a comercialização de novas unidades, até que o juízo *a quo* apreciasse o pedido no feito de origem e, posteriormente, julguei prejudicado o recurso, tendo em vista a revogação do *decisum* agravado (fls. 706-708).

12. Dessa última decisão de primeiro grau, por sua vez, foi interposto o AI 70766-88.2015.4.01.0000/BA, cujo pleito de antecipação da tutela recursal foi por mim indeferido.

13. Passando ao exame deste agravo, tenho que, não obstante possa considerar pertinentes os argumentos trazidos pelas agravantes, em princípio, eles não são suficientes para infirmar os fundamentos da decisão agravada.

14. Analisando a inicial da ação civil pública, vê-se que o autor requer a suspensão imediata das obras do Edifício La Vue Ladeira da Barra e da comercialização das unidades habitacionais, bem como a nulidade, ao final,

das autorizações concedidas pela Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município de Salvador – Sucom e pelo Iphan/BA, fundamentando seu pedido na existência de vícios formais e no suposto comprometimento da “[...] visibilidade e ambiência de bens tombados pela União — a exemplo da Igreja de Santo Antonio da Barra e do Forte de São Diogo. Entretanto, discute-se, ainda, a ausência de realização de Estudo de Impacto de Vizinhança, bem como impacto negativo ao frontispício da cidade de Salvador, tendo em vista a altura do futuro edifício”, conforme citado na sentença.

15. A decisão agravada afastou a competência da Justiça Federal no que toca à legalidade do licenciamento da obra pelo Município de Salvador quanto ao impacto na vizinhança, no trânsito e na obediência ao gabarito fixado para aquela zona no plano diretor, permanecendo o Município de Salvador na lide tão somente porque eventual anulação da autorização do Iphan terá como consequência a anulação do alvará de licença expedido pela Sucom, por se tratar de ato complexo, já que referido alvará somente pôde ser editado após o aval do órgão federal de defesa do patrimônio histórico, caso em que, “O exame da adequação da altura do edifício, então, deve se dar em face de eventual prejuízo à visibilidade e ambiência dos bens tombados pelo IPHAN, e não quanto à obediência do disposto no PDDU e à preservação do *skyline* da cidade” (fls. 205-206), e não consta que tal ponto — incompetência da Justiça Federal — tenha sido impugnado, motivo pelo qual a questão aparentemente está preclusa.

16. Feitos esses esclarecimentos, tem-se que o ato judicial agravado não adentrou no exame de legalidade da decisão da Presidência do Iphan, que entendeu que o empreendimento estaria sendo construído na área de entorno de bens tombados pelo do Conjunto Arquitetônico e Paisagístico do Outeiro de Santo Antônio da Barra e Igreja Santo Antônio da Barra, com impacto negativo em sua visibilidade e ambiência, ou mesmo do ato do Iphan/BA, que autorizou a obra, porém considerou que, tendo em vista tal posicionamento, tais questões fariam incidir os princípios da prevenção e da precaução, a recomendar a paralisação das obras, razão pela qual entendo, em princípio, que também não caberia aqui e neste momento processual, decidir sobre a existência ou não de vícios formais nesses atos administrativos.

17. Assim analisando a questão, ressalto que o princípio da precaução tem aplicação nas hipóteses em que se vislumbra a possibilidade de ocorrência de dano ambiental, caso em que se busca obstar ou impor restrições à prática de atividades que têm potencial, pelo menos em tese, de causar danos aos bens jurídicos tutelados, com a adoção de medidas acatelasórias tais como maior rigor no licenciamento da atividade, a exigência de compensação ou mitigação do dano ou mesmo a sua suspensão até que afastado o risco.

18. No presente caso, temos um ato administrativo da superintendência do Iphan na Bahia que concedeu autorização para a realização do empreendimento, porém a Presidência do mesmo órgão anulou tal ato, com fundamento em parecer técnico do seu Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização (Depam), o qual entendeu que a edificação poderá interferir na paisagem urbana da Praia da Barra e comprometer a visibilidade de bens tombados, tais como a Igreja de Santo Antônio, o Outeiro de Santo Antônio e o Forte de Santa Maria.

19. Assim, com fundamento no princípio da precaução e tendo em vista a prevalência do interesse público sobre o particular, deve ser mantida a suspensão da edificação, até que se conclua pela interferência, ou não, do empreendimento sobre os bens públicos tombados, mesmo porque seria difícil, quando não impossível, o desfazimento (demolição) do edifício em caso de procedência final dos pedidos na ação civil pública.

20. Destaque-se, por fim, que a legalidade da decisão administrativa do presidente do Iphan não é discutida na ação civil pública, tanto que é objeto da Ação Ordinária 1009336-35.2017.4.01.3400/DF, ajuizada pelos ora agravantes pugnano pela invalidade do referido ato administrativo.

21. Portanto, a anulação da autorização da Superintendência do Iphan na Bahia pelo presidente do Iphan continua a produzir efeitos, razão pela qual eventual deferimento do pedido das agravantes poderia não ter o efeito prático desejado, qual seja, a retomada das obras do Edifício La Vue Ladeira da Barra.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal.

(Agravado de Instrumento 0073711-14.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 19/10/2017, p. 736)

## Agravo de Instrumento 0006904-75.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ajuizada por Marcelo Franco de Avelar e outros contra a União Federal e outros, em que se discute a legitimidade do registro imobiliário da área descrita nos autos.

O juízo monocrático indeferiu o pedido de concessão da tutela de urgência formulado nos aludidos autos, com estas letras:

Cuida-se de Ação sob o rito Ordinário, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por MARCELO FRANCO DE AVELAR, OTOGAMIS ANTONIO DE AVELAR, CESAR ACATAUASSU ALVES CORREA, ASSOCIAÇÃO MAÇONICA ATALAIA DE BRASÍLIA, ESPÓLIO DE INALDO SEABRA DE NORONHA, MARIA RACHEL DOS SANTOS THEDIGA, DEISE DE MELO JAIME AVELAR, CONDOMÍNIO JARDIM BOTÂNICO I, CONDOMÍNIO ESTÂNCIA JARDIM BOTÂNICO, CONDOMÍNIO ESTÂNCIA JARDIM BOTÂNICO II, CONDOMÍNIO JARDIM BOTÂNICO VI, CONDOMÍNIO MIRANTE DAS PAINEIRAS, CONDOMÍNIO JARDIM E PARQUE DAS PAINEIRAS contra a UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA, DISTRITO FEDERAL, LEA EMÍLIA BRAUNE PORTUGAL, COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA – TERRACAP e IBRAM/DF – INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HIDRÍCOS DO DISTRITO FEDERAL – BRASÍLIA AMBIENTAL objetivando: 80.1) suspender os efeitos das decisões administrativas do Juiz da Vara de Registros Públicos do DF, do Des. Corregedor Geral da Justiça do Distrito Federal e do Conselho Especial do TJDFT no exercício de suas funções administrativas que foram proferidas nos autos do Processo Adm. nº 2008.01.1.101123-5, até o julgamento de mérito desta ação ou da Ação de Demarcação de nº 3.526/86 – da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal; 80.2) a indisponibilidade da área de terras com 1.353.771,18m<sup>2</sup> caracterizada no Memorial Descritivo do Setor Habitacional Jardim Botânico – Etapa II – que engloba os condomínios conhecidos como Mirante das Paineiras, Jardim das Paineiras, Jardim Botânico I, Jardim Botânico VI e parte do Estância Jardim Botânico e Estância Jardim Botânico II, até o julgamento de mérito desta ação ou da Ação de Demarcação de nº 3.526/86 – da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, cuja decisão acauteladora deverá ser averbada na Matrícula nº 109.000 de titularidade da TERRACAP e nas Matrículas nºs 131.112, R.1/29.252, R.3/22.189, 54.604 (Av.2), 30.410, 34.897, 28.958, 3165, 30.886, 181112 e 28.542, todas do CRI-2º Ofício/DF, ou em outro registro imobiliário delas derivados, até o julgamento final da presente ação; 80.3) suspender, imediatamente, os efeitos da Cláusula Décima Oitava do TAC nº 002/2007, na parte onde fixou, ilegalmente, a data de 31/12/2006, para fins de alienação de venda direta dos lotes de terrenos regularizados, de propriedade da TERRACAP e localizado dentro dos limites da APA da Bacia do Rio São Bartolomeu, em razão de contrariar o disposto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.262/96, que foi declarado constitucional pelo STF, quando do julgamento da ADI nº 2.990-8; 80.4.1) *NO MÉRITO*: declarar a nulidade absoluta das decisões do Juiz da Vara de Registros Públicos do DF, do Des. Corregedor Geral da Justiça do Distrito Federal e do Conselho Especial do TJDFT no exercício de suas funções administrativas que foram proferidas nos autos do Processo Adm. nº 2008.01.1.101123-5, em razão de violação direta ao art. 5º, XXXVI e LIV, da CF/88, art. 1.245, §2º, do CCB, art. 225, da Lei nº 6.015/73, art. 6º, inc. I e 18, inc. III, alínea c, da Lei nº 6.766/79; 80.4.2) declarar a nulidade absoluta da Certificação do Georreferenciamento nº 280903000017-95, expedido pelo INCRA (SR/28), averbado na Matrícula nº 69.859 (Av. 4) e na Matrícula nº 109.000, ambas, do CRI 2º Ofício-DF, em razão de violação direta ao art. 5º, XXXVI e LIV, da CF/88, art. 1.245, §2º, do CCB, art. 225, da Lei nº 6.015/73, art. 6º, inc. I e 18, inc. III, alínea c, da Lei nº 6.766/79; 80.5) condenar a TERRACAP, o INCRA e a Oficiala Titular do CRI 2º Ofício-DF, Dra. LÉA EMÍLIA BRAUNE PORTUGAL ou seu substituto legal em obrigação de fazer, consistente em excluir da Certificação de Georreferenciamento nº 280603000017-95, a gleba de terras com 135,00 hectares do Setor Habitacional Jardim Botânico Etapa II, que foi incluída, indevidamente, nos registros imobiliários das Matrículas nºs 69.859 (Av. 4) e nº 109.000 daquela Serventia Extrajudicial, que consta do PA nº 2008.01.1.101123-5; 80.6) condenar a TERRACAP em obrigação de não fazer, determinando que o registro do Memorial de Loteamento Urbano do Setor Habitacional Jardim Botânico – Etapa II – localizado no lugar denominado “vertentes do Ribeirão Taboca”, na Região Administrativa do Jardim Botânico (RA XXVII), no perímetro do Distrito Federal só poderá ser concretizado, após julgado, definitivamente, o processo de Demarcação das Fazenda Papuda e Taboquinha nº 3.526/86, da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal; *ALTERNATIVAMENTE*: 80.7) caso V.Exª entenda que o registro do Memorial de Loteamento do Setor Habitacional Jardim Botânico Etapa II se trata de ato administrativo de interesse público relevante, havendo a necessidade de se cumprir a decisão administrativa proferida nos autos do PA nº 2008.01.1.101123-5, do Conselho Especial do TJDFT no exercício de suas funções administrativas, neste caso, tendo em vista que a CF/88 veda o confisco, então, requerem que seja: 80.7.1) determinado a TERRACAP que promova a indenização do valor atualizado da terra nua e de todas as benfeitorias erigidas pelos autores e seus associados nas áreas indicadas nas Matrículas nºs 131.112, R.1/29.252, R.3/22.189, 54.604 (Av.2), 30.410, 34.897, 28.958, 3165, 30.886, 181112 e 28.542, cujo valor deverá ser apurado em liquidação da sentença, ou ainda: 80.7.2) suspender, em caráter definitivo, os efeitos da Cláusula Décima Oitava do TAC nº 002/2007, e condenar a TERRACAP em obrigação de fazer, para que a alienação dos 1.225 lotes regularizados e localizados no SHJB ETAPA II (RAXXVII), no perímetro do Distrito Federal, sejam alienados, mediante venda direta, para todos os associados

dos Condomínios, ora demandantes, com estrita observância ao disposto no art. 3º, §2º, da Lei nº 9.262/96 e ao disposto no art. 4º, II da Lei Distrital nº 954/95, devendo deduzir do preço final da venda dos lotes o valor da posse dos imóveis que se encontram registrados nas Matrículas nºs 131.112, R.1/29.252, R.3/22.189, 54.604 (Av.2), 30.410, 34.897, 28.958, 3165, 30.886, 181112 e 28.542, todas do CRI-2º Ofício/DF, sob pagamento de multa diária a ser fixada por esse r. Juízo. (ff. 50/53).

Relatam que, em 12/08/2016, o Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis expediu a certidão da Matrícula nº 13.474, feita no dia 07/11/1979 em nome de IVAN ALVES CORREA, a qual abriga uma Gleba de terras com área de 160 hectares, situada no lugar denominado "Vertentes do Ribeirão taboca", na Fazenda Taboquinha, na Região Administrativa do Jardim Botânico (RA XXVII), no perímetro do Distrito Federal. Esta gleba de terra com 160 hec foi desmembrada e alienada em sua totalidade a diversos proprietários, entre eles, os Autores.

Descrevem as matrículas e suas titularidades respectivas da f. 07 a 14 da inicial e argumentam que os registros imobiliários feitos nas Matrículas nºs 13.747, 131.112, R.1/29.252, R.3/22.189, 54.604 (Av.2), 30.410, 34.897, 28.958, 3165, 30.886, 181112 e 28.542, todas no CRI-2º Ofício, é a certeza incontestável de que os seus titulares são os legítimos detentores do domínio das áreas ali declaradas, qual seja, "Vertentes do Ribeirão Taboca", na antiga Fazenda Taboquinha.

Alegam que a prova do domínio sobre imóvel é feita com o título aquisitivo (escritura de compra e venda, dação em pagamento, formal de partilha de inventário ou divórcio etc) devidamente registrado perante o cartório imobiliário competente, cuja eficácia, perante as partes contratantes ou terceiros deverá prevalecer, até que se prove em contrário, pois é isto que dispõe o art. 1245, § 2º do CC.

Informam que, em 20/02/75, a TERRACAP propôs a Ação de Reintegração de Posse nº 104/76 contra IVAN ALVES CORREA, antecessor dos Autores, Mat. Nº 13.474, que tramitou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública do DF, julgada improcedente, tendo a TERRACAP interposto Apelação, que, também, foi negada pelo colendo TJDF, opostos Embargos Infringentes na Apelação, também foi negado provimento.

Ressaltam, ainda, a existência de Ação de Demarcação com Queixa de Esbulho de nº 3.526/86, ajuizada pela TERRACAP contra IVAN ALVES CORREA e outros proprietários da Fazenda Taboquinha, isso, na condição de proprietária do imóvel rural denominado Fazenda Papuda, com área de 1.571,50 alqueires, ou seja, 7.606ha. 06,00ca, atualmente, registrado na Mat. nº 69.859 ou nº 109.000, ambas, do CRI – 2º Ofício do DF, alegando, a TERRACAP que, há confusão de limites entre os imóveis rurais denominados Fazenda Papuda (dominialidade pública) e Fazenda Taboquinha (dominialidade privada), cuja sentença foi pela procedência, tendo os Autores interposto o recurso de Apelação, cujo acórdão cassou a sentença e determinou o retorno dos autos à Vara de Origem, a fim de cumprir o art. 956 do CPC.

Contudo, dizem que não se sabe porque motivo, não a TERRACAP, mas um dos proprietários da fazenda Taboquinha (ANTONIO IGOR FERNANDES MACHADO), decidiu ingressar com Recurso Especial para reformar aquela decisão colegiada, entretanto, o seu recurso não foi admitido pelo Pres. do TJDF e o recurso de Agravo em Recurso Especial encontra-se, atualmente, conclusos com a Min. Assusete Magalhães, para julgamento.

Alegam que em desrespeito aos registros imobiliários dos Autores e desconsiderando a coisa julgada e sem observar que a Demarcatória pende de julgamento, a TERRACAP, em 02/04/09, requereu e conseguiu averbar a Certificação de Georreferenciamento nº 280903000017-95 da Fazenda Papuda, emitida pelo INCRA, e realizado pelo CRI-2º Ofício-DF. Dizem também que o CRI-2º Ofício-DF, no dia 05/05/2009 encerrou a Mat. nº 69.859 e criou uma nova Mat. identificada pelo nº 109.000, que abriga a gleba de terras do imóvel denominado Fazenda Papuda, com área de 7.246ha.62ª.75ca.

Arrola jurisprudência.

Acompanham a inicial procuração e documentos (ff.54/1.215).

Intimados o INCRA e a União sobre o interesse na lide, f. 1225. A União respondeu às ff. 1230/1232 com documentos de ff. 1233/1275.

O INCRA requereu dilação do prazo para responder, f. 1278.

[...]

A antecipação dos efeitos da tutela, na forma do art. 300 do CPC, somente poderá ser concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A União informou que "os imóveis em questão, localizados em áreas das Fazendas Taboquinha e Papuda, não são de propriedade da União, conforme Ofício nº 73802/2016-MP da Secretaria do Patrimônio da União(anexo)"(f. 1230). Assim explicou que "compete à União manter, legislar e organizar administrativamente o Poder Judiciário do Distrito Federal e Territórios, nos termos dos artigos 21, XIII e 22 e XVII da Constituição Federal [...]Dessa forma, considerando que o TJDF integra o Poder Judiciário da União, o processo deve tramitar perante a Justiça Federal, que possui a competência para analisar as questões relacionadas à União". (f. 1230-v). Essa afirmação traz à tona a necessidade de *definir os contornos da lide*, uma vez que os Autores, incluíram em seus pleitos *questões fundiárias* tais como: indisponibilidades área de terras não pertencentes à União (pedido 80.2); suspensão do TAC nº 002/2007, que trata de venda de terras da TERRACAP e/ou indenização a ser paga pela Terracap (pedidos 80.3 e 80.7.2); nulidade de Certificação de Georreferenciamento por abranger área indevida e exclusão desse Certificado do Registro, georreferenciamento este, diga-se, produzido em ação demarcatória

pendente de recurso (pedidos 80.4.2 e 80.5); Memorial de Loteamento a ser feito pela TERRACAP (pedido 80.6) ou a obrigação de indenizar (pedido 80.7).

No entanto, as disputas de áreas da localidade, os pedidos de indenização, a suspensão do TAC 002/2007, a alegada nulidade do certificado de georrefenciamento, nada tem a ver com as responsabilidades da União no tocante à prática de atos administrativos por meio da Vara de Registros Públicos do Distrito Federal. Assim, a presente lide só pode girar em torno dessa questão, qual seja: *erro formal praticado no registro dos imóveis por força de determinação da Vara de Registros Públicos*, nada mais. A par disso, revela-se inadequada a lide por dizer respeito a temas sobre os quais a Justiça Federal não tem competência para decidir.

Aliás, ao que parece todas as outras questões ou foram, ou estão sendo decididas, judicialmente, pelo Poder Judiciário do Distrito Federal, conforme explica a Parte Autora, parecendo, então, que apenas deseja recomençar a discussão nesta esfera do Poder Judiciário, na tentativa de obter provimento mais favorável, o que, sem dúvida, além de inadequado, conforme dito, só criaria mais embaraços na solução das antigas pendências que reclamam providências concretas e escorreitas. Como se vê, manifesta a incompetência da Justiça Federal para tratar de terras pertencentes à TERRACAP ou ao Distrito Federal, como também, quanto aos atos praticados pela Oficiala do 2º Registro de Imóveis do Distrito Federal, remanescendo, para a presente lide, apenas as alegadas invalidades praticadas pela Vara de Registros Públicos do Distrito Federal, na parte em que determina a concretização de registro imobiliário, na pendência de ação judicial na qual se resolve demarcação das mesmas áreas.

Com isso, devem sair da lide a COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA-TERRACAP, LEA BRAUNE e INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS DO DISTRITO FEDERAL-IBRAM/DF.

No mais, pretendem os Autores suspender os efeitos das decisões administrativas do Juiz da Vara de Registros Públicos do DF, do Des. Corregedor Geral da Justiça do Distrito Federal e do Conselho Especial do TJDFT, no exercício de suas funções administrativas, que foram proferidas nos autos do Processo Adm. nº 2008.01.1.101123-5, até o julgamento da Ação de Demarcação de nº 3.526/86 – da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal.

Contudo, neste momento processual, não é possível suspender decisões resguardadas pela presunção de legitimidade e legalidade, as quais revestem os atos administrativo de forma geral, tendo em vista exaradas por autoridades competentes no exercício de suas funções administrativas, a menos que seja encontrada ilegalidade nas decisões, o que, por ora, não se verifica. Por pertinente, transcrevo trecho da decisão proferida pelo Conselho Especial do TJDFT, em análise aos recursos administrativos interpostos pelos interessados (ff. 1.248/1258):

“Compulsando detidamente os autos, compostos de 23 volumes, verifico que a TERRACAP instruiu o pedido de registro com os documentos exigidos em lei, os quais, não é demais dizer, gozam de fé pública.

Com efeito, constam nos autos as certidões das matrículas relacionadas ao imóvel (fls. 8/15); declaração da loteadora de que o imóvel não faz parte do seu ativo permanente (fl. 16); Decreto Governamental nº 28.554 relativo à aprovação do projeto (fl. 135); Licença de Instalação emitida pelo Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos do Distrito Federal Brasília Ambiental – IBRAM (fl. 136); memoriais descritivos do imóvel e plantas relativas ao projeto de urbanismo (fls. 148/320); editais relativos ao pedido de loteamento (fls. 321/347).

Assim, entendo que foram satisfeitas as exigências legais para o registro do loteamento previstas no art. 18 da Lei nº 6.766/79, tendo a TERRACAP instruído regularmente o processo de inscrição do loteamento, observadas as exigências legais.”

[...]

Destarte, forçoso convir que a jurisdição contenciosa não é exercida no âmbito do Juízo Registrário, no qual prepondera a jurisdição voluntária. Assim, quando não demonstrado, *ictu oculi*, o direito dos impugnantes, procede-se ao registro, circunstância que não lhes retira o direito de buscar sua pretensão nas vias ordinárias, mediante a observância do devido processo legal e com a produção das provas necessárias à formação do convencimento do Juiz a respeito da validade do registro imobiliário.”

Por fim, a averbação da certificação de georreferenciamento da área em questão pode ocorrer, mesmo na pendência de recurso, uma vez que os registros podem ser retificados a qualquer momento sem danos para as partes, funcionando como execução provisória da sentença, providência encontrada no Código de Processo Civil. Assim, presume-se, tão logo a Demarcatória seja resolvida em caráter definitivo, os registros dos imóveis correspondentes também ganharam seus contornos definitivos. Aliás, pela narrativa da Parte Autora, o georrefenciamento em questão foi produzido no curso da Ação Demarcatória que dizem não ter transitado em julgado, caso em que, a discussão sobre os erros e desacertos contidos nele deve ser levada à própria ação em que produzido e utilizado.

Nesse contexto, sem os requisitos autorizadores, INDEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

*Exclua-se* da lide COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA-TERRACAP, LEA BRAUNE e INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS DO DISTRITO FEDERAL-IBRAM/DF, com retificação da atuação.

F. 1278 – Defiro o pedido do INCRA. Concedo-lhe, pois, o prazo de 15 dias para, tal como a União, dizer de seu interesse no feito.

Por ora, cite-se a União.

Em suas razões recursais, reiteram os recorrentes os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, pugnano, liminarmente, pela suspensão da eficácia da decisão agravada, no ponto em que ordenou a exclusão da Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap e da oficiala do CRI – 2º Ofício-DF (Léa Emília Braune Portugal) do polo passivo da demanda, bem assim, pela suspensão dos efeitos das “*decisões administrativas do Juiz da Vara de Registros Públicos do DF, do Des. Corregedor Geral da Justiça do Distrito Federal e do Conselho Especial do TJDF no exercício de suas funções administrativas que foram proferidas nos autos do Processo Adm. nº 2008.01.1.101123-5, até o julgamento de mérito desta ação ou da Ação de Demarcação de nº 3.526/86 – da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal*”, ordenando-se, também, a “*indisponibilidade da área de terras com 1.353.771,18m<sup>2</sup> caracterizada no Memorial Descritivo do Setor Habitacional Jardim Botânico – Etapa II*”.

Reservei-me para apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal, após a resposta dos recorridos, tendo-a apresentado, apenas, o Distrito Federal (fls. 1.560-1.566).

A União Federal e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra manifestaram o seu desinteresse no feito, sob o fundamento de que a discussão travada nos autos de origem não envolveria interesse federal, a justificar a sua intervenção no feito (fls. 1.622 e verso e 1.645 e verso).

Nesse mesmo sentido, posicionou-se a douta Procuradoria Regional da República (fls. 1.672 e verso).

Por intermédio da petição de fls. 1.674-1.681, os recorrentes notificaram a prejudicialidade da pretensão recursal, relativamente ao subitem 61.1 da peça inicial (manutenção da Terracap e da oficiala do CRI – 2º Ofício-DF do polo passivo demanda), insistindo, contudo, no deferimento do pleito inserido no item 61.2.

\*\*\*

Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC vigente, a autorizar a concessão, ainda que parcial, da pretensão recursal deduzida pelos recorrentes.

Registre-se, por oportuno, que, relativamente à pretendida suspensão dos efeitos das decisões administrativas do juiz da Vara de Registros Públicos do DF, do desembargador corregedor-geral da Justiça do Distrito Federal e do Conselho Especial do TJDF no exercício de suas funções administrativas, proferidas nos autos do Procedimento Administrativo 2008.01.1.101123-5, tais decisões foram tomadas no cumprimento de julgado prolatado no bojo da Ação de Demarcação 3.526/1986 – da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, razão por que, eventual desconformidade de tais registros com o referido julgado haveria de ser submetida, em princípio, à deliberação judicial do próprio juízo que ordenou a sua realização, no bojo daqueles mesmos autos.

Não se pode olvidar, contudo, que a discussão travada nos autos de origem envolve, também, suposta irregularidade do georreferenciamento levado a registro pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, a partir do qual teria ocorrido a sobreposição de áreas nos respectivos registros imobiliários, circunstância essa que evidencia a flagrante necessidade de realização de competente perícia técnica, para fins de aferição da efetiva ocorrência, ou não, de tal sobreposição, impondo-se, até lá, a adoção de medida acautelatória do direito vindicado nos autos de origem, sob pena de possível destinação ou alienação de tais áreas, antes mesmo de elucidados tais questionamentos, observado o contraditório e o devido processual legal.

Com estas considerações, *defiro, em parte*, o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para determinar a indisponibilidade da área de terras com 1.353.771,18m<sup>2</sup> caracterizada no Memorial Descritivo do Setor Habitacional Jardim Botânico – Etapa II, até ulterior deliberação judicial.

Determino, ainda, de logo, a realização de competente prova pericial, perante o juízo monocrático, para fins de esclarecimento da situação fática acima referida (ocorrência, ou não, de sobreposição de áreas nos registros imobiliários descritos nos autos), prestigiando-se, assim, o exercício da garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, incisos LIV e LV).

Comunique-se, com urgência, via e-mail, ao senhor oficial do 2º Ofício de Registro de Imóveis do Distrito Federal, para fins de competente averbação desta decisão nas Matrículas 131.112, R.1/29.252, R.3/22.189, 54.604 (Av. 2),

30.410, 34.897, 28.958, 3165, 30.886, 181112 e 28.542, todas do CRI-2º Ofício/DF, ou em outro registro imobiliário delas derivados, cientificando-se, também, ao juízo monocrático, na dimensão eficaz do art. 1.008 do CPC vigente.

(Agravado de Instrumento 0006904-75.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 13/10/2017, p. 2.046)

## Agravado de Instrumento 42087-20.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Em exame agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de ação civil pública, “aplicou pesada multa ao Distrito Federal e ainda majorou as astreintes [...]” (fl. 9).

Sustenta que “a eventual execução provisória das exorbitantes astreintes fixadas prejudicará, pela privação de escassos recursos públicos, a atuação do Distrito Federal em serviços essenciais à população [...]” (fl. 14) e requer, ao fim, a concessão de efeito suspensivo ao agravo.

A decisão impugnada por este agravo, proferida nos autos da Ação Civil Pública 2008.34.00.025634-3, já foi objeto de apreciação em outras ocasiões, uma vez que contra ela foram interpostos os Agravos de Instrumento de números 2009.01.00.000087-8, 2008.01.00.069923-2, 2008.01.00.069766-0.

Ao apreciar tais agravos proferi a seguinte decisão:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Distrito Federal contra a seguinte decisão proferida pelo Juízo Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA 2008.025634-3

- L I M I N A R -

I – O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer antecipação de tutela em Ação Civil Pública, ajuizada contra o DISTRITO FEDERAL, a TERRACAP, o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA e o INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE – ICMBio, na qual objetiva, liminarmente, que “a) todos os réus se abstenham de realizar qualquer ação, direta ou indiretamente, tendente à ocupação, edificação, realização de obras de infraestrutura ou de qualquer outra finalidade, exploração de recursos naturais, corte ou supressão de qualquer tipo de vegetação ou de realização de qualquer outra ação antrópica nos loteamentos clandestinos do SETOR HABITACIONAL ARNIQUEIRA, Região Administrativa de Taguatinga, sem autorização desse Juízo Federal, que será deferida somente em caso de urgência e necessidade devidamente comprovadas, ouvido previamente o Ministério Público Federal” e “b) à TERRACAP, IBAMA, ICMBio e Distrito Federal a apresentação e implementação, no prazo de 15 (quinze) dias, de programa de fiscalização integrada no SETOR HABITACIONAL ARNIQUEIRA, com cronograma físico anual dos trabalhos a serem realizados e apresentação de relatórios mensais sobre as ações empreendidas e irregularidades constadas.”

A ação fora proposta com amparo no art. 129, III e 225, “caput” e §§ 1º, 3º e 4º, da CF, e nas Leis 6.938/81 e 7.347/85, após apuração de procedimento administrativo instaurado no âmbito da Procuradoria da República no Distrito Federal. Busca desconstituir parcelamentos de solo para fins urbanos clandestinos e a condenação solidária dos réus pelos danos ambientais e urbanísticos causados até a desocupação da área ou, alternativamente, a condenação solidária dos réus ao ressarcimento dos danos ambientais e urbanísticos irreversíveis e à adoção de medidas mitigadoras e compensatórias, mediante procedimentos de licenciamento ambiental e regularização fundiária e urbanística do local, em razão de loteamentos clandestinos localizados nas Colônias Agrícolas Águas Claras, Arniqueira, Vereda da Cruz e Vereda Grande (Setor Habitacional Arniqueira), em imóveis de domínio da TERRACAP, totalmente inseridos na Área de Proteção Ambiental (APA) do Planalto Central, unidade de conservação de uso sustentável instituída por Decreto do Presidente da República de 10/01/2002, inicialmente administrada pelo IBAMA e, a partir de 2007, pelo Instituto Chico Mendes de Proteção da Biodiversidade – ICMBio.

Sustenta o Requerente, em resumo, que no decorrer da investigação ministerial constatou-se a proliferação descontrolada de loteamentos clandestinos para fins urbanos em áreas rurais e de proteção ambiental, contando com a omissão e ação ineficiente das autoridades públicas.

Informa que o documento técnico apresentado pelo Distrito Federal para justificar a revisão do atual Plano Diretor do Ordenamento Territorial (PDOT) omitiu a informação quanto à inclusão da Colônia Agrícola Águas Claras nos limites do Setor Arniqueira.

Argumenta que segundo o atual PDOT (Lei Complementar do DF nº 17/97) as Colônias Agrícolas que compõem o Setor Arniqueira encontram-se inseridas em Área Rural Remanescente, onde é vedado qualquer parcelamento para fins urbanos, estando prevista apenas a regularização daqueles existentes anteriormente ao PDOT.

Afirma que os órgãos e entidades públicos competentes, tanto federais quanto distritais, em casos como o presente, limitam-se a expedir autos de infração e termos de embargos administrativos, os quais não são monitorados e conseqüentemente ignorados e descumpridos, resultando no prosseguimento dos atos ilícitos, sem que os infratores sofram a aplicação de sanções mais rigorosas, como a demolição da obra.

Por fim, salienta a omissão do IBAMA e do ICMBio quanto à elaboração do Plano de Manejo da APA do Planalto Central, criada em 2002, a qual contribuiu para a ocorrência da presente situação, impondo a aplicação exclusiva do PDOT quanto ao zoneamento das atividades no âmbito dessa unidade de conservação.

Instados a se manifestar sobre a liminar requerida, nos termos do art. 2º, da Lei 8.437/92, o IBAMA e o ICMBio apresentaram contrariedade ao pedido (fls. 429/454), com o indeferimento da medida, sustentando que concordam com o pedido a da inicial, qual seja, o da abstenção de realização de qualquer ação tendente à ocupação, edificação, realização de obras de infraestrutura ou de qualquer outra finalidade, exploração de recursos naturais, corte ou supressão de qualquer tipo de vegetação ou de realização de qualquer outra ação antrópica nos loteamentos clandestinos do Setor Habitacional Arniqueira, Região Administrativa de Taguatinga, sem autorização desse Juízo Federal, haja vista tais ações fazerem parte de suas missões institucionais. Quanto ao pedido b, aduziram que não merece acolhida o pedido de apresentação e implementação, no prazo de 15 dias, de programa de fiscalização integrada no setor em comento, tanto pela impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário nas ações administrativas, como pela sua desnecessidade, vez que já se encontra em processo de criação plano de fiscalização conjunta, consoante faz prova as atas de reuniões recentes. Salienta que esse programa deve ser elaborado sem pressa, eis que é complexo e requer análise técnica aprofundada e vistórias, a fim de evitar prejuízos à atuação na proteção ambiental. Alegam que a fiscalização está sendo feita, não sendo nos moldes requeridos, mas em vias de sê-lo. Esclarece que, não obstante o Setor Habitacional Arniqueira tenha sido criado pela LCD 511, de 08/01/2002, a licença ambiental da região somente foi requerida no final de 2007, pelo Processo 02008.000.819/07-15, o qual está por ser indeferido por ausência de atendimento da solicitação feita à Terracap, de comprovação da titularidade do terreno, sendo que foi constatada a existência de parcelas de terras de propriedade da União. Afirmam que nem IBAMA nem ICMBio são responsáveis pela ocupação irregular da área, a qual iniciou-se na década passada, quando a fiscalização do IBAMA para o local era apenas supletiva. Por fim, asseveram que ambos atuam ativamente na defesa do meio ambiente, conforme se demonstra pelos autos de infração expedidos ao longo dessa década, após a criação da APA do Planalto Central, não se comprovando, pois, a alegada omissão.

A TERRACAP, em sua resposta preliminar (fls. 467/9), sustenta que, para o deferimento do primeiro pedido do Requerente, deveriam ser incluídas no processo as empresas públicas que atendem às solicitações da população com implantação de infra-estrutura, independente da comprovação de propriedade do imóvel, sendo elas a CEB, a CAESB e a NOVACAP, bem como devem constar do pólo passivo os atuais ocupantes e os parceladores das áreas inclusas no Setor Habitacional Arniqueira. Salienta que existe uma força tarefa constituída para prevenir, coibir e erradicar as ocupações ilegais do uso do solo em terras e imóveis pertencentes ao seu patrimônio, sendo, no entanto, inoportuno fornecer um cronograma específico de fiscalização da área objeto da causa para não alertar os invasores. Por fim, expõe que está atuando de forma decisiva a impedir novas alterações no bairro, principalmente com as atuações em conjunto com os órgãos do Distrito Federal.

O DISTRITO FEDERAL, às fls. 475/573, alega a inexistência da suposta omissão estatal ventilada na exordial, aduzindo que o Ministério Público Federal no Distrito Federal está desinformado acerca da real situação do Setor Habitacional Arniqueira e desconhece as operações de erradicação de parcelamento irregular que foram promovidas pelo Distrito Federal na área sub judice, bem como as diversas ações civis públicas que a Procuradoria-Geral do Distrito Federal aforou contra particulares ofensores, justamente para evitar a expansão das construções nas áreas especialmente protegidas, mormente nas áreas de preservação permanente, que funcionam como provedoras de recursos hídricos para a população do DF. Informa que a Procuradoria-Geral do DF, por meio da PROMAI, aforou no biênio 2006/07 uma dezena de ações civis públicas visando impedir parceladores de comercializar lotes na área em comento e proibir os atuais ocupantes de efetuar qualquer construção não licenciada ou ingressar com material de construção nas imediações dos locais objeto de especial proteção ambiental, tendo obtido, em todas as demandas, antecipação de tutela, para evitar o risco de expansão dos danos ambientais e determinar medidas emergenciais de sua recuperação. Aduz que a Agência de Fiscalização (AGEFI) e a Subsecretaria de Defesa do Solo e da Água têm sido implacáveis na região, tendo realizado uma série de operações de notificação, de demolição e de erradicação das construções realizadas nas áreas ambientalmente sensíveis, especialmente naquelas situadas às margens de mananciais. Assevera que eventual regularização da área só será possível após a alteração do PDOT, que está em fase de deliberação na Câmara Legislativa Distrital. Sustenta, ao final, que o risco de dano irreparável que o Requerente pretensamente antevê não passa de pura conjectura, expressa em razão do desconhecimento das providências administrativas e judiciais já tomadas, sendo que o cenário atual não admite mais qualquer alteração fática urbanística da região, sob pena de desobediência a ordens judiciais variadas.

Em face da decisão de fls. 576/9 foi realizada Inspeção Judicial, cujo “Auto Circunstanciado” se encontra a fls. 597/621, sendo intimadas as partes que participaram do ato para conhecimento de seu conteúdo (fls. 622).

Sobre o “Auto Circunstanciado” manifestou-se o IBAMA/ICMBio a fls. 630/644.

O Ministério Público Federal manifestou-se a fls. 645/6.

II – DECIDO.

1 – DOS FATOS

Pela decisão de fls. 576/9 restou consignado que “das alegações trazidas pelas partes conclui-se haver nítida divergência quanto aos fatos. Em resumo, o Ministério Público Federal-Autor sustenta haver a ‘proliferação descontrolada de loteamentos clandestinos para fins urbanos em áreas rurais e de proteção ambiental, contando com a omissão e ação ineficiente das autoridades públicas’, ao tempo em que os Réus, principalmente a TERRACAP e o DISTRITO FEDERAL, sustentam empreender atuação específica e concreta a prevenir, coibir e erradicar as ocupações ilegais, e até mesmo com notificação, demolição e erradicação das construções realizadas, inclusive com a propositura de ações judiciais a proibir qualquer construção na área de proteção ambiental, e a se evitar o respectivo dano ou sua expansão.”

O IBAMA e o ICMBio também refutaram as alegações de fato aduzidas pelo Autor, sustentando “a atuação pró-ativa dos órgãos ambientais em tela na defesa do meio ambiente, conforme se pode denotar dos autos de infração exarados ao longo dessa década (em anexo), após criação da APA do Planalto Central, demonstrando, inequivocamente, que não merecem prosperar as alegações do Ministério Público Federal no que tange à omissão dos Requeridos” (fls. 435).

Conquanto naquele momento processual este Juízo pudesse reconhecer “a patente e substancial controvérsia das alegações”, não sendo possível “uma percepção mínima da realidade dos fatos, e, em consequência, a inviabilizar qualquer decisão quanto à antecipação de tutela requerida, sob pena de se apoiar aquela decisão em premissas equivocadas a fragilizarem-na”, neste momento, porém, após a Inspeção Judicial, se dissipam as incertezas quanto aos fatos alegados pelo Ministério Público Federal e que levam ao reconhecimento da ocorrência de dano ambiental no Setor Habitacional Arniqueira-SHAr, e mais do que isso até, da elevada dimensão e intensidade em que caracterizada aquela situação.

A Inspeção Judicial realizada, e que contou com os representantes judiciais dos Requeridos, acompanhados de seus assistentes técnicos, foi suficiente em demonstrar, sem maior esforço, que a realidade ambiental no Setor Habitacional Arniqueira não tem a devida, necessária e adequada atenção dos órgãos públicos competentes. Não obstante não se possa afirmar que há total omissão do Poder Público na preservação ambiental naquela região, tal não implica em se reconhecer que as ações empreendidas na área sejam suficientes e apropriadas. Uma ou outra atuação fiscalizatória isolada nem de longe atende às reais necessidades de intervenção do poder público a se evitar o início de novos danos ambientais ou a progressão dos já existentes. Daí assistir razão ao Ministério Público Federal quando afirma ser ineficiente a ação das autoridades públicas.

Bem retrata esta constatação a normalidade com que, atual e intensivamente, se observam agressões ao meio ambiente no Setor Habitacional Arniqueira, com obras de edificações residenciais, comerciais e benfeitorias, ampliando ainda mais a destruição do pouco que ainda resta de preservação ambiental naquela localidade. Prova disso é o que se vê pelas fotos de fls. 19 a 47 (fls. 607/611, dos autos), e que apresentam um breve cenário do que ocorre naquela região, como na Chácara 18-G, com relatos de Técnicos do GDF sobre a situação, nestes termos:

“aterro em área de Preservação Permanente de córrego (faixa marginal de 30 metros, medidos em projeção horizontal a partir do leito de inundação) e sobre área brejosa (faixa marginal de 50 metros, medidos em projeção horizontal, a partir do limite brejoso), e acarreta supressão da vegetação nativa, introdução de espécies exóticas, desbarrancamento das margens do córrego Vereda da Cruz e assoreamento do referido corpo hídrico”. (fls. 599).

De igual modo, quanto ao que se passa na Chácara 463:

“a vereda é uma formação fitogeográfica encontrada no cerrado, e apresenta aspecto sempre verde, proporcionado pela intensa umidade presente durante todo ano. Outro fator que contribui para o seu aspecto agradável é o solo rico em matéria orgânica. O aterramento sobre solo hidromórfico, como no caso, visa permitir a utilização dessas áreas para edificações, intervenções típicas de parcelamento de solo em áreas úmidas e com solos saturados que, além de suprimir a vegetação nativa, impede a regeneração natural da flora e o afloramento natural de água, interferindo de forma negativa no balanço hídrico local. A prática do aterro também provoca a compactação do solo, o que dificulta a infiltração da água e o desenvolvimento do sistema radicular das plantas, reduzindo a infiltração de água, elevando o escoamento superficial - condições que propiciam o surgimento de processos erosivos e de assoreamento do manancial, contaminação e poluição da água por diferentes substâncias”. (fls. 600).

Cabe salientar que, na avaliação do próprio Governo do Distrito Federal, em documento técnico apresentado como justificativa para revisar o atual Plano Diretor do Ordenamento Territorial-PDOT, o Setor Habitacional Arniqueiras-SHAr é uma “área de frágil equilíbrio ecológico, localizada dentro da APA do Planalto Central que tem como órgão licenciador o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente-IBAMA” e que “possui um elevado grau de sensibilidade devido às suas características físicas e ambientais em Área de Proteção Permanente-APP, tais como: área de nascentes, marginais de cursos d’água, áreas de vereda, declividades superiores a 30%, entre outros aspectos”, conforme acentuado pelo Autor, a fls. 05/6.

De tal ordem é discreta e quase imperceptível a presença do Estado em coibir as construções e benfeitorias irregulares no Setor Habitacional Arniqueira, e que se proliferam sem controle, que as pessoas envolvidas com tais atividades nem ao menos demonstram qualquer preocupação com a presença da fiscalização de órgãos públicos naquela localidade. Por ocasião da Inspeção Judicial, o GDF, a TERRACAP e o IBAMA fizeram-se acompanhar por servidores ostensivamente identificados como agentes de fiscalização, inclusive portando coletes com tal informação, sendo notável a indiferença dispensada a tais agentes por operários que ali trabalhavam na construção de casas, fato presenciado por este Juiz. As fotos 18/21 e 31/2 (fls. 606/7 e 609) são suficientemente claras em demonstrar a situação. A ineficiência fiscalizatória do GDF, da TERRACAP e do IBAMA/ICMBio naquela região, substancialmente marcada pelo reduzidíssimo número de agentes de fiscalização, e que não conseguem acompanhar o avanço das construções e benfeitorias irregulares e das intensas agressões ambientais, é de tal modo caracterizada que a dimensão dos danos é facilmente reconhecida por qualquer pessoa, mesmo sem qualquer conhecimento técnico no trato ambiental.

O forte, marcante e descontrolado avanço das ocupações e edificações irregulares no SHAr, com total descaso à preservação ambiental, não encontra barreiras nem mesmo quando o poder público se faz concretamente presente ao enfrentamento do problema. Dois fatos bem evidenciam esta estarecedora realidade do desprezo ao Estado. O primeiro, decorrente das dificuldades enfrentadas pela fiscalização ambiental para desempenhar seu trabalho regularmente, nem mesmo lhe sendo franqueado acesso aos “condomínios fechados”, inclusive suportando violentas reações, como a que ocorreu com Fiscal da SUDESA/GDF, em episódio do dia 23 de setembro, quando, segundo relato, teve seu trabalho impedido de ser realizado por Policial Civil, empunhando arma de fogo, conforme registros a fls. 602, dos autos. Outra, a que se depreende da Chácara 28/81, localidade que, mesmo encontrando-se submetida a decisões judiciais severas de embargos de obras, apreensão de materiais e outras medidas inibitórias de ocupação do solo, desde 2005, hoje se apresenta como um condomínio já consolidado, com aproximadamente 60 casas.

Tais episódios traduzem o ostensivo desrespeito e indiferença aos Poderes do Estado: ao Legislativo pelo descumprimento às leis; ao Executivo, quando se subestima, enfrenta e intimida a fiscalização; e ao Judiciário pelo acintoso menosprezo às suas decisões. Esses registros do desprezo aos Poderes constituídos muito se aproximam dos casos de regiões do país que se constituíram em sociedades à margem da lei e da ordem, autênticos Estados paralelos, com grandes dificuldades do Poder Público em se reverter a situação.

Outro fator que é flagrantemente perceptível como elemento a agravar as agressões ambientais no SHAr, é o que decorre da inércia do Poder Público, especialmente do GDF e da TERRACAP, em combater a intensa especulação imobiliária na região, suficientemente demonstrada pelas fotos de 63 a 78 (fs. 614/6), inclusive quando noticiam a “não-venda” de terrenos, e a revelarem inteiro descaso com as restrições legais de proteção ambiental naquele local, em nada se aproximando referida especulação com a salvaguarda do direito social à moradia.

Aspecto que não comporta passar despercebido é a atuação dúbia do próprio Governo do Distrito Federal na região, às vezes confundindo-se com deliberada conivência naquele cenário de agressão ao meio ambiente. Ao mesmo tempo em que insiste em afirmar ser diligente no combate às irregularidades observadas no Setor Habitacional Arniqueira, conforme sua manifestação de fls. 475/483, o mesmo GDF vem promovendo obras de melhorias naquele Setor, como demonstram as fotos 103/5 (fls. 621), sendo de se registrar toda uma infra-estrutura já disponibilizada no local, como asfalto, calçada, iluminação pública, luz e água, iniciativas que, em realidade, restam por transmitir aos moradores daquela região a falsa idéia de que se trata de área de ocupação regular, sem qualquer impedimento das obras, construções e benfeitorias realizadas.

Sobre isso, importa acentuar as palavras do IBAMA/ICMBio, por ocasião da manifestação de fls. 435, destes autos:

“Ocorre que, até a presente data, o SHAr não possui qualquer licença ambiental expedida pelo IBAMA/DF, daí concluindo que as edificações lá existentes ou foram construídas sem a obtenção de alvará ou, se expedição pela Administração Distrital houve, ESTA SE REVESTE NUMA ILEGALIDADE, pois A UNIDADE DEPENDE DE LICENCIAMENTO DO TODO PARA REGULAR INSTALAÇÃO.” – grifei –.

Por isso, e mesmo nesta fase de exame preliminar, não é precipitado se admitir que, não bastasse a responsabilidade dos moradores por tal estado de coisas, não se pode deixar de considerar a importante parcela de responsabilidade também atribuída ao GDF e seus órgãos, assim como ao IBAMA e ao ICMBio, seja por omissão ou ineficiência em coibirem tão flagrante desrespeito às leis e à ordem, seja, no caso do GDF, também por iniciativas a estimularem a ocupação desordenada naquela região, tudo conforme se constata pelo teor do Auto Circunstanciado a fls. 597/621, e que possibilita conhecer a exata dimensão do quão intensos e atuais são os danos ambientais naquela localidade.

No plano dos fatos, assim, e já neste momento de análise preliminar, é incontestável e inequívoca a grave situação ambiental que se instaurou no Setor Habitacional Arniqueira, e que nada mais revela do que o descaso público e privado naquela região, onde é nítido o prevailecimento de interesses particulares sobre o interesse da coletividade, aí considerada toda a população do Distrito Federal e regiões adjacentes, a depender da preservação ambiental da APA Planalto Central, na qual se insere aquele Setor, como condição a contribuir, e mesmo permitir, um mínimo de qualidade de vida a seus habitantes.

## 2 – DOS FUNDAMENTOS

É indubitável que o Setor Habitacional Arniqueira insere-se na Área de Proteção Ambiental-APA do Planalto Central, criada pelo Decreto Presidencial de 10 de janeiro de 2002. Dispõe seu artigo 5º:

Decreto Presidencial de 10/01/2002

“Art. 5º Na APA do Planalto Central, ressalvado o disposto no art. 11 deste Decreto, o licenciamento ambiental e o respectivo supervisionamento dos demais processos dele decorrentes serão feitos pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, por intermédio de sua Gerência Executiva no Distrito Federal, no tocante às seguintes atividades:

- I - implantação de projetos de urbanização, novos loteamentos e expansão ou modificação daqueles já existentes;
- II - implantação ou expansão de serviços públicos de água, esgoto e energia elétrica;
- III - remoção de vegetação nativa em qualquer estágio de sucessão;
- IV - abertura de novas ou ampliação das vias de comunicação existentes;
- V - modificação de gabarito de construção, taxa máxima de ocupação e módulo mínimo de parcelamento do solo;
- VI - construção de diques e barragens nos cursos d’água; e
- VII - implantação ou execução de qualquer atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, nos termos da lei.

Parágrafo único. Serão ainda licenciadas e supervisionadas na forma estabelecida pelo caput deste artigo, as atividades previstas no art. 2º da Resolução CONAMA nº 001/86.”

No contexto legal ora descrito, fácil perceber que a intensa atividade de ocupação desordenada do solo, de construção de imóveis e toda a alteração ambiental constatada no Setor Habitacional Arniqueira-SHAr pela Inspeção Judicial, e por outras provas carreadas aos autos, por não contar com qualquer interveniência do IBAMA, encontra-se em flagrante contrariedade à lei. Como já destacado, é o próprio IBAMA quem afirma, que aquele “SHAr não possui qualquer licença ambiental expedida pelo IBAMA/DF”, inclusive acentuando que “as edificações lá existentes ou foram construídas sem a obtenção de alvará ou, se expedição pela Administração Distrital houve, esta se reveste numa ilegalidade, pois a unidade depende de licenciamento do todo para regular instalação.” (fls. 435).

Por sua vez, na Constituição Federal é definida a proteção e punição para as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- ... VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;”

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- ... III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- ... VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

... § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” – grifei – .

Dentre as áreas afetadas pelas edificações e benfeitorias realizadas no Setor Habitacional Arniqueira encontram-se as Áreas de Preservação Permanente-APP, e para as quais a Lei 4.771/65, que institui o Código Florestal, dá o seguinte tratamento:

LEI 4.771/65 (Código Florestal)

“Art. 1º...

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

... II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2o e 3o desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

... Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

1. de 30 (trinta) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;

... Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

§ 1º A supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2o deste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

... Art. 26. Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário-mínimo mensal, do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente:

a) destruir ou danificar a floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação ou utilizá-la com infringência das normas estabelecidas ou previstas nesta Lei;

b) cortar árvores em florestas de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente;”

A Lei 9.605/98 define como Crimes Ambientais as ocorrências retratadas nesta ação:

Lei 9.605/98

“Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Art. 40-A. (VETADO)

§ 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.”

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.” – grifei –.

[...]

“Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

[...]”.

Também na Lei 9.985/2000 há expressa previsão punitiva em relação aos danos ambientais:

Lei 9.985/2000

“Art. 38. A ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importem inobservância aos preceitos desta Lei e a seus regulamentos ou resultem em dano à flora, à fauna e aos demais atributos naturais das unidades de conservação, bem como às suas instalações e às zonas de amortecimento e corredores ecológicos, sujeitam os infratores às sanções previstas em lei.” – grifei – .

As normas ora destacados são suficientes em demonstrar que é farta a normatização a obstar o uso desmesurado de áreas de proteção ambiental, dispondo as autoridades públicas, assim, de instrumentos legais suficientes a intervir nos processos de dano ambiental, como os observados no Setor Habitacional Arniqueira, e, até mesmo, impedir o início de atividades que levem àquele resultado.

Quanto às atribuições legais conferidas ao IBAMA e ao Distrito Federal na proteção ambiental, tem-se as Leis 7.735/89, e a Lei Orgânica do DF:

LEI 7.735/89

“Art. 2º É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 11.516, 2007)

I - exercer o poder de polícia ambiental; (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

II - executar 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; e (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente. (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007).”- grifei - .

LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL

“Art. 16. É competência do Distrito Federal, em comum com a União:

I - zelar pela guarda da Constituição Federal, desta Lei Orgânica, das leis e das instituições democráticas;

... IV - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

V - preservar a fauna, a flora e o cerrado;

... Art. 278. 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 coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Parágrafo único. Entende-se por meio ambiente 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.

Art. 279. O Poder Público, assegurada a participação da coletividade, zelar pela conservação, proteção e recuperação do meio ambiente, coordenando e tornando efetivas as ações e recursos humanos, financeiros, materiais, técnicos e científicos dos órgãos da administração direta e indireta, e deverá:

I - planejar e desenvolver ações para a conservação, preservação, proteção, recuperação e fiscalização do meio ambiente;

... VI - exercer o controle e o combate da poluição ambiental;

... XII - licenciar e fiscalizar o desmatamento ou qualquer outra alteração da cobertura vegetal nativa, primitiva ou regenerada, bem como a exploração de recursos minerais;

XIII - promover medidas judiciais e administrativas necessárias para coibir danos ao meio ambiente, responsabilizados os servidores públicos pela mora ou falta de iniciativa;

XIV - colaborar e participar de planos e ações de interesse ambiental em âmbito nacional, regional e local;

... XVIII - conceder licenças, autorizações e fixar limitações administrativas relativas ao meio ambiente;

... XXIII - controlar e fiscalizar obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos que, direta ou indiretamente, possam causar degradação ao meio ambiente, bem como adotar medidas preventivas ou corretivas e aplicar sanções administrativas pertinentes.

Art. 280. As terras públicas, consideradas de interesse para a proteção ambiental, não poderão ser transferidas a particulares, a qualquer título.

Art. 281. O Poder Público poderá estabelecer restrições administrativas de uso de áreas privadas para fins de proteção a ecossistemas.” – grifei – .

E, em que pesem as atribuições legais conferidas aos Requeridos para o pleno exercício do poder de polícia ambiental, o que se observa no Setor Habitacional Arniqueira, em realidade, e salvo quanto a uma ou outra ação pontual e específica no combate às agressões ao meio ambiente, é a patente ausência do poder público, como evidenciam as provas dos autos. E essa ausência do Estado em enfrentar, com vontade, as irregularidades ambientais perpetradas, caracteriza-se tanto pela omissão propriamente dita, como, também, pela ação estatal ineficiente, às vezes, beirando as raias da cumplicidade, e que, de modo injustificável, resta por desatender à responsabilidade constitucionalmente conferida ao próprio Estado em seu dever de defender e preservar o meio-ambiente.

A propósito, cabe enfatizar que a notória ineficiência estatal no enfrentamento de situações como o caso dos autos resta por desencadear, junto à sociedade, a falsa idéia e impressão do abrandamento da lei, e a gerar a também falsa expectativa de que a tolerância do Estado possa legitimar condutas que se afastem da legalidade, as quais a todos, inclusive e principalmente ao próprio Estado, impõe-se coibir.

O caso concreto, assim, está a demandar providências judiciais no plano do que a doutrina moderna aborda como tutela inibitória, amparada no princípio da precaução, seja para impedir o início de novas agressões ambientais que resultem em danos daquela mesma natureza, seja para remoção do ilícito, reprimindo e freando a continuidade, o avanço ou o agravamento dos danos ambientais causados. A hipótese destes autos é, por isso, caso típico a comportar a imediata intervenção judicial, em um primeiro momento adotando-se medidas a obstarem o início ou continuidade das causas que resultem em danos ambientais, ou que lhe sejam potencialmente danosas, como a interrupção das edificações, obras e benfeitorias em curso e o impedimento de que novas se realizem. E, em um segundo momento, com a adoção de iniciativas a promoverem a recuperação das áreas degradadas, em todo caso, identificando-se tais ações como providência do resgate ao efetivo cumprimento da lei, nisso considerado todo o acervo legal já destacado nesta decisão.

### 3 – DISPOSITIVO DA DECISÃO

Postos estes registros a identificarem atividade nociva e decorrente da prática de ato ilícito, tanto pela ação de particulares como pela omissão e ineficiência do poder público, ressaí caracterizada, para fins de tutela antecipatória, a verossimilhança das alegações, e, no plano cautelar, a plausibilidade do direito invocado, e a demandarem a pronta atuação judicial a evitar, estancar ou reprimir danos ambientais irreparáveis ou de difícil reparação no Setor Habitacional Arniqueira-SHAr.

Em razão disso, presentes os pressupostos que a autorizam e com suporte nos artigos 11 e 12, da Lei 7.347/85, no artigo 84, da Lei 8.078/90 c/c o artigo 21, da Lei 7.347/85, e nos artigos 273, 461, §§ 3º, 4º e 5º, 798, 799 e 804, do CPC, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA determinando e definindo, em toda a área que constitui o Setor Habitacional Arniqueira-SHAr, o que segue:

#### EDIFICAÇÕES PARTICULARES

1 – ao GDF, à TERRACAP e ao IBAMA/ICMBio para que, adotando as medidas ínsitas ao pleno exercício do poder de polícia administrativa, inclusive com o embargo, demolição ou desconstituição:

1.1 - executem medidas concretas a impedir o início ou o prosseguimento de toda e qualquer ocupação irregular do solo, obra de edificação ou benfeitoria, em qualquer área do SHAr.

Prazo: 120 dias.

Multa: R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao Distrito Federal, à TERRACAP e ao IBAMA/ICMBio, individualmente, por cada parcelamento irregular do solo, construção ou benfeitoria em andamento após aquele prazo.

1.2 - removam qualquer tipo de edificação não habitada ou benfeitoria nas Áreas de Proteção Permanente-APP's;

Prazo: 180 dias.

Multa: R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao Distrito Federal, TERRACAP e IBAMA/ICMBio, individualmente, por cada edificação ou benfeitoria existente em APP's após decorrido aquele prazo.

#### OBRAS PÚBLICAS

2 – ao GDF, por quaisquer de seus órgãos, da administração direta ou indireta, inclusive por suas empresas públicas, destacadamente à CEB e à CAESB, para que, imediatamente, cessem qualquer obra pública ou serviço, novos ou de ampliação, salvo os de exclusivo interesse à manutenção ou reparação dos serviços essenciais já existentes, ou que sirvam para impedir a progressão dos danos ambientais na área.

Prazo: imediatamente.

Multa: R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ao órgão executante, por cada obra ou serviço em andamento após intimação da presente decisão.

#### “CONDOMÍNIOS FECHADOS”

3 – aos moradores de “condomínios fechados” para que adotem medidas concretas a facilitarem o livre e imediato acesso e trânsito dos agentes de fiscalização do GDF, TERRACAP e do IBAMA/ICMBio nas respectivas áreas comuns internas.

Prazo: imediatamente.

Multa: R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), rateados entre cada morador do “condomínio” em que a fiscalização local ou federal não teve a possibilidade de seu imediato acesso, sem prejuízo da providência definida no item 4, e da configuração do crime de desobediência (CPB, art. 330).

4 – ao GDF, TERRACAP e ao IBAMA/ICMBio para que, em cumprimento às medidas ínsitas ao pleno exercício do poder de polícia administrativa, e de modo a que não haja empecilhos à regular e eficaz fiscalização na área interna dos condomínios, e se não atendidas as providências do item anterior, para que removam qualquer obstáculo a impedir o trabalho da fiscalização, como trancas de portas e portões de acesso aos condomínios.

Prazo: imediatamente, após inobservado o item 3.

Multa: R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao Distrito Federal, à TERRACAP e ao IBAMA/ICMBio, individualmente, por cada condomínio em que a fiscalização não consiga livre e imediato acesso.

#### DIVULGAÇÃO DE RESTRIÇÕES NA REGIÃO

5 – ao GDF e ao IBAMA/ICMBio para que, cada um, providencie a instalação de, pelo menos, 05 placas/painéis de comunicação, tipo “outdoors”, com medidas como as que se vêem nas fotos 103 e 104, a fls. 621, fixadas em locais de maior trânsito de pessoas na região, dentre elas, nas áreas da “Prefeitura” (fls. 620) do comércio local (fls. 620) e do Posto Policial Militar de acesso ao SHAr.

As placas deverão conter o seguinte texto:

“Setor Habitacional Arniqueira-SHAr

Área de Proteção Ambiental-APA Planalto Central

É PROIBIDA QUALQUER CONSTRUÇÃO, BENFEITORIA OU RETIRADA DE VEGETAÇÃO NESTA REGIÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO IBAMA.

Infratores sujeitos a responsabilidade criminal e administrativa.”

Prazo: 30 dias.

Multa: R\$ 500,00 (quinhentos reais), por dia, por cada placa inexistente ou não mantida legível à distância.

#### FINANCIAMENTOS PARA OBRAS E CONSTRUÇÕES

6 – às instituições financeiras, públicas e privadas, para que não concedam qualquer linha de crédito identificada para obras, construções e benfeitorias, residenciais ou comerciais, na região do Setor Habitacional Arniqueira-SHAr.

Prazo: imediatamente.

Multa: R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) à instituição financeira contratante, por cada crédito concedido a partir da comunicação desta decisão.

#### INSTALAÇÕES DE TELEFONES FIXOS E TV POR ASSINATURA

7 – às empresas de prestação de serviços de telefonia fixa e TV’s por assinatura para que não contratem qualquer nova prestação de serviço na região.

Prazo: imediatamente.

Multa: R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada novo contrato realizado.

#### CORRETORES DE IMÓVEIS

8 – aos Corretores de Imóveis para que cumpram as vedações do exercício profissional na região, em face do disposto no artigo 20, V, VIII e IX, da Lei 6.530/78.

Prazo: 30 dias.

Multa: R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada imóvel, residencial ou comercial, anunciado ou com intermediação de compra e venda ou aluguel na região.

9 – ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis-CRECI/DF para que adote medidas ao efetivo cumprimento das vedações do exercício profissional na região, em face do disposto no artigo 20, V, VIII e IX, da Lei 6.530/78.

Prazo: 30 dias.

Multa: R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada profissional Corretor de Imóveis que descumpra as vedações do artigo 20, da Lei 6.530/78, sem prejuízo de os dirigentes do CRECI/DF responderem pelo crime de prevaricação (CPB, art. 319) e por improbidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 11).

#### ENGENHEIROS E ARQUITETOS

10 – aos Engenheiros e Arquitetos para que cumpram os deveres e vedações do exercício profissional na região, em face do disposto nos artigos 8º, VI, 9º, V e 10, V, e 13, do anexo do Código de Ética Profissional (Res. CONFEA 1002, de 26/11/2002), e salvo quanto às intervenções absolutamente necessárias em imóveis na região.

Prazo: 30 dias.

Multa: R\$ 1.000,00 (hum mil reais) por cada imóvel em que exercida respectiva atividade profissional.

11 – ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura-CREA/DF para que adote medidas ao cumprimento dos princípios, deveres e vedações do exercício profissional na região, em face do disposto nos artigos 8º, VI, 9º, V e 10, V, e 13, do anexo do Código de Ética Profissional (Res. CONFEA 1002, de 26/11/2002).

Prazo: 30 dias.

Multa: R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada profissional, Engenheiro ou Arquiteto que seja responsável por obra, construção ou benfeitoria na região, sem prejuízo de responsabilidade criminal e administrativa de dirigentes do CREA/DF, respectivamente, por prevaricação (CPB, art. 319) e por improbidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 11).

As multas ora definidas são de natureza processual e, portanto, sem nenhum prejuízo a multas administrativas que venham a ser impostas pela fiscalização com base na legislação ambiental.

III – PROVIDÊNCIAS DE CITAÇÃO, INTIMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO

1 – CITEM-SE e INTIMEM-SE as partes, por seus representantes legais.

2 – CITEM-SE e INTIMEM-SE por edital, com base no artigo 231, I e II, do CPC, os moradores e proprietários de imóveis residenciais e de estabelecimentos comerciais do Setor Habitacional Arniquireas.

3 – INTIMEM-SE, pessoalmente, para conhecimento desta decisão e cumprimento no que lhes couber:

- a Superintendente do IBAMA no Distrito Federal;
- o Superintendente do ICMBio no Distrito Federal;
- o Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal;
- o Secretário de Habitação e Meio-Ambiente do Distrito Federal;
- o Subsecretário da Subsecretaria de Defesa do Solo e da Água-SUDESA;
- o Presidente da TERRACAP;
- o Presidente da Companhia de Eletricidade de Brasília-CEB;
- o Presidente da Companhia de Água e Esgoto de Brasília-CAESB;
- o Superintendente da Caixa Econômica Federal no Distrito Federal;
- o Superintendente do Banco do Brasil no Distrito Federal;
- o Presidente do Banco de Brasília-BrB
- o Banco Central do Brasil, para dar conhecimento desta decisão aos bancos privados com agências nesta cidade.
- os dirigentes de empresas de telefonia fixa e TV por assinatura.

4 – INTIME-SE a UNIÃO para se manifestar se tem interesse na causa, em vista da alegação do IBAMA no sentido de haver terras de sua propriedade na área do Setor Habitacional Arniquireas, conforme vê-se, especificamente, a fls. 434.

5 – OFICIE-SE:

- ao Superintendente da Polícia Federal no Distrito Federal para conhecimento dos fatos e providências que entender cabíveis.

- ao Procurador-Geral do Ministério Público do Distrito Federal para conhecimento do fato narrado durante a Inspeção Judicial, envolvendo Policial Civil, e especificamente constante a fls. 601/2 (CPP, art. 40; Lei 7.347/85, art. 7º, e Lei 8.429/92).

- ao MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública da Justiça do Distrito Federal em face do que consta do Relatório de Inspeção Judicial a fls. 602, atinente ao descumprimento de decisão judicial nos autos da Ação Civil Pública 2005.01.1.088747-6, a fls. 513/4, destes autos.

Cumpra-se, imediatamente.

Brasília, 02 de dezembro de 2008.

ALEXANDRE VIDIGAL DE OLIVEIRA

Juiz Federal da 20ª Vara/DF”

O agravante Distrito Federal afirma que o Juízo parte de uma premissa equivocada relativa a uma suposta omissão administrativa no combate aos ilícitos urbanísticos e ambientais na área do Setor Habitacional Arniquirea, o que na verdade não corresponde à atuação do ente estatal, que vem atuando na esfera da fiscalização administrativa e, na formulação de pedidos judiciais para que seja determinado aos particulares a abstenção de qualquer atividade tendente a implantar ou dar consecução a construções ou novos loteamentos.

Argumenta que a decisão impõe obrigações de fazer e não-fazer, inclusive, a antes que não compõem o pólo passivo da demanda, a despeito de possuírem personalidade jurídica própria, citando como exemplos a CEB – empresa de energia elétrica e a CAESB – empresa de águas.

Assevera que a decisão distancia-se do pedido, ampliando-o e determinando ações que sequer foram objeto do pedido formulado na inicial, o qual limitou-se a requerer: (pet. Fl. 10)

“A todos os réus que se abstenham de realizar qualquer ação, direta ou indiretamente, tendente à ocupação, edificação, realização de obras de infraestrutura ou de qualquer outra finalidade, exploração de recursos naturais, corte ou supressão de qualquer tipo de vegetação ou de realização de qualquer outra ação antrópica nos loteamentos clandestinos do SETOR HABITACIONAL ARNIQUEIRA, Região Administrativa de Taguatinga, sem autorização desse Juízo Federal, que será deferida somente em caso de urgência e necessidade devidamente comprovadas, ouvido previamente o Ministério Público Federal;

À TERRACAP, IBAMA, ICMBio e Distrito Federal, a apresentação e implementação, no prazo de 15 dias, de programa de fiscalização integrada no SETOR HABITACIONAL ARNIQUEIRA, com cronograma físico anual dos trabalhos a serem realizados e apresentação de relatórios mensais sobre as ações empreendidas e irregularidades constatadas.”

Indica que, em relação ao primeiro pleito, não há qualquer dissociação entre o que foi postulado e o que foi deferido, o que todavia não se observa em relação ao segundo pedido, uma vez que ao invés “de ordenar que o Distrito Federal, o IBAMA e o ICMBio elaborassem e apresentassem programa de fiscalização integrada, o d. magistrado da 20ª Vara resolveu, ele próprio, elaborar o citado plano, tendo-o destrinchado em diversas obrigações de fazer e não fazer impostas ao Poder Público local sem previsão no pleito liminar encartado na peça vestibular (v.g, remover as construções realizadas em APP’s, desmobilizar obstáculos que tenham sido erguidos pelos moradores, apor placas na área, com especificação de conteúdo e do número, limitar a atuação de concessionárias de água e energia elétrica)

Aponta que tais determinações ou são qualificáveis como decisão extra petita, “qualitativamente diferente do que o autor efetivamente pediu, ou, ainda, em uma visão mais benéfica, como ultra petita, pois se vai muito além das postulações inibitórias formuladas pelo d. parquet, pois não foi requerido no pedido liminar que seja promovida remoção de obstáculos erigidos pelos moradores, que as edificações em APP’s sejam removidas ou que haja a instalação de placas com dizeres especificados pelo Juízo.

Prossegue argumentando que empresas privadas, ainda que inseridas na estrutura da Administração, por possuírem gestão autônoma e descentralizada, para serem obrigadas a submeter-se à decisão, deveriam integrar a lide, não cabendo ao Distrito Federal obrigar-lhes ou de alguma forma determinar-lhes o modo de atuação, tanto mais em demanda da qual não fazem parte.

Acrescenta, que ao contrário do que o Ministério Público Federal e o Juízo afirmam, não há omissão por parte do Distrito Federal, que tem combatido de forma sistemática a implantação de loteamentos clandestinos, o que pode ser comprovado por meio dos autos de infração lavrados pela fiscalização, bem como, por diversas ações civis públicas propostas com o objetivo de fazer cessar as construções irregulares e a implantação de novos empreendimentos, o que se não tem atingido o resultado esperado, não pode ser apontado como conduta omissiva.

*Por fim, assinala que a imposição das astreintes em patamar elevado como o foram, importará na imposição de dupla sanção à população do Distrito Federal, que além de ser obrigada a suportar a perda de terras públicas em razão da grilagem, ver-se-á compelida a recolher ao erário quantias significativas para os cofres públicos em razão de determinação judicial que, repisa, foi deferida ao arrepio de qualquer pedido formulado pela parte autora, o que a seu juízo já é bastante para que seja deferida a suspensão dos efeitos da decisão impugnada.*

Requer, assim, o deferimento de efeito suspensivo ao recurso ou, a concessão de antecipação de tutela recursal para revogar as disposições impugnadas.

É o relatório do essencial.

A decisão impugnada determina ao Governo do Distrito Federal e a diversos órgãos e instituições que possuem a atribuição de zelar pela observância à lei, bem como prestar serviços ou regular atividades em conformidade com a lei, que cumpram seu papel, o que realmente soa um tanto estranho, pois é de se esperar a correta atuação dos entes estatais, tanto mais quando os servidores públicos, ou todos aqueles envolvidos com a prestação de serviços públicos são passíveis de enquadramento em legislação criminal ou administrativa editada com o objetivo de sancionar condutas lesivas ao interesse e ao patrimônio público.

A despeito de tal pressuposto, o que se observa não só no Distrito Federal mas na totalidade das unidades federativas do país, aí compreendidos Estados e Municípios, é uma absoluta inobservância aos preceitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito, quais sejam, o reconhecimento de um Poder Estatal legitimado pela livre manifestação daqueles que residem no território e estão legitimados a escolher seus representantes para a consecução dos objetivos comuns de convivência daqueles que agregados formam o que a Teoria Geral do Estado denomina povo.

Agregue-se a tal ingrediente um território que é ocupado por uma população que possui de forma predominante esse povo, acrescentando o controvertido item soberania, que em razão de problemas observados em todo o mundo, tem observado mitigações por parte do direito internacional público, quer em relação à questão territórios, quer em face do conceito clássico de soberania.

No Brasil, pode-se partir da premissa de que o país agrega todos os itens essenciais previstos na teoria geral, o que conduz à conclusão de que os preceitos inscritos na Constituição Federal não representam mera dedução de idéias ou projetos a serem concretizados.

Oportuno citar a lição de Hely Lopes Meirelles sobre Estado :

“O Estado é constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo soberano. Povo é o componente humano do Estado; Território, a sua base física; Governo soberano, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do Povo. Não há nem pode haver Estado independente sem Soberania, isto é, sem esse poder absoluto, indivisível e incontestável de organizar-se e de conduzir-se segundo a vontade livre de seu Povo e de fazer cumprir as suas decisões inclusive pela força, se necessário. A vontade estatal apresenta-se e se manifesta através dos denominados Poderes de Estado.”

A definição de Estado fornecida por Pontes de Miranda é oportuna:

“8. DEFINIÇÃO DE ESTADO. – Diante das dificuldades de se definir, satisfatoriamente, o Estado, recorremos a método de lógica contemporânea, e os resultados que obtivemos em 1943 foram publicados em 1945 (Democracia, Liberdade, Igualdade, os três caminhos, 19-21). São os seguintes:

Cientificamente, o Estado é composto de relações. São relações que o fazem. Esse ponto é extremamente importante, no terreno gnosiológico: evita o realismo ingênuo, que fazia “coisa” o Estado; e o nominalismo, que o reduziria a um “nome”. Todavia, só nos hão de interessar algumas relações das que compõem o Estado. Para chegarmos ao cerne do que nos cabe estudar, comecemos por mostrar o que é o Estado e onde se operam, nele, em nossa época, as transformações. Pensamos que difícil de definir-se, o Estado pode, ainda assim, ser definido, cientificamente, em termos de relações.

Para não nos distanciarmos em exposição introdutória, contentemo-nos com cinco enunciados, indispensáveis ao trato científico da crise do Estado, o que se refere à estruturação constitucional.

(1) Ao fato de haver, entre dois pontos considerados, algo que, sem um deles, não ocorreria, chamamos relação. Os pontos – seres, fatos, figuras matemáticas, ou lógicas – são pólos ou termos.

“ $4 = 2 \times 2$ ” exprime relação.

“81 é quadrado de 9” exprime relação entre 9 e 81.

“Um grau é a 360ª parte de um círculo” exprime relação, definindo grau.

“os Babilônios usavam a numeração sexagesimal e dividiram o círculo em seis partes: por isso, ainda hoje dividimos os dias em 12 partes, e o círculo, que eles aprenderam a dividir em seis, tem 360 graus”. Tais proposições exprimem a relação entre a numeração babilônica, os sábios de Mileto e a criança branca ou negra, dos Estados Unidos da América e do Brasil, que nos fala de “graus”.

“A é filho de B” exprime relação.

A repulsa de DESCARTES a ARISTÓTELES, quando lhe impunham os seus professores, permitiu-lhe ver o mundo sem se envenenar de física infantil, aristotélica, de “entismo” (propensão filosófica cujas causas, neuróticas e sociais, PIERRE JANET e C. G. JUNG estudaram), e facultou-lhe ensinar a si e aos outros a verem e mostrarem relações.

(2) Ao fato de haver, entre o indivíduo e outrem probabilidade de proceder de certa maneira esse, ou de proceder de certa maneira aquele, chamamos relação social.

(Sem essa atitude de ciência exata e honesta, a partir dos fundamentos da Sociologia, toda escola sociológica cai em literatura estéril, inverificável ou superficial, mais ou menos pontilhada de banalidades antropológicas e históricas.)

(3) As relações sociais são: religiosas, morais, jurídicas, políticas, estéticas, econômicas, científicas, de moda, lingüísticas.

Quando o ourives A entrega a B o anel de C, para que o devolva a esse é que A conta com a honestidade de B; quer dizer – com a obediência de B a certo princípio moral que lhe veda tomar para si o que é de C e A lhe confiou. Tal obediência é relação social em que B é um dos pólos e o outro pólo é a sociedade. O psicólogo estuda essa relação por dentro do indivíduo; o sociólogo, por fora, como os Gregos procediam, quando aludiam, nesse caso, à “opinião popular”, à “apreciação justa”. Há probabilidade de B proceder honestamente.

(4) O fato (ou probabilidade), que há, entre o indivíduo e o poder público, de proceder esse, ou proceder aquele, de certa maneira, é a relação social de direito público entre eles,.

Se A deve mil cruzeiros de impostos, há entre A e o Estado relação jurídica: no caso, de direito público. As relações de direito privado entre eles supõem que o Estado se tenha inserto como pessoa de direito privado. (Certas organizações, como as feudais, privatizaram quase todo o direito.)

(5) O conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si, é o Estado.

Desde que cesse qualquer possibilidade de relações de tal espécie, o Estado desaparece.

Desde que ela surja, o Estado nasce.

As relações, que o fazem, não permanecem as mesmas desde o princípio. Mudam. Há transformação das relações que edificam o Estado e, pois, do Estado mesmo; de maneira que se assiste e se estuda, com os dados históricos, a evolução do Estado, em suas estruturas internas (contato com os indivíduos e instituições) e externas (contato com os outros Estados).

Ou porque vejam as relações que existem, ou porque assistam às mudanças, os indivíduos (sem indagarmos se um, muitos ou todos; se pelo costume, ou se pela lei escrita) adotam regras de direito, que são como canais fixos para a passagem das relações já existentes, ou para que tomem forma as relações novas.

Quando os indivíduos, que compõem o Estado, encontram fórmulas que sirvam para conter, empacotar, as relações, ou para as fazer inteligíveis a todos ou aos mais importantes dentre eles, ou lhes auxiliar a transformação, observa-se paz e tranqüilidade dentro do Estado. Dá-se o mesmo quanto às relações entre Estados, ditas periféricas.

Quando, em vez disso, o que ocorre é (a) a compressão, para que as relações, que compõem o Estado, não mudem, ou (b) a confusão, para que, em lugar da ordem, reine a desordem favorável a alguns, inclusive de grupos estrangeiros, em detrimento dos outros, ou do maior número – há a crise do Estado.

É inadmissível que a natureza, por si só, crie as crises do Estado. O que as faz é justamente a atuação individual, ou de grupos – “o mal” (diriam teólogos), procurando impedir, ou mudar, contra os fatos, a evolução e os destinos humanos.”

Por sua adequação ao tema, colaciono trecho do pensamento do eminente Norberto Bobbio sobre os Direitos do Homem e a Sociedade :

“[...] É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. Também “poder” – como, de resto, qualquer outro termo da linguagem política, a começar por “liberdade” – tem, conforme o contexto, uma conotação positiva e outra negativa. O exercício do poder pode ser considerado benéfico ou maléfico segundo os contextos históricos e segundo os diversos pontos de vista a partir dos quais esses contextos são considerados. Não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal.”

Da mesma obra, colaciono citação de Kant efetivada pelo mesmo autor :

“[...]15. Entre as inúmeras passagens de Kant que poderiam ser citadas para mostrar sua aversão ao Estado paternalista, que se atribui a tarefa de tornar os súditos felizes, escolho a seguinte, pelo seu caráter preciso e peremptório: “Um governo fundado no princípio da benevolência para com o povo, como é o caso do governo de um pai em face dos filhos, ou seja, um governo paternalista (*imperium paternale*), no qual os súditos, como filhos menores que não podem distinguir entre o que lhes é útil ou prejudicial, são obrigados a se comportar passivamente, para esperar que o chefe do Estado julgue de que modo eles devem ser felizes, esse governo é o pior despotismo que se possa imaginar”

Discorrendo sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, é adequado citar a sempre atual lição de Seabra Fagundes sobre a questão,

“86. O Estado, como entidade suprema, destinado ao exercício e coordenamento de atividades essenciais à vida coletiva, tendo de prover às condições de coexistência dos direitos e deveres individuais, bem como devendo proporcionar ao indivíduo uma média de bem-estar material e moral, necessita de meios para tornar efetiva a sua finalidade. Esses meios consistem na utilização de coisas e de serviços pessoais. Em alguns casos, é mediante processos assemelháveis aos empregados ordinariamente na vida civil que o Estado obtém serviços e adquire bens necessários ao desempenho das suas funções. É o que se passa quando o patrimônio público adquire o domínio pelo contrato de compra e venda ou obtém serviços de pessoa investida voluntariamente em função pública, mediante nomeação ou contrato. Noutros casos, para alcançar as suas finalidades, se mune de meios e recebe prestações, por meio de ônus e restrições especiais com que grava o patrimônio e a ação do indivíduo. Tais ônus e restrições que o Estado obriga o administrado, impondo-lhe deveres, dão origem a obrigações públicas, em que ele é o sujeito ativo e este o sujeito passivo. Embora regidas por um especial sistema jurídico, apresentam muitos pontos de contato com as obrigações civis. A obrigação pública pode ser positiva (obrigação de fazer ou de dar), negativa (obrigação de não fazer), ou mista (obrigação de suportar). Tanto num como noutro caso, contém uma ordem limitativa da liberdade pessoal ou dos direitos patrimoniais, a cuja obediência o indivíduo fica vinculado.

87. Só no direito positivo podem as obrigações públicas encontrar a sua fonte primária. As que nele não forem buscar a sua origem serão ilegítimas, pois que o Estado não tem direitos, nem poder, fora da ordem jurídica. Em alguns casos, a obrigação pública nasce unicamente da lei. Noutros casos, o texto legal é a fonte mediata, vindo o ato administrativo como fonte direta.

Em regra, as obrigações que se resolvem em prestações negativas nascem imediatamente com a vigência do texto legal. O mandamento proibitivo contido na lei obriga o indivíduo, independentemente de procedimento ulterior.

Entretanto, na grande maioria das obrigações públicas, embora a lei seja a fonte originária, o dever só nasce e se individualiza (i. e., incide sobre determinada pessoa) mediante ato administrativo. Este vem determinar ou definir as situações individuais, compreendidas nos termos genéricos da lei. É o que sucede, em geral, com as obrigações de dar. [...]

[...] 89. Quando se dá o choque entre a Administração e o indivíduo, na aferição prática dos pontos em que confinam o poder estatal de exigir e o dever individual de prestação, recusando-se o administrado a cumprir as suas obrigações públicas, torna-se preciso coagi-lo à obediências. Não seria possível admitir que a ação realizadora do direito, confiada à Administração Pública, ficasse sumariamente entravada pela simples oposição do indivíduo. Tem assim lugar a execução coativa da vontade do Estado.

À autoridade administrativa dá o legislador meios coercitivos, destinados a assegurar o cumprimento das suas determinações. Algumas vezes são leis gerais que estipulam os preceitos e as medidas utilizáveis nos casos de oposição ou desobediência. Outras vezes, mesmo no texto das leis especiais, se determinam as sanções a que dá lugar a sua inobservância. Tais medidas, imprescindíveis a tornar eficazes a norma legal e os atos administrativos, que, sem elas acabariam desautorados e inoperantes, podem classificar-se em meios diretos e indiretos de coerção administrativa. Os primeiros coíbem à realização imediata da prestação em espécie, tal como foi exigida, compelindo o administrado com o uso da força física sobre a pessoa ou sobre coisa, se se tratar de prestação infungível, ou, nos casos de prestações fungíveis, convertendo-as em outras de diferente natureza, a cuja execução do mesmo modo se obriga imediatamente o devedor. O seu emprego visa, dessarte, obter a plena satisfação das necessidades que motivaram o nascimento da obrigação. Tratando-se de obrigações de dar ou de não fazer, são de fácil uso para conseguir a prestação em espécie. Nos casos em que a obrigação consiste em prestar fato positivo, podem visar também ao ato específico, porém levam, com frequência, à transformação da prestação originária em outra, logo a seguir efetuada compulsoriamente.

Os meios indiretos sobrecarregam o infrator, majorando a prestação inicialmente exigida, ou criando o dever de outras prestações pela instituição de novas obrigações, além da primitiva.

Tendem a forçar o cumprimento da obrigação originária com sobrecargas. Revestem, assim, um caráter apenas intimidativo.[...]

[...] Tratando-se, no entanto, de relação jurídica, em que a Administração figure como sujeito ativo, o apelo ao Judiciário nem sempre é imprescindível. Em muitos casos, se impugnada a obrigação pelo administrado, pode a própria autoridade administrativa coagi-lo, submetendo-o à obediência. Essa é a denominada execução forçada em via administrativa. Advirta-se que, embora acarretando, às vezes, efeitos de certo modo irremediáveis, a execução por ato da própria Administração tem caráter provisório, porquanto fica sempre à mercê de ulterior apreciação jurisdicional, como oportunamente se verá. [...]

[...] Tal processo executório tem cabimento quando as circunstâncias indicam a necessidade premente da obtenção do fato ou coisa. Atua pela utilização, por parte do administrador, dos chamados meios diretos de coerção administrativa, a que aludimos no n. 8 anterior, de modo a tornar possível obter, por coação absoluta, a própria prestação exigida do administrado, ou, na sua impossibilidade, outra equivalente. A execução administrativa forçada pode dar-se por três modos:

- a) realização da própria prestação devida pelo obrigado (nas obrigações de fazer, de não fazer e de suportar) ou por terceiro (nas obrigações de fazer);
- b) conversão duma prestação em outra, fazendo incidir a ação administrativa sobre coisa de propriedade do devedor (nas obrigações de fazer e de não fazer);
- c) apreensão de coisa (nas obrigações de dar)."

*O Distrito Federal, agravante, sustenta que vem adotando todas as providências a seu alcance para impedir a proliferação das construções e outros atos irregulares, sendo incabível a medida deferida, tanto mais quando não houve pedido por parte do Ministério Público Federal para fossem adotadas medidas concretas, mas a determinação para a apresentação de plano de ação para contenção das irregularidades apontadas na petição inicial.*

Para examinar tal alegação, transcreverei o pedido de antecipação de tutela formulado:

"A todos os réus que se abstenham de realizar qualquer ação, direta ou indiretamente, tendente à ocupação, edificação, realização de obras de infraestrutura ou de qualquer outra finalidade, exploração de recursos naturais, corte ou supressão de qualquer tipo de vegetação ou de realização de qualquer outra ação antrópica nos loteamentos clandestinos do SETOR HABITACIONAL ARNIQUEIRA, Região Administrativa de Taguatinga, sem autorização desse Juízo Federal, que será deferida somente em caso de urgência e necessidade devidamente comprovadas, ouvido previamente o Ministério Público Federal;

À TERRACAP, IBAMA, ICMBio e Distrito Federal, a apresentação e implementação, no prazo de 15 dias, de programa de fiscalização integrada no SETOR HABITACIONAL ARNIQUEIRA, com cronograma físico anual dos trabalhos a serem realizados e apresentação de relatórios mensais sobre as ações empreendidas e irregularidades constatadas."

A decisão impugnada está fundada nos artigos 273 e 461 do CPC, sendo necessário à demonstração da legalidade da decisão, apenas a transcrição do caput e do §5º do artigo 461 do CPC:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]”

[...] §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

Como a medida pode ser deferida de ofício, desde que os atos sejam necessários à consecução da decisão ou efetivamente à obtenção ou garantia do resultado útil do processo, resta demonstrado que a pretensão recursal não apresenta nenhuma viabilidade quanto a pretensa motivação “extra ou ultra petita”.

Quanto à alegação de que a decisão contém determinações de caráter normativo, ofendendo a discricionariedade da Administração e, impondo metodologia e prazo de ação, não há como prosperar, também a pretensão, pois a leitura e o entendimento das disposições inscritas no decisor, apenas especificam um prazo para que as ações necessárias à consecução e observância da medida deferida possam ser colocadas em prática.

O prazo requerido pelo Ministério Público Federal foi de 15 (quinze) dias, enquanto o Magistrado concedeu 120 (cento e vinte dias) para que as instituições demandadas planejem, coordenem e efetivem as providências necessárias ao cumprimento da proibição de novas construções e da instituição de novos condomínios na região.

Ressalte-se que a determinação de demolição de construções em Área de Preservação Permanente é destinada apenas às construções não concluídas ou desabitadas até a data da decisão.

Não há risco de impor a qualquer dos que ocupam irregularmente a região a imediata perda de imóvel ou de alojamento que atualmente ocupem.

Ademais, acrescente-se que em relação a boa parte dos “empreendimentos”, o Distrito Federal demonstra possuir autorização judicial para a adoção de medidas coercitivas como demolição, apreensão de materiais e remoção de pessoas, o que torna incompreensível a insurgência, tanto mais, quando a Procuradoria do DF defende de forma veemente a observância à lei e afirma adotar com todas as suas forças as medidas a seu alcance para impedir o propagação das construções irregulares e implantação de novos loteamentos na cidade.

Em que pesem tais alegações, o que se observa é que formalmente, há de fato a adoção de providências, o que todavia não conduziu à adoção de medidas materiais, pois em um dos casos emblemáticos descritos pelo Juízo Monocrático, a obtenção pelo GDF de uma medida liminar em ação civil pública em 2005, não constituiu qualquer óbice à implantação de um condomínio na chácara apontada com espantosos 60 (sessenta) lotes construídos, sendo inequívoca a inoperância da Administração, que se não está à vontade para derrubar casas e outras construções sem a devida autorização judicial, bastaria ter solicitado ao Juízo que deferiu a medida liminar, para que o mesmo respaldasse a ação administrativa.

Quanto à alegação de que CEB, CAESB e outras empresas não são partes no processo, basta observar o que dispõe o artigo 14 do CPC em seu caput, para afastar a pretensão de que particulares ou a Administração descentralizada precise integrar a lide para estar subordinada à observância da legalidade, que no caso, demanda a realização de estudo de impacto ambiental e a emissão do seqüente relatório, que indicará as condicionantes e as medidas de compensação ambiental necessárias ao início da implementação de eventual regularização da área que é flagrantemente pública e indevidamente ocupada.

Acrescento que a matéria examinada envolve questão de direito ambiental, estando a natureza sendo flagrantemente violada pela ação dos particulares que, se não se preocupam em respeitar voluntariamente as regras do Estado ao qual fazem parte, que sejam compelidos pela possibilidade de atuação coercitiva deferida à autoridade Administrativa para fazer cessar as irregularidades, o que somente poderá ser alcançado com a atuação efetiva e conjunta dos diversos entes estatais envolvidos na obrigação de proteger o interesse público.

Em que pesem as alegações de que a cidade não possui planejamento territorial e outras argumentações que rotineiramente são lidas e ouvidas em meios de imprensa e por manifestações políticas, é conveniente observar que o Distrito Federal possui plano de ordenamento territorial, não podendo ser confundida a nova legislação aprovada perante a Câmara Legislativa com a edição de diploma legislativo que esteja inaugurando prática Administrativa.

Para melhor esclarecer, cito legislação de Ordenamento territorial vigente no Distrito Federal, qual seja, LEI COMPLEMENTAR Nº 17, DE 28 DE JANEIRO DE 1997.

Por ser local de recursos hídricos sensíveis, o Decreto Presidencial nº 10/2002, dedicou especial atenção a algumas localidades remanescentes de áreas rurais, dentre as quais, arniqueiras, razão pela qual, dada a oportunidade, colaciono trecho do referido decreto:

“DECRETO DE 10 DE JANEIRO DE 2002.

Cria a Área de Proteção Ambiental - APA do Planalto Central, no Distrito Federal e no Estado de Goiás, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 15 da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000,

DECRETA:

Art. 1º Fica criada a Área de Proteção Ambiental - APA do Planalto Central, localizada no Distrito Federal e no Estado de Goiás, com a finalidade de proteger os mananciais, regular o uso dos recursos hídricos e o parcelamento do solo, garantindo o uso racional dos recursos naturais e protegendo o patrimônio ambiental e cultural da região.

Art. 2º A APA do Planalto Central possui delimitação descrita a partir do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal - PDOT, publicado pelo Instituto de Planejamento Territorial e Urbano do Governo do Distrito Federal, em dezembro de 1997, das cartas topográficas em escala 1:25.000 do Sistema Cartográfico do Distrito Federal, e das cartas topográficas editadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística nas escalas 1:1.000.000 e 1:250.000, com o seguinte memorial descritivo: começa na interseção da linha divisória sul do Distrito Federal com o Rio Descoberto, ponto extremo sudoeste da divisa do Distrito Federal com Goiás (ponto 1); segue pelo Rio Descoberto, a jusante, acompanhando a divisa, até o extremo noroeste do Distrito Federal (ponto 2); segue pela linha divisória, em direção leste, até atingir o Rio do Sal (ponto 3); segue a jusante pelo Rio do Sal, até sua foz no Rio Maranhão (ponto 4); segue a jusante pelo Rio Maranhão até a confluência com o Córrego Cachoeira (ponto 5); segue a montante pelo Córrego Cachoeira, até sua nascente (ponto 6); segue pelo divisor de águas local entre o Córrego Fundo e o Ribeirão Cocal até atingir a estrada que vai para Planaltina de Goiás (ponto 7); segue por esta estrada, em direção ao Distrito Federal, até atingir a linha divisória entre Goiás e o Distrito Federal (ponto 8); segue contornando os limites do Distrito Federal, em sentido horário, até atingir o ponto em que esta cruza a BR-040 (ponto 9); segue pela BR-040 e pela DF-003, em direção norte, até atingir o limite da Zona Urbana de Consolidação de Brasília - Cruzeiro - Candangolândia - Núcleo Bandeirante - Setor de Mansões Parque Way - Lago Norte - Lago Sul - Paranoá, conforme definida no Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal (ponto 10); segue pelo limite desta Zona, no sentido anti-horário, até o ponto de coordenadas planas aproximadas E= 187.015 m e N= 8.257.160 m, situada no ponto de interseção com a Zona Urbana de Dinamização Guará - Núcleo Bandeirante - Brasília - Taguatinga - Ceilândia - Samambaia - Riacho Fundo - Recanto das Emas (ponto 11); segue no sentido anti-horário pelo limite desta Zona, até a interseção com a Zona Urbana de Dinamização do Gama (ponto 12); continua no sentido anti-horário, contornando o limite desta Zona, até atingir o limite da Zona Urbana de Dinamização de Santa Maria (ponto 13); continua pelo limite externo desta Zona, até atingir a divisa do Distrito Federal com Goiás (ponto 14); segue pela linha divisória do Distrito Federal, em direção oeste, até encontrar o Rio Descoberto, ponto inicial desta descrição.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, serão observadas as áreas urbanas já definidas pelo PDOT.

Art. 3º Fazem parte da APA do Planalto Central os seguintes polígonos, descritos de acordo com o PDOT, aprovado pela Lei Complementar do Distrito Federal nº 17, de 28 de janeiro de 1997:

- I - Área com Restrição Físico Ambiental do Entorno do Parque Nacional;
- II - Áreas Rurais Remanescentes do Vicente Pires;
- III - Área Rural Remanescente Taguatinga;
- IV - Área de Lazer Ecológico do Parque do Guará;
- V - Área Rural Remanescente Águas Claras;
- VI - Área Rural Remanescente Samambaia;
- VII - Área Rural Remanescente São José;
- VIII - Área Rural Remanescente Governador;
- IX - Área Rural Remanescente Vereda da Cruz;
- X - Área Rural Remanescente Bernardo Sayão;
- XI - Área Rural Remanescente Núcleo Bandeirante;
- XII - Área Rural Remanescente Vereda Grande;
- XIII - Área Rural Remanescente Arniqueira;
- XIV - Área Rural Remanescente Vargem da Benção;
- XV - Área Rural Remanescente Monjolo;
- XVI - Área Rural Remanescente Ponte Alta Norte (1);
- XVII - Área Rural Remanescente Ponte Alta Norte (2);
- XVIII - Área Rural Remanescente do Ribeirão Santa Maria;
- XIX - Área Rural Remanescente do Ribeirão Alagado;
- XX - Área Rural Remanescente do Córrego Crispim;
- XXI - Área de Proteção de Manancial do Córrego Currais;

- XXII - Área de Proteção de Manancial do Córrego Olho D'Água;
- XXIII - Área de Proteção de Manancial do Córrego Ponte de Terra;
- XXIV - Área de Proteção de Manancial do Ribeirão do Gama;
- XXV - Área de Proteção de Manancial do Ribeirão Alagado;
- XXVI - Área de Proteção de Manancial do Córrego Crispim;
- XXVII - Parque Boca da Mata;
- XXVIII - Zona Rural de Uso Controlado do Riacho Fundo;
- XXIX - Zona Urbana de Uso Controlado dos Combinados Agro-Urbanos;
- XXX - Reserva Ecológica do Guará; e
- XXXI - Zona de Conservação Ambiental do Santuário de Vida Silvestre do Riacho Fundo.

Parágrafo único. Com relação às áreas rurais remanescentes a que se referem os incisos II, V, VI, VII, VIII, IX, XII e XIII do caput deste artigo, serão estabelecidos requisitos específicos para o licenciamento ambiental, que considerem a situação de fato existente no local, conforme consta do levantamento aerofotogramétrico que constitui os Anexos II e III deste Decreto.

Art. 4º Ficam excluídas do perímetro citado no caput do art. 2º as APAs da Bacia do Rio Descoberto e da Bacia do Rio São Bartolomeu, criadas pelo Decreto nº 88.940, de 7 de novembro de 1983; o Parque Nacional de Brasília, criado pelo Decreto nº 241, de 29 de novembro de 1961; a Floresta Nacional de Brasília, criada pelo Decreto de 10 de junho de 1999; e as Zonas Urbanas de Consolidação de Sobradinho e Planaltina.

Art. 5º Na APA do Planalto Central, ressalvado o disposto no art. 11 deste Decreto, o licenciamento ambiental e o respectivo supervisionamento dos demais processos dele decorrentes serão feitos pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, por intermédio de sua Gerência Executiva no Distrito Federal, no tocante às seguintes atividades:

- I - implantação de projetos de urbanização, novos loteamentos e expansão ou modificação daqueles já existentes;
- II - implantação ou expansão de serviços públicos de água, esgoto e energia elétrica;
- III - remoção de vegetação nativa em qualquer estágio de sucessão;
- IV - abertura de novas ou ampliação das vias de comunicação existentes;
- V - modificação de gabarito de construção, taxa máxima de ocupação e módulo mínimo de parcelamento do solo;
- VI - construção de diques e barragens nos cursos d'água; e
- VII - implantação ou execução de qualquer atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, nos termos da lei.

Parágrafo único. Serão ainda licenciadas e supervisionadas na forma estabelecida pelo caput deste artigo, as atividades previstas no art. 2º da Resolução CONAMA nº 001/86.

Art. 6º Na APA do Planalto Central deverão ser adotadas medidas para recuperação de áreas degradadas e melhoria das condições de disposição e tratamento de efluentes e lixo.

Art. 7º A APA do Planalto Central será implantada, supervisionada, administrada e fiscalizada pelo IBAMA, em articulação com os demais órgãos federais, estaduais, do governo distrital, municipais e organizações não-governamentais, sendo adotadas as seguintes medidas:

- I - elaboração do zoneamento ecológico-econômico, a ser regulamentado por instrução normativa do IBAMA, definindo as atividades a serem permitidas ou incentivadas em cada zona e as que deverão ser restringidas e proibidas;
- II - utilização dos instrumentos legais e dos incentivos financeiros governamentais, para assegurar a proteção da biota, o uso racional do solo e outras medidas que visem salvaguardar os recursos ambientais;
- III - adoção de medidas legais destinadas a impedir ou evitar o exercício de atividades causadoras de degradação da qualidade ambiental;
- IV - divulgação deste Decreto, objetivando o esclarecimento da comunidade local e suas finalidades;
- V - incentivo à criação e reconhecimento de Reservas Particulares do Patrimônio Natural-RPPN, instituída pelo Decreto no 1.922, de 5 de junho de 1996, em propriedades inseridas, no todo ou em parte, nos limites da APA do Planalto Central.

Parágrafo único. O IBAMA, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, poderá firmar convênios e acordos com órgãos e entidades públicas ou privadas, sem prejuízo de sua competência, para gestão da APA do Planalto Central. [...]

Conveniente relacionar estudo sobre a bacia do Lago Paranoá que trata do Córrego Arniqueiras :

“MATERIAIS E MÉTODOS

Área de Estudo

O córrego Arniqueiras é tributário do Riacho Fundo, que por sua vez é tributário do Lago Paranoá. A sub-bacia do Arniqueiras faz parte das nascentes localizadas no divisor de águas da Bacia do Lago Paranoá com a Bacia do Rio Descoberto, no setor oeste do Distrito Federal.

Em relação ao uso e ocupação das terras, nos trabalhos de campo observou-se que toda a bacia do Córrego Arniqueiras é área de urbanização. O processo teve início na década de 90.

Antes desse período a bacia era uma colônia agrícola com a definição de parcelamentos de chácaras. Atualmente Arniqueiras caracteriza-se predominantemente pelo uso residencial, com processos de verticalização ainda pouco acentuados. Residências de médio padrão são mais freqüentes, embora sejam encontradas áreas com populações de renda mais baixa, principalmente, nas partes com maior declividade no terreno e próximas ao Córrego.

O censo o IBGE (2000) demonstra isso através dos dados sob o título de "Rendimento nominal mensal por pessoa responsável por domicílio particular", no qual o rendimento varia desde valores médios abaixo do salário mínimo – R\$ 267,24 até valores próximos a R\$ 2.538,06 (aproximadamente 6,7 salários mínimos).

#### Procedimentos Metodológicos

O trabalho consistiu na aquisição de material bibliográfico e cartográfico, estudando a integração das técnicas e métodos do geoprocessamento, para a conseqüente elaboração dos cruzamentos dos planos de informação para a definição desta Sub-bacia1 do Riacho Fundo, o Córrego Arniqueiras, como área de estudo. O critério que foi mais significativo para esta definição foi à expansão urbana desordenada nos últimos 20 anos.

Os planos de informação da bacia selecionada são oriundos das bases digitais da SEMARH – Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - e CODEPLAN - Companhia de Planejamento do Distrito Federal. De posse das informações primárias, outros planos de informação foram gerados. A partir da interpretação das curvas de nível e da hidrografia da região foi delimitada a bacia Hidrográfica do Córrego Arniqueiras.

Uma vez mapeada a área de estudo, foram realizadas incursões a campo, com a finalidade de registrar todos os aspectos pertinentes à dinâmica geográfica atual da bacia. Todas as informações de campo foram devidamente georreferenciadas. Sob a abordagem de legislação ambiental foram definidas as APPs (Áreas de Preservação Ambiental) da bacia, de acordo com o Código Florestal Brasileiro, Lei Nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Com base nas informações de altimetria das curvas de nível foi gerado o Modelo digital de Elevação, pelo método de Triângulos Irregulares - TIN e, a partir deste, foi gerado o mapa de declividade, o qual foi analisado através da proposta de Granell-Pérez (2001), com adaptações, na qual se estabelece a relação entre declividade, morfologia, processo de erosão e atividades, tabela 1. O mapa de declividade permitiu ainda a definição de APPs em função da declividade. Com base nesta tabela foi realizada a classificação do grau de vulnerabilidade da unidade territorial baseada nos processos de morfogênese e pedogênese. A vulnerabilidade é expressa pela atribuição de valores (de 1 a 3, em um total de 21 valores) para cada unidade de paisagem. Através desse processo metodológico foi possível elaborar cartas de vulnerabilidade natural à perda de solo a partir de um banco de dados, contendo as informações do meio físico e do uso da terra de uma determinada região.

Os valores próximos de 1 na escala de vulnerabilidade estão associados a pequenos ângulos de inclinação das encostas, prevalecendo assim os processos formadores de solo da pedogênese.

Outra análise realizada foi o risco à erosão, o qual foi mapeado pelo cruzamento entre declividade e vulnerabilidade dos solos da bacia. A escala de vulnerabilidade natural é expressa pela atribuição de valores de estabilidade para cada unidade, considerando o conceito de análise eco-dinâmica de Tricart (1977) conforme a tabela 2.

Os valores mais próximos de 3 estão associados a situações de maior declividade, prevalecendo os processos erosivos da morfogênese. Após a classificação de vulnerabilidade dos solos da bacia, foi atribuída uma nota para cada valor encontrado (cf, Tabela 3).

#### [...] RESULTADOS E DISCUSSÃO

Resultados preliminares foram obtidos, como a definição do divisor de águas da bacia, o mapa de declividades, os mapas de APPs, entre outros. No entanto, o primeiro resultado apresentado de acordo com os cruzamentos realizados com base nos planos de informação, pode ser considerado o que foi definido como mapa de unidades geoambientais (figura 4).

O mapa de uso da terra, consolidado também, é um resultado que merece atenção em função do procedimento adotado, pois é resultado da interação entre imagem de satélite e fotos aéreas, o que permitiu um maior grau de confiabilidade (figura 5).

A partir da definição destes mapeamentos preliminares e que serviram como base para a análise do espaço geográfico proposto, partiu-se para a interação dos estudos, aqui definidos como "geoambientais" e a sobreposição com as informações do meio socioeconômico. Para isso, foram utilizados os dados do censo de 2000, realizado pelo IBGE, analisando a Densidade Populacional, Perfil Econômico e a Infra-Estrutura (Saneamento). O uso do solo é o primeiro fator necessário para a análise da ação humana no local e para isso além das informações oriundas das imagens de SPOT e das aerofotos da área, as fotografias capturadas durante as atividades de campo foram importantes.

Na observação de campo da Sub-Bacia do Riacho Fundo – Córrego Arniquireiras, o primeiro impacto e conseqüentemente a primeira impressão que fica, é o contraste entre a cidade “legal” – Águas Claras, que está situada na sub-bacia vizinha pela margem esquerda do córrego Arniquireiras, a qual conta com o uso do solo legalizado, com um processo urbano de edificações verticalizadas, e urbanização com toda infra-estrutura e serviços já implantados, ainda que na atualidade já apresente sintomas de falta de planejamento em função da densidade urbana, e ao lado, a bacia em análise neste trabalho, a urbanização informal e desordenada com seus problemas de arruamentos precários (Figura 6).

Nesta cidade informal encontramos moradias de autoconstruções, muitas vezes executadas em patamares recortados, sem qualquer tipo de obras de contenção, em taludes, podendo levar futuramente a possíveis processos erosivos significativos (Figura 7).

As ruas se encontram sem pavimentação adequada e sem a infra-estrutura urbana básica, geralmente com grandes declividades funcionando como um leito artificial no período das chuvas, carreando material em suspensão.

Uma forma de corroborar com a observação de campo partiram da análise dos dados do Censo Demográfico (Ano 2000) do IBGE, que traduz a falta de infra-estrutura, ao quantificar o número de domicílios com fornecimento de água, sob o título de “Domicílios particulares permanentes com abastecimento de água da rede geral” que informa o total de domicílios permanentes na área de estudo (4.213). Tem-se aproximadamente 52,7% (2.220) abastecidos com água da rede geral, enquanto 20,14% (861) são abastecidos com água de poço ou nascente.

Entretanto, fica a dúvida quanto à forma de abastecimento do restante dos domicílios da área analisada 27,16% (1.132), uma vez que o senso não traz nenhuma informação oficial sobre as mesmas. Ao que tudo indica seguem o caminho da informalidade.

Outro fator que denuncia a falta de infra-estrutura é o esgoto que corre a céu aberto, aumentando a probabilidade de problemas de saúde pública, além da poluição das águas superficiais do córrego. (Figura 8).

No entanto, além da questão de ausência de saneamento básico evidenciada anteriormente, o espaço no entorno das moradias é, em muitos casos, utilizado como depósito de lixo e entulhos, descartados pelos próprios moradores, podendo também causar graves problemas de saúde pública. Além do fato do lixo que, ao ser carregado durante as chuvas, causa danos aos recursos hídricos (Figura 9).

É importante ressaltar que, em uma análise mais detalhada aos mapas elaborados, observou-se que muitas das residências estão alocadas sobre áreas de nascentes, o que colabora para aumentar o risco da poluição do subsolo e conseqüentemente das águas, tanto superficiais quanto subterrâneas.

É interessante registrar que, ao analisar o censo do IBGE, novamente as observações de campo se confirmam. Pois, o dado do IBGE, ao tratar a questão da coleta de lixo, informa que aproximadamente 81,5% (3.433) das residências possuem coleta de lixo, enquanto aproximadamente 4,2% (178) das residências queimam o seu lixo na própria propriedade e aproximadamente 0,3% (14) enterram o lixo na propriedade. Já, aproximadamente, 0,97% (41) dos domicílios jogam o lixo em terrenos baldios.

Assim, embora haja uma grande porcentagem de domicílios com coleta de lixo, pode-se notar que apesar de ser pequena a porcentagem de domicílios sem coleta onde há lixo queimado contribuindo para a poluição do ar, lixo enterrado poluindo o subsolo e lixo jogado em terrenos baldios se transformando em poluição visual e podendo ser carregado para os córregos próximos.

Esses fatos são o suficiente para contribuir com o aspecto de degradação ambiental e conseqüentemente a degradação da qualidade de vida da população lá encontrada.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise e interação dos mapas de Uso da Terra Consolidada e de Unidades Geoambientais pôde ser observado que existe ocorrência de construções habitacionais invadindo a Área de Preservação Permanente. Construções essas, que estão localizadas em áreas de solo Hidromórfico, sendo estes frágeis, podendo haver deslizamentos e desabamentos na região.

Algumas áreas de alto risco de erosão estão sendo ocupadas, em um processo que tende a se intensificar cada vez mais ao longo do tempo, provavelmente devido à falta de fiscalização no local.

Boa parte das nascentes foi extintas fator este, melhor percebido através da visualização da Foto Aérea. A intensa ocupação urbana degradou alguns braços do córrego, principalmente nas áreas próximas às nascentes, o que extinguiu algumas delas.

Através dos estudos de campos realizados, foi verificada a ação antrópica sobre a vegetação na beira do córrego Arniquireiras. Existe lixo, esgoto, desmatamento e grande exposição do solo ao longo do curso d'água, ocasionando assoreamento do mesmo e conseqüentemente uma redução da biodiversidade local.

Foram identificadas, através das fotos tiradas no local, algumas plantas nativas do Cerrado como: Lobeira (*Solanum lycocarpum*), Embaúba (*Cecropia pachystachya*), Buriti (*Mauritia flexuosa*) e Tucaneiro (*Vochysia tucanorum*), que é uma planta bio-indicadora de água. Também foram encontradas plantas invasoras, tais como Eucalipto (*Eucalyptus citriodora*),

Taquara (*Guadua paniculate*), Bambú (*Bambusa vulgaris*), Mamona (*Ricinus communis*), além de algumas árvores frutíferas, como Banana (*Musa paradisiaca*), Manga (*Mangifera indica*). As informações sobre a Fitogeografia do lugar são importantes, pois a cobertura vegetal representa a defesa da unidade de paisagem contra os efeitos da erosão.

A cobertura vegetal retarda o ingresso das águas provenientes das precipitações pluviais nas correntes de drenagem, devido ao aumento da capacidade de infiltração. Os processos morfogenéticos relacionam-se a cobertura do terreno mais baixa, enquanto que os processos pedogenéticos ocorrem em situações onde a cobertura vegetal mais densa permite o desenvolvimento e maturação do solo.

Isto posto pode-se diagnosticar falta de Planejamento Urbano pelo poder público para esta área e que a ação da Gestão Urbana da mesma é basicamente contornar, sem dar solução aos problemas ali existentes, tornando-se esta omissão uma forma de política pública de “não fazer”.

Assim, ao realizar esta análise embasada em dados, mapas, fotos aéreas e observação de campo, demonstramos ter alcançado o principal objetivo deste artigo que é, através do uso deste ferramental, realizar a análise de uso e ocupação do solo, percebendo e entendendo através da interpretação dos dados, os impactos da ação e ocupação humana dos espaços sobre o meio ambiente.

Em função da velocidade de transformação dos espaços urbanos do Distrito Federal, ou seja, em pouco tempo, as áreas passam por rupturas significativas em seus espaços. Seria adequado recomendar medidas de monitoramento das áreas de expansão urbana no contexto de bacia hidrográfica. Provavelmente esta medida possa servir como instrumento de gestão futura e reparação dos danos já causados.

#### REFERÊNCIAS

AZEVEDO, J. M.L., A educação como política pública. 2. ed. ampl. – Campinas, SP: Autores Associados, 2001 – (Coleção polêmicas do nosso tempo; vol.56).

AUZELLE, R. Chaves do Urbanismo. Tradução de Joel Silveira, Coleção Chaves da Cultura Atual, v.4, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1972.

CORRÊA, R. L. Espaço: um conceito-chave da Geografia. In Geografia: conceitos e temas. Org. Iná Elias de Castro, Paulo César da Costa Gomes, Roberto Lobato Corrêa. 8ª ed. – Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2006.

CREPANI; MEDEIROS; FILHO; FLORENZANO; DUARTE e BARBOSA. Sensoriamento Remoto e Geoprocessamento Aplicados ao Zoneamento Ecológico-Econômico e ao Ordenamento Territorial. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE. São José dos Campos. 2001. Disponível em <http://www.dsr.inpe.br/dsr/simeao/Publicacoes/SERGISZEE3.pdf>, acesso em 14/11/2007

DAOU, G. C. J. Políticas públicas urbanas da infra-estrutura dos serviços telemáticos – conceito, estrutura e legislação. Dissertação de Mestrado, São Carlos, Escola da Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 2006.

GEIGER, P. G. A urbanização brasileira nos novos contextos contemporâneos, in GONÇALVES, Maria F. (org.). O novo Brasil urbano: impasses, dilemas, perspectivas, Porto Alegre: Mercado Aberto, 1995.

GONÇALVES, M. F. (org.). O novo Brasil urbano: impasses, dilemas, perspectivas, Porto Alegre: Mercado Aberto, 1995.

GRANELL-PÉREZ, M. Del C.. Trabalhando Geografia com cartas topográficas, 2ª ed. Porto Alegre: Unijui, 2004.

HATTNER, H.. Planejamento urbano e regional. 2ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1978.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2000: Agregado por setores censitários dos resultados do universo. IBGE, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2003.

Análise socioambiental da bacia do córrego Arniqueiras no Distrito Federal Valdir Steinke e outros Caminhos de Geografia Uberlândia v. 9, n. 26 Jun/2008 p. 201 - 228 Página 228.

OLIGARI, T. C. O Sistema de Planejamento Territorial e Urbano do Distrito Federal a partir da Década de 90: Uma avaliação dos Planos Diretores Locais de Sobradinho e Taguatinga. Dissertação de mestrado. Departamento de Urbanismo – DeU da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo – FAU/UnB, 2002.

REIS, N. G. Contribuição ao estudo da evolução urbana do Brasil (1500/1720). 2 ed. rev. E ampl. – São Paulo: Pini, 2000.

RODRIGUES, A. M. Moradia nas cidades brasileiras. 4ª ed. São Paulo: Contexto, 1991. (Coleção Repensando a geografia).

SANTOS, M. Os Caminhos da Reflexão sobre Cidade Urbana. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1992.

SOUZA, M. L. Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas. Rio de Janeiro: Bertrand, Brasil, 2002.

ZMITROWICZ, W. ANGELIS NETO, G. de. Infra-estrutura urbana, anotações de aula, TT/PCC/17. 1997, Politécnica, Universidade de São Paulo.

É o momento de relembrar que em questão de danos ambientais, especialmente em áreas de situação hídrica tão sensível como o Distrito Federal, o princípio da precaução deve nortear as ações governamentais e da população em geral, sendo mais um impeditivo de acolhimento da pretensão deduzida pelo Distrito Federal.

*As multas têm o valor e a relevância que a situação recomenda, pois não é possível assistir de forma passiva à instalação e consolidação de mais um parcelamento em área rural, de nascentes e com manifesto prejuízo para o abastecimento de água potável no Distrito Federal.*

A decisão impugnada permite uma atuação séria e comprometida com a legalidade, com o meio ambiente e a preservação da qualidade de vida e respeito aos demais cidadãos que moram sem prejudicar o meio ambiente e a destruição dos poucos mananciais do Distrito Federal.

*Pelo exposto, não divisando qualquer ilegalidade na decisão impugnada, indefiro o pedido de efeito suspensivo requerido.*

Comunique-se ao Juízo Monocrático para conhecimento. (via fax)

Intimem-se as partes para, querendo, apresentar resposta ao recurso.

Comunique-se, por meio da Assessoria de Comunicação Social desta Corte aos órgãos de imprensa locais e nacionais para que, querendo, prestem serviço de utilidade pública consistente em dar conhecimento das vedações e penalidades impostas pela decisão judicial monocrática, possibilitando, assim, a manutenção da boa-fé e impedindo que incautos venham a ser lesados.

Após, ao Ministério Público como custos legis.

Publique-se. Intimem-se. Oficie-se.

Brasília – DF, 19 de dezembro de 2008.

SELENE MARIA DE ALMEIDA

Desembargadora Federal - Relatora (grifos acrescidos)

Não há qualquer razão para adotar entendimento distinto no exame deste recurso, razão pela qual reitero todos seus fundamentos, mormente os pontos relativos à cominação de multa pelo juízo *a quo*.

*Pelo exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.*

(Agravo de Instrumento 0042087-20.2011.4.01.0000, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, *e-DJF1* de 09/08/2011, p. 165.)

## Tutela Cautelar Antecedente 0052006-23.2017.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de pedido de tutela cautelar antecedente veiculado por Norte Energia S/A em face do Ministério Público Federal, em que se busca a concessão de tutela de urgência, no sentido de sobrestar-se o cumprimento do julgado proferido pela colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal, nos autos do Agravo de Instrumento 0073116-20.2013.4.01.0000, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE BELO MONTE. DESCUMPRIMENTO DE CONDICIONANTES ESTIPULADAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. REASSENTAMENTO URBANO COLETIVO – RUC. MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO PADRÃO DE CONSTRUÇÃO INICIALMENTE OFERTADO. INADEQUAÇÃO ÀS NORMAS DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS E DO CÓDIGO MUNICIPAL DE OBRAS. SUSPENSÃO CAUTELAR DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO. CABIMENTO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 525, I, E 526, *CAPUT*, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE RECURSAL. REJEIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 8.437/92.

I – Nos termos do art. 525, inciso I, do CPC vigente na época da interposição do recurso, o agravo de instrumento haveria de ser instruído, “obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado”. Na hipótese dos autos, em se tratando de *decisum* proferido liminarmente, antes da oitiva da parte ex adversa, afigura-se manifesta e independente de comprovação documental a inexistência de instrumento de procuração passado em favor do patrono da promovida. Rejeição da preliminar de inadmissibilidade, sob esse fundamento.

II – De igual forma, dispunha o art. 526 e respectivo parágrafo único do referido diploma legal, que “o agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso” e que “o não cumprimento do disposto neste artigo, *desde que* arguido e *provado* pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo”. Na hipótese dos autos, embora arguido na peça recursal, não restou comprovada o suposto descumprimento da norma legal em referência.

Ademais, segundo certificado nos autos, o agravante deu cumprimento à norma processual em referência. Preliminar que se rejeita.

III – Em se tratando de decisão em que restou indeferido o pedido de antecipação da tutela formulado no feito de origem, como no caso, não se aplica a regra do art. 2º da Lei nº 8.437/92, que condiciona apenas a concessão liminar do pleito, e não a sua rejeição, à audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

IV – Na hipótese dos autos, constatada a desconformidade entre os projetos de construção de casas, para fins de reassentamento urbano coletivo das populações afetadas pelo empreendimento hidrelétrico UHE Belo Monte e a oferta inicialmente levada a efeito pela empresa responsável pela sua implementação, bem assim, a sua inadequação às normas da ABNT e ao código municipal de obras, resta caracterizado o descumprimento da condicionante imposta no respectivo licenciamento ambiental.

V – Nesse contexto, impõe-se a suspensão da execução das obras de construção das casas descritas nos autos e da respectiva licença de instalação do aludido empreendimento hidrelétrico, na determinação finalística do artigo 19, inciso I, da resolução n. 237/97-CONAMA, até que sejam integralmente cumpridas as obrigações decorrentes da referida condicionante, assim constatado em regular perícia técnica, em homenagem aos princípios dirigentes da precaução, da prevenção, da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável, que resultam das Convenções Internacionais de Estocolmo (1972), Rio de Janeiro (ECO-92), Rio + 20, Declaração de Paris (1998 e COP-21), as Conferências de Cancún sobre Biodiversidade e Biossegurança (2016), os postulados fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput, respectivo § 1º, incisos I a VII e parágrafos 3º a 6º), os princípios dirigentes e os objetivos fundamentais da Política Nacional do Meio Ambiente equilibrado, nos termos da Lei Federal nº 6.938, de 31/08/81 (art. 2º, incisos I a X e art. 4º incisos I a VII) e os princípios básicos e objetivos fundamentais da Lei Federal nº 9.795, de 27/04/99 (art. 4º, incisos I a VII e 5º, incisos I a VII), que regula a Política Nacional da Educação Ambiental, dentre outros diplomas garantidores do sistema de biossegurança internacional, bem assim harmonizada com as decisões colegiadas da egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

VI – *Determinou-se a suspensão da Licença de Instalação da UHE Belo Monte, com imediata paralisação das obras de construção do referido empreendimento hidrelétrico (CPC, art. 139, inciso IV), até que sejam implementadas as medidas ordenadas, cabendo ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA fiscalizar e avaliar o seu fiel cumprimento, na condição de órgão responsável pelo licenciamento ambiental do aludido empreendimento, inclusive, com a utilização de força policial, se necessário for.*

VII – Matéria discutida no agravo de instrumento não conhecida pela Quinta Turma, em sua formação ampliada, conforme Sessão de Julgamento ocorrida no dia 12/09/2017.

VIII – Agravo de instrumento provido, com as restrições constantes do voto do Juiz Federal convocado Roberto Carlos de Oliveira. Vencido, no ponto, o Relator, que acolhia, integralmente, a tutela recursal postulada. Decisão agravada reformada.

Em suas razões iniciais, noticia a suplicante, em resumo, que, a despeito do aludido feito ainda se encontrar na pendência do julgamento de embargos de declaração opostos ao referido julgado, encontra-se na iminência de sofrer danos irreversíveis, decorrentes da ordem de paralisação das obras relativas ao mencionado empreendimento hidrelétrico, circunstância essa que, aliada à suposta plausibilidade da sua pretensão, autorizaria a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial a ser oportunamente interposto, de forma a sobrestar a eficácia do julgado impugnado.

\*\*\*

Registro, inicialmente, que, embora a requerente faça menção ao suposto cabimento de tutela cautelar para fins de obtenção de efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, a pretensão por ela formulada, em sua peça de ingresso, é no sentido de que se “sobrestar, de imediato, os efeitos do acórdão que julgou o Agravo de Instrumento nº 0073116-20.2013.4.01.0000” e de que “cumpridas as formalidades de direito, seja finalmente confirmada a liminar deferida, julgando procedente o incidente para atribuir efeito suspensivo até o julgamento do Recurso Especial a ser interposto, ou, subsidiariamente, até o prazo de 15 dias após a publicação do acórdão nos embargos de declaração já opostos”.

Não se trata, pois, de medida em que se busca a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, em que a competência, para exame do pleito, seria do relator sorteado no tribunal superior competente — se já admitido recurso (CPC, art. 1.029, § 5º, incisos I e II) — ou do presidente ou do vice-presidente deste Tribunal, se já interposto, mas ainda não admitido (CPC, art. 1.029, § 5º, inciso III).

Ademais, desde que, confessadamente, ainda não fora interposto qualquer recurso especial nos autos do referido agravo de instrumento, mormente porque ainda não esgotada, na espécie, a jurisdição da turma julgadora, afigurar-se-ia juridicamente impossível qualquer pleito em que se buscasse a concessão de efeito suspensivo ao aludido recurso, ainda inexistente.

Assim posta a questão, afigura-se manifesta a competência originária da colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal, para processar e julgar o presente pleito, nos termos do parágrafo único do art. 299 do CPC vigente.

\*\*\*

No mais, não obstante os fundamentos deduzidos pela autora demandante, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos legais necessários, para a concessão da pretendida suspensão da eficácia do acórdão proferido nos autos do referido agravo de instrumento, em face do caráter mandamental inibitório do aludido julgado, de eficácia imediata, não se podendo admitir, em sede liminar e por decisão monocrática, a suspensão do quanto restou decidido pela turma julgadora competente, em sua formação colegiada.

De ver-se, ainda, que a pretensão em referência também já fora objeto de veiculação no bojo do mencionado agravo de instrumento, em sede de embargos de declaração, ainda em fase de processamento perante aquela mesma Quinta Turma, a caracterizar, na espécie, a repetição de idêntica pretensão, em flagrante violação ao princípio da preclusão consumativa.

\*\*\*

Indefiro, assim, o pedido liminarmente formulado na inicial.

(Tutela Cautelar Antecedente 0052006-23.2017.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 30/10/2017, p. 275)

## Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Pará

*Previdenciário. Aposentadoria por idade. Ausência à audiência. Extinção sem julgamento do mérito. Cabimento. Condenação em custas. Requisitos não satisfeitos. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.*

I. Trata-se de recurso interposto pela parte-autora contra sentença que extinguiu processo sem julgamento do mérito, em razão da ausência injustificada à audiência de conciliação, instrução e julgamento, condenando o autor ao pagamento das custas processuais no valor de 1% da causa.

II. Registre-se que, em regra, somente será admitido recurso de sentença definitiva, nos termos do art. 5º da Lei 10.259/2001. Todavia, no presente caso, além da extinção, houve condenação em custas, sob a lógica da litigância de má-fé, razão pela qual, entende-se presente o interesse recursal, de sorte a justificar o seu processamento.

III. Devidamente intimada da audiência de conciliação, instrução e julgamento, a parte-autora não compareceu nem justificou a sua ausência. Diante de tal situação o juízo *a quo*, acertadamente, extinguiu o processo sem resolução de mérito. A inação injustificada da parte-autora caracteriza-se como a ausência de interesse de agir. Logo, resta adequada a extinção do feito sem resolução de mérito (art. 485 do NCPC) quando do não comparecimento da autora à audiência.

IV. No que diz respeito à condenação em custas processuais no montante de 1% do valor da causa, esta deve ser reformada, já que, a ausência à audiência, *de per si*, ou seja, sem a descrição de outros elementos fáticos, como, por exemplo, a reiteração da conduta, não caracteriza litigância de má-fé. Logo, consoante inteligência do art. 55 da Lei 9.099/1995, incabível a condenação em exame.

V. Em sequência, tem-se quanto “a gratuidade de justiça pode ser deferida na fase recursal se a parte declara ser hipossuficiente e formula o pedido correspondente, mas não foi apreciado o pedido”, é o que se verifica na exordial, mediante de pedido expresso.

VI. Recurso parcialmente provido. Sentença parcialmente reformada para suprimir a condenação do pagamento de custas processuais e conceder o benefício da gratuidade de justiça. Sem custas e honorários.

(Processo 0002732-43.2016.4.01.3907/PA, rel. Juiz Federal Ilan Presser, julgado e publicado em 10/10/2017)

*Aposentadoria por idade. Segurado especial. Início de prova material presente. Prova testemunhal favorável. Requisitos satisfeitos. Recurso a que se dá provimento.*

I. Trata-se de recurso interposto pela autora contra sentença de improcedência de pedido de aposentadoria por idade de segurado especial.

II. O art. 201, § 7º, II, da Constituição Federal, garantiu a aposentadoria por idade aos trabalhadores rurais que completem 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher. Além desse requisito, é necessária a comprovação do exercício de atividade rural, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício.

III. Para a obtenção da aposentadoria por idade nos termos do regramento supra, é imprescindível a comprovação do efetivo exercício de atividade pesqueira. A comprovação satisfaz-se com o início de prova material, corroborado por prova testemunhal, não exigindo a lei prova plena, de sorte que sua contemporaneidade deve ser interpretada de modo harmônico com o conjunto probatório dos autos.

IV. A recorrente preenche o requisito etário, uma vez que ao tempo do pedido administrativo já possuía 55 anos de idade.

V. A parte-autora apresentou como início de prova material carteira de pescadora profissional emitida pela Seap (fl. 13) e requerimentos de seguro-desemprego dos anos de 2007-2013 (fls. 15-20). Considero suficientemente apto a comprovar a qualidade de segurado especial o início de prova material apresentado, porquanto ser desnecessário que se refira a todo período equivalente à carência do benefício, conforme dispõe a Súmula 14 da TNU.

VI. A prova oral, por sua vez, validou a prova material, corroborando a narrativa autoral de que exerceu a atividade pesqueira em regime de economia familiar, o que enseja a percepção do benefício vindicado. Presentes, portanto, os requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por idade na condição de segurado especial (pescadora).

VII. O termo inicial do benefício deve corresponder à data da entrada do pleito administrativo (26/11/2015), nos termos do art. 49, II, da Lei 8.213/1991.

VIII. Recurso provido. Sentença reformada para acolher o pedido do autor de concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade, desde a data do requerimento administrativo. À vista do que restou decidido pelo STF no RE 870.947, os juros de mora devem ser fixados com base nos índices da caderneta de poupança, a partir de 06/2009 e a correção monetária do crédito autoral deverá se dar pelo IPCA-E.

IX. Tratando-se a prestação pleiteada de natureza alimentar, nos termos do art. 4º da Lei 10.259/2001 c/c o art. 297 do *NCPC concede-se, ex officio, medida cautelar* para que a recorrida, no prazo de 60 (sessenta) dias, cumpra a obrigação de fazer (implantação do benefício), sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), até o limite de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser revertida ao recorrente.

X. Sem custas e honorários.

(Processo 0002815-59.2016.4.01.3907, rel. Juiz Federal Ilan Presser, julgado e publicado em 10/10/2017)

*Previdenciário. Aposentadoria rural. Segurada especial. Necessidade de produção da prova testemunhal. Defeito na mídia. Sentença anulada de ofício.*

I. Trata-se de recurso interposto pela parte-autora em face de sentença que julgou improcedente o pedido de aposentadoria por idade de segurado especial.

II. A comprovação do exercício da atividade rurícola satisfaz-se com o início de prova material, corroborado por prova testemunhal, não exigindo a lei prova plena, de sorte que sua contemporaneidade deve ser interpretada de modo harmônico com o conjunto probatório dos autos.

III. No presente caso, a parte-autora apresentou como início de prova material certidão de casamento, com registro em 1976, qualificando seu marido como lavrador (fl. 11). Considero suficientemente apto o início de prova material apresentado, porquanto *a certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola* (Súmula 6 TNU).

IV. Ocorre, no entanto, que na análise do arquivo contendo a audiência de instrução e julgamento foi observado que não consta a gravação da oitiva da(s) testemunha(s) apresentada(s) pela parte-autora, o que impede nesta instância recursal o julgamento da demanda. Necessária, assim, a reabertura da instrução processual e determinar a produção da prova testemunhal (TRF1, AC 2005.01.99.06358-8/MG, rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, Segunda Turma, *e-DJF1* de 10/11/2008, p. 39).

V. Sentença anulada de ofício para retorno dos autos ao juízo de origem para o regular prosseguimento do processo, com nova designação de audiência de instrução e julgamento. Sem custas e sem honorários.

(Processo 0007076-13.2015.4.01.3904, rel. Juiz Federal Ilan Presser, julgado e publicado em 10/10/2017)

## 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](mailto: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](mailto: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.

