

Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
v. 28 n. 9/10 setembro/outubro 2016

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 28	n. 9/10	p. 1/234	setembro/outubro 2016
---------	----------	-------	---------	----------	-----------------------

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
Matuzalém Braga dos Santos

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/portaltf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm>>.

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

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

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Conselho Editorial

Membros Natos

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

Juristas Renomados

Arnoldo Wald
Antônio Augusto Brandão de Aras
Clito Fornaciari Júnior
Dalmo de Abreu Dallari
Fernando da Costa Tourinho Filho
Flávia Piovesan
Guilherme de Souza Nucci
Humberto Theodoro Júnior
Ingo Wolfgang Sarlet
Ives Gandra da Silva Martins
Jorge Miranda
José Afonso da Silva
José Carlos Moreira Alves
José Joaquim Gomes Canotilho
José Renato Nalini
José Rubens Morato
Luiz Guilherme Marinoni
Marçal Justen Filho
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Nabor Bulhões
Nelson Nery Júnior
Patryck de Araújo Ayala
Paulo Affonso Leme Machado
Paulo Bonavides
Paulo de Bessa Antunes
Ronaldo Poletti
Sérgio Cruz Arenhart

Arnoldo Wald

Advogado. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1956). Procurador do Estado do Rio de Janeiro (1963/1985). Procurador-geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1965/1967). Doutor *honoris causa* da Universidade de Paris II (França, 1997). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Municipal de Estudos Constitucionais do Município de São Paulo (1993). Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (2003/2012). Membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (Conjur) da Fiesp (2004). Doutor *honoris causa* pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2007). Membro emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (2011). Membro da *Académie Internationale de Droit Comparée*. Membro da *Société de Législation Comparée*. Membro de numerosas outras entidades culturais nacionais e estrangeiras.

Antônio Augusto Brandão de Aras

Jurista. Parecerista. Conferencista. Subprocurador-geral da República (desde 1987). Procurador regional eleitoral na Bahia (1991/1993), representante do MPF no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2008/2010) e corregedor auxiliar do MPF (2012/2013). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU (desde 2002). Integrante da comissão de juristas constituída pelo Ministério da Justiça para a elaboração do projeto de lei da nova Ação Civil Pública. Participou da comissão de juristas constituída pela Universidade de Brasília, Senado, Câmara Federal e Conselho Federal da OAB para os estudos destinados à Reforma Eleitoral (2009).

Clito Fornaciari Júnior

Advogado. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Participou da elaboração de normas infraconstitucionais relativas à reforma constitucional de 1977 junto à Procuradoria-Geral da República. Participa do Conselho de Redação da *Revista de Processo*, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, da *Revista Autônoma de Processo e da Revista Autônoma de Direito Privado*. Membro da *International Bar Association*. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

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.

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. Professora de Direitos Humanos dos Programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná 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 em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Livre-docente em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004).

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).

Ingo Wolfgang Sarlet

Jurista. Conferencista. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor pela *Ludwig-Maximilians-Universität München*. Pós-doutorado na Universidade de Munique. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais.

Ives Gandra da Silva Martins

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor pela Universidade Mackenzie. Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, UNIFIEO, 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 Carlos Moreira Alves

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Ex-procurador-geral da República (1972/1975). Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, onde foi presidente (1985/1987). Nessa condi o ocupou a Presidência da República, de 7 a 11 de julho de 1986, em substitui o do Presidente José Sarney. Coube-lhe, como presidente do Supremo Tribunal Federal, declarar instalada a Assembleia Nacional Constituinte, em 1  de fevereiro de 1987. Juiz do Tribunal Superior Eleitoral de 1975 a 1980, tendo sido presidente daquela Corte de 1981 a 1982. Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça (1969/1972 e 1974/1975). Membro da Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro. Presidente da Comissão revisora do Anteprojeto do Código de Processo Penal e presidente da Comissão revisora do Anteprojeto do Código das Contraven es Penais.

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, Australia). 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 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.

Marçal Justen Filho

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – USP. Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Research Scholar* na *Yale Law School* (EUA) e *Visiting Fellow* no Instituto Universitário Europeu (Itália). Foi professor titular da Faculdade de Direito da UFPR (1986/2006). Coordenador da *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo* – ReDAC, publicada pela Editora RT.

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 elaboração 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 homologação de sentenças estrangeiras perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por designação 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 Brasileiro 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.

Patryck de Araújo Ayala

Jurista. Conferencista. Procurador do Estado de Mato Grosso. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor adjunto nos cursos de graduação e de mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Membro e sócio-fundador da Associação dos Professores de Direito Ambiental (Aprodeb). Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (Ibap). Pesquisador do grupo de pesquisas “Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco” (certificado pela Instituição e cadastrado no CNPq), líder do grupo de pesquisas “Jus-Clima”, membro da *Commission on Environmental Law (Steering Committee)* da IUCN – *The World Conservation Union*. Diretor do Instituto “O Direito por um planeta verde”.

Paulo Affonso Leme Machado

Advogado. Membro aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Jurista. Parecerista. Conferencista. Pós-doutorado pela Universidade de Limoges (França). Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade *Robert Schuman* (França). Doutor *honoris causa* pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor titular da Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep. Vice-presidente do Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente, Limoges (França), desde 1983. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente – Sobradima. Membro da Comissão Internacional de Conciliação e Arbitragem Ambiental, com sede em San Sebastián (Espanha) e Cidade do México (México). Membro do Conselho Internacional de Direito Ambiental, com sede em Bonn (Alemanha).

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.

Paulo de Bessa Antunes

Advogado. Procurador regional da República aposentado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio de Janeiro e doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

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).

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
maio/1999 – julho/2001

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

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

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

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

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

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

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

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



Desembargador Federal Souza Prudente
a partir de maio/2016

A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, nesta edição, relativa ao bimestre setembro/outubro de 2016, apresenta-nos artigos doutrinários de elevado nível jurídico, sob os títulos de renomadas autorias científicas, a saber: *I – Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, dos Professores Doutores José Rubens Morato Leite, Germana Parente Neiva Belchior e Carlos E. Peralta, na compreensão de que “à luz de uma sociedade pós-moderna, complexa, de riscos imprevisíveis e ecologicamente instável, as fontes do Direito Ambiental estão cada vez mais plurais e heterogêneas, sendo a Constituição Federal o ponto de partida de todo o processo de interpretação e aplicação das normas que tutelam o meio ambiente”; *II – Interconexão entre meio ambiente e garantia dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, das Professoras Alessandra Maria de Almeida e Carmen Silva Hessel, com a reflexão de que “na atualidade o crescente movimento de globalização de iniciativas econômicas voltadas à instalação de grandes empreendimentos, a par de se constituírem, muitas vezes, em alternativas de desenvolvimento para determinadas regiões, acabam por afetar seriamente o meio ambiente e as condições de vida das populações locais, especialmente nas Américas, acarretando violações a direitos humanos passíveis de proteção perante o sistema internacional”; *III – Limites da responsabilidade ambiental objetiva*, do Professor Paulo de Bessa Antunes, visando “examinar a responsabilidade ambiental objetiva e os seus limites, considerando o sistema jurídico brasileiro de proteção ao meio ambiente”; *IV – Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência*, do Professor Humberto Theodoro Júnior, na inteligência de “o novo Código de Processo Civil, na linha evolutiva do direito ocidental, encaminha-se para a aproximação entre o *civil law* e o *common law*, em matéria de reconhecer força de fonte de direito ao precedente jurisprudencial, em que figuram os regimes de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”; *V – Ministério Público e investigação criminal: verdades e mitos*, dos Professores Guilherme de Souza Nucci, André Vinicius Monteiro, Juliana Burri e Rafael Barone Zimmaro, na visão de que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal), e, nesse cenário, emerge a polêmica questão referente à viabilidade jurídica de poder o Ministério Público promover investigação criminal independente, de forma autônoma, sem qualquer participação da polícia judiciária”; *VI – A hermenêutica jurídica segundo Carlos Maximiliano*, do Juiz Federal Flávio da Silva Andrade, em que ressalta “o talento e o sólido embasamento doutrinário” do festejado autor da “Hermenêutica e Aplicação do Direito” (Forense), na afirmação de que “para ser um exegeta completo, é mister que se tenha profundo conhecimento de todo o organismo do Direito, que se conheçam os institutos jurídicos e bem se compreendam os fatos, de modo que possa interpretar e aplicar a lei de modo escorreito, com justiça”.

No valioso acervo jurisprudencial desta edição da Revista do TRF 1ª Região, destacam-se, em defesa da vida das presentes e futuras gerações, as decisões colegiadas da Quinta Turma que declarou a nulidade do Acordo de Cooperação Técnica ECE 120/2005 celebrado entre a Eletrobrás e as Construtoras Camargo Corrêa S.A., Andrade Gutierrez S.A. e Norberto Odebrecht S.A., à míngua

de regular procedimento licitatório, condenando essas empresas de se absterem de contratar com o Poder Público e de participar de licitação e de contratação relacionadas ao Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte – AHE Belo Monte (Apelação Cível 2007.39.00.003843-0/PA) e, de outra banda, considerando inaceitável “a proliferação abusiva dos incidentes procedimentais de suspensão de segurança, como instrumento fóssil dos tempos do regime de exceção, a cassar, reiteradamente, as oportunas e precautivas decisões tomadas em varas ambientais, neste País, atentando contra os princípios regentes da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), sob o comando diligente do princípio da proibição do retrocesso ecológico, no que foram sempre prestigiadas internacionalmente pelo Projeto REDD PLUS (Protocolo de Kyoto, COPs 15 e 16 – Copenhague e Cancún) com as garantias fundamentais do progresso ecológico e do desenvolvimento sustentável, consagradas nas convenções internacionais de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (ECO-92 e Rio + 20), agredindo, ainda, tais decisões abusivas, os acordos internacionais, de que o Brasil é signatário, num esforço mundialmente concentrado, para o combate às causas determinantes do desequilíbrio climático e do processo crescente e ameaçador da vida planetária pelo fenômeno trágico do aquecimento global e do aumento incontrolável da pobreza e da miséria em dimensão mundial” (Agravo de Instrumento 0018341-89.2012.4.01.0000/MT), em desarmonia, assim, com as conclusões do Acordo de Paris (COP-21), de 2015, recentemente proclamado pelo concerto nas nações civilizadas.

Desembargador Federal Souza Prudente

Diretor da Revista do TRF 1ª Região

Artigos Doutrinários.....21

Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 21

José Rubens Morato Leite, Germana Parente Neiva Belchior e Carlos E. Peralta

A interconexão entre meio ambiente e garantia dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, 40

Alessandra Maria de Almeida Faria e Carmem Elisa Hessel

Limites da responsabilidade ambiental objetiva, 53

Paulo de Bessa Antunes

Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência, 65

Humberto Theodoro Júnior

Ministério Público e investigação criminal: verdades e mitos, 78

Guilherme de Souza Nucci, André Vinicius Monteiro, Juliana Burri e Rafael Barone Zimmaro

A hermenêutica jurídica segundo Carlos Maximiliano, 100

Flávio da Silva Andrade

Inovações Legislativas.....115

Lei 13.340, de 28/09/2016.

Lei 13.342, de 03/10/2016 (mensagem de veto).

Lei 13.344, de 06/10/2016.

Lei 13.345, de 10/10/2016 (mensagem de veto).

Lei 13.348, de 10/10/2016 (mensagem de veto).

Medida Provisória 746, de 22/09/2016.

Medida Provisória 747, de 30/09/2016.

Medida Provisória 749, de 13/10/2016.

Decreto 8.853, de 22/09/2016.

Decreto 8.858, de 26/09/2016.

Decreto 8.870, de 05/10/2016.

Decreto 8.872, de 10/10/2016.

Decreto 8.874, de 11/10/2016.

Julgados de Questões Processuais Relevantes.....117

Anulação de ato administrativo sem cunho previdenciário nem lançamento fiscal. Irrelevância do valor da causa, 117

Conflito de Competência 0056453-25.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

DNIT. Indenização por danos morais. Sucessão do DNER. Ação ajuizada durante o período de inventariança. Legitimidade passiva da União, 117

Numeração única: 0001143-28.2002.4.01.3803

Apelação Cível 2002.38.03.001095-2/MG

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Operação de instituição financeira dedicada à contratação de operações de seguro sem autorização. Rejeição da denúncia, 118

Recurso em Sentido Estrito: 0046190-77.2015.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Tráfico. Transporte em aeronave. Apreensão em solo. Ausência de transnacionalidade. Incompetência da Justiça Federal. Anulação do processo, 118

Numeração única: 0011875-06.2008.4.01.3400

Apelação Criminal 2008.34.00.011940-4/DF

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado)

Dissolução de pessoa jurídica (cooperativa) amparada em suposto desvio de finalidade. Reflexos de natureza fiscal, 119

Numeração única: 0000650-10.2005.4.01.4300

Apelação Cível 2005.43.00.000650-0/TO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Anatel. Exploração do serviço de radiodifusão, 119

Apelação Cível na Medida Cautelar de Busca e Apreensão 0005940-38.2015.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Transporte interestadual de passageiros. Benefício de utilização de duas vagas gratuitas a idosos de baixa renda. Estatuto do Idoso, 120

Apelação Cível 0045142-27.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Conselho regional. Protesto judicial. Interrupção de prazo prescricional. Existência de interesse processual, 120

Apelação Cível 0000496-55.2015.4.01.3810/MG

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Ação civil pública. Reexame necessário. Processo extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita. Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Sustentação de ilegalidade de resolução. Prescrição de medicamentos por farmacêuticos. Poder regulamentador. Pretensão que não se restringe à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo. Sentença anulada. Remessa oficial provida, 121

Numeração única: 7846-97.2014.4.01.3400

Reexame Necessário 0007846-97.2014.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Jurisprudência Diferenciada – Julgados em Defesa da Vida.....123

Aposentadoria especial. Gari. Comprovação de exposição a agentes agressivos biológicos. Dano moral, 123

Numeração única: 229876820144013300

Apelação Cível 0022987-68.2014.4.01.3300/BA

Relator: Juiz Federal Fábio Rogério França Souza (convocado)

Aposentadoria por invalidez. Habilitação de sucessor. Impossibilidade de realização de perícia em face de óbito, 124

Numeração única: 0001500-42.2006.4.01.3811

Apelação/Reexame Necessário 2006.38.11.001500-5/MG

Relator: Juiz Federal Marcos Vinícius Lipiensi (convocado)

Procurador do Trabalho. Remoção para acompanhar cônjuge. Situação particular. Ausência de efeito multiplicador, 125

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0007939-07.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Paes. Exclusão do sujeito passivo inadimplente sem notificação prévia. Medida legítima, 125

Numeração única: 0031139-14.2005.4.01.3400

Arguição de Inconstitucionalidade 2005.34.00.031482-0/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Desaposentação. Ação rescisória. Interpretação pouco controvertida. Repercussão geral admitida, mas não concluída, 126

Ação Rescisória 0062171-71.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Inexistência do direito à pensão especial de ex-combatente. Benefício recebido pela genitora. Reversão. Filha servidora pública aposentada, 127

Numeração única: 0021740-68.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.022477-9/BA

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Lei de Licitações. Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório. Superfaturamento. Máfia dos sanguessugas, 127

Numeração única: 0024222-86.2008.4.01.0000

Ação Penal 2008.01.00.024522-0/MT,

Relator: Juiz Federal Iran Esmeraldo Leite (convocado)

Peculato (formação de quadrilha). Escândalo dos gafanhotos, 128

Inquérito Policial 0023090-18.2013.4.01.0000/RR

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado)

Contrato administrativo de obras e de recuperação de estradas. Prova. Valoração. Erro de fato, 129

Numeração única: 0031386-15.2002.4.01.0000

Embargos Infringentes 2002.01.00.036224-1/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Servidor público. Reajuste. Supressão. Boa-fé. Reposição ao Erário, 130

Apelação Cível 0009886-21.2010.4.01.3100/AP

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

Servidor público. Desvio de função. Direito às diferenças remuneratórias do cargo, 130

Apelação/Reexame Necessário 0018351-75.2013.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Anulação da portaria que determinou a demissão de servidor. Excesso na punição. Reintegração, 131

Numeração única: 0036650-22.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.036805-9/DF

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Aposentadoria por invalidez com acréscimo. Incapacidade total e permanente para o trabalho e necessidade de auxílio de terceiros para a vida cotidiana, 132

Apelação Cível 0046440-15.2015.4.01.9199/MG

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Hanseníase. Pensão especial. Internação e isolamento compulsórios, 133

Apelação/Reexame Necessário 0002257-05.2011.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

Servidor público. Fundação Nacional de Saúde. Indenização de campo, 133

Numeração única: 0022210-06.2002.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2002.33.00.022196-8/BA

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Uso de documento falso. Passaporte. Direito de liberdade em confronto com a tutela à fé pública. Juízo de ponderação, 134

Apelação Criminal 0035720-37.2012.4.01.3300/BA

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado)

Tráfico transnacional de drogas. Prisão domiciliar. Paciente gestante. Gravidez de risco, 135

Habeas Corpus 0042397-50.2016.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Incitação ao racismo. Competência da Justiça Federal, 135

Apelação Criminal 0041348-23.2011.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Ação civil pública. Demandado que não existia no tempo do fato. Ausência de pedido de condenação, 136

Agravo de Instrumento 0005301-98.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Improbidade administrativa. Ex-procurador do INSS. Anuência em relação à substituição de penhora por títulos da dívida pública em execução fiscal. Violação aos princípios da Administração Pública. Não ocorrência de danos ao Erário, 136

Apelação Cível 0038118-70.2011.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Programa Farmácia Popular. Portadores de necessidades especiais. Implementação de políticas públicas de inclusão social. Omissão do Poder Público, 137

Agravo Regimental na Apelação Cível 0009520-02.2013.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação popular. Ato da Câmara dos Deputados. Indicação de nome para ministro do Tribunal de Contas da União. Ausência de lesividade, 138

Numeração única: 0015720-51.2005.4.01.3400

Reexame Necessário na Ação Popular 2005.34.00.015745-1/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Parto cesárea. Resultado de exame anti-HIV falso-positivo. Demora injustificada na realização de novo exame sorológico. Impossibilidade temporária de amamentação do recém-nascido. Indenização por dano material e moral, 139

Numeração única: 0020782-81.2005.4.01.3300
Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.020795-4/BA
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ensino superior. Processo seletivo. Uso de aparelho auditivo durante realização da prova, 139

Apelação/Reexame Necessário 0034449-65.2014.4.01.3803/MG
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação civil pública. Publicidade do direito do idoso à gratuidade ou descontos em passagens interestaduais. Obrigação da empresa prestadora do serviço disponibilizar a informação. Direito do consumidor, 140

Numeração única: 0000386-09.2007.4.01.3302
Apelação Cível 2007.33.02.000386-1/BA
Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Estupro e morte praticados por indígena integrado à sociedade. Inaplicabilidade da tutela prevista em lei, 140

Numeração única: 0000759-05.2006.4.01.4101
Apelação Cível 2006.41.01.000759-4/RO
Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Saúde. Tratamento médico domiciliar (*home care*). Responsabilidade solidária, 141

Apelação/Reexame Necessário 0017580-54.2014.4.01.3600/MT
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Responsabilidade civil. Dano moral coletivo. Provedor. Ato de terceiro, 141

Numeração única: 0038886-44.2007.4.01.3400
Apelação Cível 2007.34.00.039113-4/DF
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Nomeação. Chefia de delegacia de Polícia Federal por não delegado. Possibilidade, 142

Apelação/Reexame Necessário 0038875-39.2012.4.01.3400/DF
Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Tratamento médico. Leucemia. Vaga em leito de hospital de nível terciário. Princípio da descentralização do SUS. Responsabilidade solidária, 143

Apelação/Reexame Necessário 0011193-59.2015.4.01.3803/MG
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Concurso público. Candidata emancipada. Aquisição da plena capacidade civil. Direito à posse, 144

Numeração única: 0010630-75.2009.4.01.3900
Apelação Cível 2009.39.00.010644-3/PA
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Transporte aéreo. Acordo comercial. Exigência de regularidade fiscal como condição para homologação. Impossibilidade. Meio coercitivo e indireto de cobrança de tributos, 144

Reexame Necessário 0023532-32.2014.4.01.3400/DF
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Indenização. Contrato administrativo. Construção de fórum trabalhista. Verbas extracontratuais. Reequilíbrio econômico-financeiro, 144

Numeração única: 0000028-64.2005.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2005.39.00.000028-8/PA
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Visto de permanência. Estrangeiro irregular no País. União familiar. Dependência econômica. Universitário. Impossibilidade de requerimento administrativo. Pendência de análise de concessão de visto ao genitor. Conflito entre a soberania nacional e a proteção à família. Prevalência da dignidade da pessoa humana, 147

Apelação/Reexame Necessário 0041815-49.2013.4.01.3300/BA
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Embargos à execução. Crédito rural. Transferência à União. Inscrição em dívida ativa. Penhora de imóvel, 147

Apelação Cível 0018542-03.2010.4.01.9199/MG
Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Infraero. Imunidade recíproca, 148

Numeração única: 0003135-24.2001.4.01.3200
Apelação/Reexame Necessário 2001.32.00.003138-9/AM,
Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

IPI. Incidência sobre os importadores na saída de produtos de procedência estrangeira do estabelecimento, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil, 149

Apelação/Reexame Necessário 0005795-34.2015.4.01.3803/MG
Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Validade de títulos da dívida externa para liquidação de obrigações tributárias vencidas, 149

Apelação Cível 0017972-37.2013.4.01.3500/GO
Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

CSLL sobre ato cooperado. Recurso repetitivo. Empréstimos aos cooperados. Ganho de capital e lucro inexistentes. Natureza indenizatória. Não incidência, 150

Numeração única: 0000001-11.2010.4.01.3802
Apelação/Reexame Necessário 2010.38.02.000027-8/MG
Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Saldo negativo de IRPJ. Declaração retificadora. Natureza substitutiva. Compensação, 150

Apelação/Reexame Necessário 0045081-06.2011.4.01.3400/DF
Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Penhora sobre o faturamento da empresa. Medida excepcional. Não comprovação da inexistência de bens livres e desembaraçados em nome da devedora, 150

Agravo de Instrumento 0010706-86.2014.4.01.0000/RO
Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

PIS – Cofins. Isenção sobre receitas decorrentes das operações comerciais realizadas na Zona Franca de Manaus, 151

Apelação/Reexame Necessário 0017479-53.2014.4.01.3200/AM
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Embargos à execução. Imposto de Renda Retido na Fonte. Complementação de aposentadoria. Eficácia *ultra partes* da coisa julgada. Limitação da execução a filiados na ação de conhecimento, 151

Apelação Cível 0004359-27.2011.4.01.3400/DF
Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Processual civil. Embargos de declaração. Juízo de retratação. Cofins. Isenção. Sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Revogação do benefício fiscal. Constitucionalidade. Julgamento pelo STF, 152

Numeração única: 0001293-49.2006.4.01.3809

Embargos de Declaração em Apelação/Reexame Necessário 2006.38.09.001293-7/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Compensação de créditos. Precatório judicial. Modulação dos efeitos, 152

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0008155-07.2012.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Inclusão de produtos sujeitos à incidência do IPI. Lei 7.798/1989. Aparente ilegalidade, 153

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0065185-92.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Ordem dos Advogados do Brasil. Cancelamento da inscrição principal. Falsa declaração, 153

Apelação/Reexame Necessário 0030629-20.2013.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....155

Ação civil pública. Acordo de Cooperação Técnica ECE — 120/2005 (AHE Belo Monte). Necessidade de prévio procedimento licitatório. Cláusula de confidencialidade. Violação ao princípio da publicidade. Posterior revogação. Publicação dos estudos. Nulidade do acordo, 157

Numeração única: 0003843-98.2007.4.3900

Apelação Cível 2007.39.00.003843-0/PA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Ação civil pública. Exploração de recursos energéticos em área indígena. UHE Teles Pires. Licença de instalação. Inexistência de autorização do Congresso Nacional e audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. EIA/Rima viciado e nulo de pleno direito. Agressão aos princípios de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental, 159

Agravo de Instrumento 0018341-89.2012.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Meio ambiente. Responsabilidade civil por dano ambiental. Teoria do risco integral. Necessidade de deferimento de tutelas de urgência sem a prévia oitiva dos réus. Correta determinação de depósito prévio para acautelar futuras medidas reparatórias. Nulidade de acordo celebrado pelo Núcleo de Conciliação do TRF 1ª Região em processo que tramita perante o primeiro grau de jurisdição. Supressão de instância, 161

Agravo de Instrumento 0002453-41.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Área de Proteção Ambiental — APA do Planalto Central. Parcelamento de solo rural. Termo de embargo. Imposição de multa. Imóvel adquirido antes da criação da APA. Irrelevância. Desmatamento. Legislação ambiental violada. Responsabilidade solidária do adquirente, 163

Numeração única: 0026431-52.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.026497-3/DF

Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Decisões Monocráticas.....165

Processamento de representação constitucional para fins de requisição de intervenção do Estado do Mato Grosso sobre município. Descumprimento de ordem judicial. Tramitação no Tribunal de Justiça, 165

Petição 0026862-81.2016.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Ação de desapropriação. Incra. Recebimento de recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, 166

Agravo de Instrumento 0071347-06.2015.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)

Anac. Azul Linhas Aéreas. Fixação de tarifas, 171

Agravo de Instrumento 0046909-76.2016.4.01.0000/RO

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Comercialização de espécies listadas como ameaçadas de extinção. Portaria do Ministério do Meio Ambiente, 173

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0049635-23.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Suspensão de efeitos de resolução Anvisa. Bebidas destiladas fabricadas a partir de cereais, 179

Agravo de Instrumento 0046869-94.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Ação de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens dos demandados, 181

Agravo de Instrumento 0046464-58.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Demolição de construções realizadas sem autorização do Iphan em empreendimento, com remoção dos entulhos e recuperação da área degradada, 185

Agravo de Instrumento 0015362-18.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Cessação da exploração de atividades minerárias do Empreendimento Onça Puma – MOP, 187

Agravo de Instrumento 0027838-88.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Exclusão da União do polo passivo da lide e declinação da competência para a Justiça Comum do Estado do Pará, 200

Agravo de Instrumento 0051740-70.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Penhora sobre crédito a receber do FNDE. Recompra de Certificados Financeiros do Tesouro Nacional, 201

Agravo de Instrumento 0044897-89.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Servidor público. Remoção para tratamento de saúde, 205

Agravo de Instrumento 0016105-62.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

Licenciamento ambiental da UHE Belo Monte. Suspensão de licença de operação emitida pelo Ibama até o cumprimento de obrigações de saneamento básico, 207

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0053298-77.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Suspensão de pregões eletrônicos realizados para a contratação de empresas para transporte dos instrumentos de avaliação do Programa de Avaliação de Alfabetização – Proalfa e do Programa de Avaliação da Rede Pública de Educação Básica – Proeb, 210

Agravo de Instrumento 0039201-72.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Expansão da Estrada de Ferro Carajás. Necessidade de realocação das famílias atingidas. Solução de moradia, 212

Agravo de Instrumento 0053633-96.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Suspensão do licenciamento ambiental para construção de terminal portuário, com previsão de instalação à margem do Rio Amazonas, no Município de Santarém/PA, até que seja realizada consulta prévia, livre e informada das comunidades quilombolas e demais populações, 213

Agravo de Instrumento 0057850-85.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Lagoa da Pampulha/BH. Manejo das capivaras que se encontram custodiadas em parque ecológico, 224

Apelação Cível 0014671-84.2015.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

JEFs em Revista.....229

Possibilidade de acesso do jurisdicionado aos JEFs em se tratando de questão processual. Ausência de pedido de anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, 229

Numeração única: 0061122-53.2008.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2008.34.00.920305-2

Relator: Juiz Federal José Godinho Filho

Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....231

Instruções Editoriais.....233

Direito Constitucional Ambiental Brasileiro

José Rubens Morato Leite*, Germana Parente Neiva Belchior** e Carlos E. Peralta***

1 Considerações iniciais

À luz de uma sociedade pós-moderna, complexa, de riscos imprevisíveis e ecologicamente instável, as fontes do Direito Ambiental estão cada vez mais plurais e heterogêneas, sendo a Constituição Federal o ponto de partida de todo o processo de interpretação e aplicação das normas que tutelam o meio ambiente.

Dentro desse contexto, a Constituição Federal de 1988 assegura, de forma inédita, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito e um dever fundamental, conforme redação do art. 225, matriz ecológica do ordenamento jurídico brasileiro, impondo, por conseguinte, um conjunto de obrigações positivas e negativas vinculadas à tutela ambiental.

São muitos os desafios a serem enfrentados pelos jusambientalistas, motivo pelo qual o estudo do Direito Constitucional Ambiental é essencial para proporcionar ao operador jurídico uma leitura mais dinâmica e sistêmica do fenômeno da Ecologização.

O objetivo deste artigo é, portanto, apresentar os aspectos mais relevantes da proteção constitucional do meio ambiente, cujo foco será a análise do art. 225, de onde se irradia as demais normas ambientais brasileiras. Captar a essência do citado dispositivo é

compreender a lógica jurídico-ambiental brasileira, sendo, assim, a base do estudo do Direito Ambiental.

Na primeira parte, trata-se do Estado, será abordado o meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsto no art. 225 da Lei Maior, a partir da análise de sua natureza jurídica, titularidade, conteúdo, dimensionalidade, eficácia e restrições. Sobre o mesmo espírito do constituinte, será analisado o meio ambiente enquanto dever fundamental e quais as consequências do referido imperativo para o Estado, a sociedade e o cidadão.

Passa-se, então, a discutir os fundamentos do Estado de Direito Ambiental, paradigma que vem sendo defendido na doutrina como instrumento de proteção do meio ambiente, à luz da pós-modernidade e da sociedade de risco. Por fim, serão apresentados os elementos de uma Hermenêutica Jurídica Ambiental com o objetivo de orientar e guiar o intérprete no intuito de captar sentidos da ordem jurídica ambiental que sejam convenientes com os ditames e postulados do Estado de Direito Ambiental.

Para conferir um caráter pragmático ao estudo, serão examinados, ao longo do capítulo, julgados das Cortes Superiores, em especial o STJ, pois é exatamente por meio de decisões judiciais que as normas jurídicas são retiradas do distante mundo do “dever-ser”, para utilizar a expressão de Kelsen, e levadas à realidade, ao “ser”, onde efetivamente se fazem valer, por meio do preenchimento emoldural que é feito pelo intérprete julgador.

2 O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

O constituinte brasileiro, inspirado em constituições ocidentais sociais democratas do século anterior, inscreveu em seu art. 1º, inciso III, o postulado da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da organização nacional. De fato, pode-se afirmar que o Estado Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo central. Trata-se, pois, do constitucionalismo das

* Professor titular dos cursos de graduação e pós-graduação de Direito da UFSC. Pós-doutor pela *Macquarie, Centre for Environmental Law*, Sydney, Austrália. Doutor pela UFSC, com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Presidente do Instituto O Direito por um Planeta Verde. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, cadastrado no CNPq/GPDA/UFSC. Consultor e bolsista do CNPq.

** Professora da Universidade Sete de Setembro – CE. Doutora em Direito com área de concentração em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito com área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora universitária e pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco cadastrado no CNPq/GPDA/UFSC.

*** Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutorando da UERJ – bolsista da Capes/Programas Especiais/Prêmio Capes de Tese 2012. Supervisor do Pós-doutorado Dr. Ricardo Lodi Ribeiro. PDJ/CNPq/Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Supervisor do PDJ Prof. José Rubens Morato Leite. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental na Sociedade de Risco (GPDA) da UFSC. Professor da Faculdade de Direito da Universidad de Costa Rica (UCR).

comunidades humanas, mais orgânico e voltado mais para a sociedade do que para o Estado.

Sendo o Estado Democrático de Direito a fórmula política adotada pelo constituinte originário, segundo disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, Guerra Filho afirma que toda interpretação do texto constitucional deve ser no sentido de lhe conferir o máximo de eficácia, apresentando-se como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política.¹

No entanto, ainda perdura no Estado contemporâneo o essencial da concepção liberal, traduzindo na afirmação de que o homem, pelo simples fato de o ser, tem direitos e que o Poder Público deve respeitá-los. Assegurar o respeito da dignidade humana continua sendo o fim da sociedade política. Dignidade esta, no entanto, que não é vista apenas no âmbito do indivíduo isolado, mas sim de uma forma coletiva, em virtude da solidariedade.

Por conta disso, surgem direitos de titularidade coletiva, intitulados pela doutrina de direitos fundamentais de terceira dimensão, levando em conta que o Estado Liberal é de primeira dimensão e o Estado Social, de segunda. Consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.²

Notadamente, são direitos que transcendem o individual e o coletivo, na medida em que os interesses individuais ou privados se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social. Têm como característica a sua titularidade coletiva, sendo, muitas vezes, indefinida ou indeterminável.³

A Constituição brasileira de 1988, ao assegurar a proteção do meio ambiente em seu art. 225, fortalece

o princípio da função ecológica da propriedade⁴, impondo obrigações positivas e negativas ao proprietário, à luz do princípio da solidariedade.

Seguindo a tendência mundial após a Declaração de Estocolmo, de 1972, e as diretrizes contidas no Relatório Brundtland⁵, a Constituição Federal de 1988, por meio de seus art. 225, *caput*, e art. 5º, § 2º, atribuiu, de forma inédita, ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado brasileiro.

Em 1995, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a fundamentalidade do direito ao meio ambiente, em julgamento paradigmático, como se extrai de trecho do voto do relator, Ministro Celso de Mello:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto

¹ GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 20.

² O art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, traz de forma inovadora o conceito legal de direito difuso, sendo aplicado para todo o microsistema de direito coletivo. Direitos difusos são aqueles cujo interesse abrange número indeterminado de pessoas unidas por uma situação de fato. Em suma, são aqueles direitos que pertencem a todos e ao mesmo tempo não são de ninguém de forma específica.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

⁴ Sobre o tema, é interessante destacar o entendimento que vem sendo consubstanciado no STJ acerca da função ecológica da propriedade: “Nos regimes jurídicos contemporâneos, os imóveis - rurais ou urbanos - transportam finalidades múltiplas (privadas e públicas, inclusive ecológicas), o que faz com que sua utilidade econômica não se esgote em um único uso, no melhor uso e, muito menos, no mais lucrativo uso. A ordem constitucional-legal brasileira não garante ao proprietário e ao empresário o máximo retorno financeiro possível dos bens privados e das atividades exercidas.” *Superior Tribunal De Justiça*. REsp 1109778/SC. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 04/05/2011.

⁵ Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.

valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁶ 7(Destacado)

Assim, afirmar que o direito ao meio ambiente é fundamental traz inúmeras implicações para a ordem jurídica brasileira. Referida norma é um poderoso instrumento exegético que, de acordo com Krell, torna-se “um verdadeiro guia para boa compreensão dos dispositivos infraconstitucionais”. Destaca, ademais, que

[...] sua elevada posição hierárquica determina a (re)leitura das normas de nível ordinário e deve ser considerada no balanceamento de interesses conflitantes [...].⁸

2.1 A natureza principiológica do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o seu conteúdo essencial

Um dos temas que mais demanda investigação na dogmática constitucional contemporânea, sob a vertente do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo⁹, é identificar a natureza jurídica de uma norma, se é uma regra ou o princípio. A natureza da norma influencia diretamente seu processo de interpretação e de aplicação, por isso que se faz importante o estudo em torno da natureza jurídica da norma que protege o meio ambiente.

No que concerne às normas de direitos fundamentais, mister ressaltar que não há identidade perfeita entre direitos fundamentais e princípios. No entanto, é perceptível o caráter principiológico que as normas de direitos fundamentais possuem por conta do forte conteúdo axiológico em face dos bens jurídicos que visam proteger.¹⁰

Segundo a doutrina majoritária, um modelo puro de princípios é inadequado, pois a rejeição das normas-regra impossibilita limitações aos princípios que consagram direitos fundamentais, prejudicando a segurança jurídica e sua concretização.¹¹ Ilustra Alexy que um modelo baseado puramente em princípios “[...] não leva a sério a constituição escrita.”¹²

A crítica de Alexy (assim como de boa parte da doutrina) acerca da abstração, da relatividade e da insegurança jurídica oriunda de um modelo exclusivo de princípios pode ser refutada. As correntes que defendem que os direitos fundamentais são binormativos apontam que é papel do intérprete decidir, no momento da aplicação, se referido direito fundamental é uma regra ou um princípio.

A distinção entre regras e princípios não é de textos, mas de normas.¹³ Com base em que critérios o intérprete decidirá acerca da natureza jurídica de um direito fundamental? Ora, dependerá de como ele quer que referido direito seja efetivado intuitiva e racionalmente e, por consequência, a melhor forma de se lidar com uma colisão (ou conflito, se for regras). É simples verificar. Ao se tratar de uma colisão entre o direito ao meio ambiente com o direito de propriedade, por exemplo, caso o intérprete queira, previamente, que prevaleça o direito de propriedade de modo total e definitivo, dirá que se trata de uma regra, excluindo, portanto, qualquer hipótese material do direito ao meio ambiente ser aplicado. Por outro lado, caso seja interessante para o intérprete que os dois direitos fundamentais sobrevivam, concluirá que se trata de princípios. Como se vê, as mesmas críticas imputadas ao modelo puramente principiológico podem ser atribuídas ao um sistema binormativo de direitos fundamentais, na medida em que dependerá do interprete decidir qual será a natureza jurídica do direito no momento de sua aplicação.

No entanto, ao se tratar de direitos fundamentais, percebe-se que não é apenas seu forte conteúdo axiológico que coopera para sua natureza jurídica

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 30/10/1995.

⁷ Dez anos depois, na ADIMC 3540-1/DF, o STF reforçou referido entendimento, também com a relatoria do Ministro Celso de Mello. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIMC 3540-1/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 1º/09/2005.

⁸ KRELL, Andreas J. *Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió/AL: a liberação de espigões pelo Novo Código de Urbanismo e Edificações*. Maceió: EDUFAL, 2008, p. 65.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹¹ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001, p. 21.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

¹³ AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44.

principiológica, mas também sua abertura semântica e dimensão objetiva.¹⁴

Diante disso, defende-se que os direitos fundamentais são assegurados em normas-princípio, à luz de uma teoria externa, com conteúdo essencial relativo. Oportuno destacar lição de Bello Filho:

O núcleo essencial de um direito fundamental não é um núcleo duro que impede todo e qualquer movimento restritivo de normas que se baseiem em outros princípios que colidem por trabalharem em sentidos invertidos. O núcleo essencial do direito é um núcleo maleável, que se constitui desde a atividade de ponderação, e a partir da realização do princípio da proporcionalidade. Na efetivação desta ponderação, com obediência aos cânones da proporcionalidade, os direitos fundamentais enquanto princípios obedecem a limites, uma vez que o esvaziamento completo de sentido para uma norma princípio seria o mesmo que esvaziar completamente a sua própria normatividade.¹⁵

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como todos os direitos fundamentais, possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica, núcleo este que representa a própria justiça, essência do Direito. Referido conteúdo não é absoluto nem imutável. Ora, para que serve o Direito, afinal? De uma forma bem simples, pode-se afirmar que o Direito tem como objetivo regular as condutas humanas em prol de uma pacificação social, ou seja, em busca da justiça.

Dignidade da pessoa humana, conteúdo essencial e justiça são institutos que estão intrinsecamente ligados entre si por caracterizar a própria essência do Direito. São conceitos emoldurais que serão preenchidos pelo intérprete, considerando todas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Ao violar um deles, todos os outros serão atingidos, como efeito dominó.

Tratando do direito fundamental ao meio ambiente, constata-se que seu conteúdo essencial é formado pela sadia qualidade de vida. Fala-se, inclusive,

em dimensão ecológica na dignidade humana, o que implica numa matriz fundante dos demais direitos fundamentais. Acerca do tema, defende Fensterseifer que

[...] o conceito jurídico de dignidade humana formulado por Sarlet como moldura conceitual-normativa (aberta) é ponto de partida para pensar (e reformular) referido conceito em face dos novos desafios existenciais impostos pela degradação ambiental (mas também em vista da evolução cultural e dos novos valores socioambientais legitimados no âmbito comunitário), consagrando-se a sua *dimensão ecológica*.¹⁶ (Destaque no original)

Como direito fundamental, o meio ambiente possui ainda irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, características que, segundo Benjamin, informarão os princípios estruturantes da ordem pública ambiental.¹⁷

Por conta disso, quando ocorre a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com outros direitos fundamentais, aquele que não prevalecer no caso concreto não pode ser simplesmente excluído da ordem jurídica porque desnaturaria a própria razão de ser do Direito.

2.2 A dupla dimensionalidade do direito fundamental ao meio ambiente

Ponto interessante que merece ser discutido é se existe um *direito fundamental do ambiente* ou um *direito fundamental ao meio ambiente*. Em outras palavras, demanda investigação, ainda que rápida, verificar as dimensões objetiva e subjetiva do meio ambiente.

Ao analisar o tema, Canotilho arremata que a discussão não se refere mais às positizações constitucionais do meio ambiente, momento este já praticamente superado, vez que a sua constitucionalização já foi realizada pela maioria dos Estados. O que instiga questionamentos é como referido direito fundamental fora tutelado, haja vista

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94.

¹⁵ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. Tese apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2006, pp. 79-80.

¹⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008, p. 35.

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98.

que “algumas constituições se preocuparam mais com o direito *do* ambiente do que com o direito *ao* ambiente”.¹⁸

Isto se deve pelo fato de o meio ambiente ter uma dupla acepção: objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva trata do ambiente como fim e tarefa do Estado e da comunidade. Na medida em que o direito ao meio ambiente aparece na visão subjetiva, possui natureza de direito subjetivo individual. Já quando se trata da perspectiva objetiva, também chamada de “objetiva-valorativa” por Sarlet, significa que existem elementos objetivos de uma comunidade que devem ser guiados pelo Estado. Assim, releva-se como uma ordem objetiva de valores que irradia sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁹

Canotilho ressalta que a Constituição portuguesa de 1976, juntamente com a Constituição da Espanha de 1978, dispõem de um direito fundamental ao meio ambiente, ou seja, tratam-no em sua dimensão subjetiva e objetiva. Já nas recentes constitucionalizações formais do ambiente nas leis fundamentais da Alemanha e da Finlândia, o direito do ambiente é regulamentado tratando-se tão somente da sua dimensão objetiva.²⁰

O que muda, afinal, em termos jurídico-dogmáticos? Ao considerar o meio ambiente apenas em sua dimensão objetiva implica dizer que suas normas-tarefa ou normas-fim

[...] não garantem posições jurídico-subjectivas, dirigindo-se fundamentalmente ao Estado e outros poderes públicos. Não obstante isso, constituem normas jurídicas objectivamente vinculativas [...].²¹

No plano prático, o autor lusitano remonta três consequências: a primeira se trata da existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Como segundo traço, a dimensão objetiva aponta para a

[...] constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais decisivamente relevantes na interpretação – concretização de outras regras e princípios constitucionais [...].

E, por fim, implica a proibição constitucional de retrocesso ecológico-ambiental, tendo como o agravamento da situação ecológica global um critério básico de avaliação, pois só assim será possível proceder em alguns casos à ponderação ou balanceamento de bens.²²

Quanto à acepção subjetiva do referido direito fundamental, é importante observar que o corte jurídico-constitucional do meio ambiente como bem jurídico autônomo só será possível caso a Constituição assim o preveja, sob pena de se dissolver na proteção de outros bens constitucionalmente relevantes. Ou seja, caso exista apenas a dimensão objetiva, explica Canotilho que

[...] a consagração constitucional do ambiente como tarefa dos poderes públicos pode ser suficiente para impor responsabilidades ecológicas ao Estado (e outros poderes públicos) mas não tem operacionalidade suficiente para recortar um âmbito normativo garantidor de posições subjectivas individuais no que respeita ao ambiente.²³

Na lição de Alexy, o meio ambiente é um “direito fundamental como um todo”, ao passo que representa um leque paradigmático das situações suscetíveis de normatização que tutelam direitos fundamentais. Por conseguinte, o direito ao meio ambiente pode referir-se ao direito do Estado: a) de se omitir de intervir no meio ambiente (*direito de defesa*); b) de proteger o cidadão contra terceiros que causem danos ao meio ambiente (*direito de proteção*); c) de permitir a participação dos cidadãos nos processos relativos à tomada de decisões que envolvam o meio ambiente (*direito ao procedimento*); e, por fim, d) de realizar medidas fáticas que visem a melhorar as condições ecológicas (*direito de prestações de fato*).²⁴

Ao analisar o art. 5º da Carta Magna, percebe-se que o direito ao meio ambiente não foi por ele albergado, estando, assim, fora do seu catálogo. No entanto, a doutrina já é uníssona ao defender que o rol dos direitos e garantias do art. 5º não é taxativo, na medida em que o § 2º do art. 5º traz uma abertura de todo o ordenamento jurídico nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos e

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 179.

¹⁹ SARLET, op. cit., p. 147.

²⁰ CANOTILHO, op. cit., pp. 179-180.

²¹ Ibidem, p. 181.

²² Ibidem, pp. 181-183.

²³ Ibidem, pp. 184-184.

²⁴ ALEXY, op. cit., p. 429.

aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.²⁵

De fato, a Carta Magna pátria reconhece expressamente o ambiente ecologicamente equilibrado como meio para a preservação da vida humana, o que implica dizer que referido direito fundamental tem *status* formal (pois está previsto no Texto – art. 255, *caput*) e material (porque seu conteúdo é imprescindível à dignidade humana). Tem, por conseguinte, aplicabilidade imediata, com fundamento no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, por possuir supremacia normativa conferida pela ordem jurídica constitucional. Trata-se da coerência interna dos direitos fundamentais, baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, defendida por Sarlet, sendo capazes de gerar efeitos jurídicos.²⁶

Sobre a eficácia do direito ao meio ambiente, são as próprias atitudes do homem que geram a desarmonia ambiental, o que legitima o meio ambiente como direito fundamental e justifica a sua aplicabilidade imediata, afastando definitivamente a sua classificação de norma programática.

A questão ambiental ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade humana ou como desdobramento imediato da corresponsabilidade geracional. Sampaio anuncia que

[...] pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como se pode referir a uma 'ordem ambiental' que completa e condiciona a 'ordem econômica' e que, por topologia, integra-se na 'ordem social'.²⁷

Notadamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser garantido tanto às gerações presentes quanto às futuras. Para

a implementação deste direito existem valiosos princípios e instrumentos no seio da legislação ambiental brasileira, que podem e devem nortear a atuação do Estado na tutela do meio ambiente.

2.3 A titularidade do direito fundamental ao meio ambiente: uma necessária abordagem ética

Segundo o art. 225 da Constituição Federal de 1988, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Uma grande questão se faz necessária: quem faz parte do conteúdo de “todos”, ou seja, quem é o titular do direito fundamental ao meio ambiente? O Direito se utiliza da Ética para respondê-la, na medida em que a Ética pauta qualquer relação humana com os demais seres vivos. Se os valores e as percepções sociais são modificados, transforma-se, cedo ou tarde, o quadro jurídico que rege a comunidade, como o ocorrido com a escravidão e, posteriormente, com os direitos da mulher.²⁸ Nesse sentido, é mister um debate acerca do tratamento dado à natureza, por meio de fundamentos éticos.

Ecologia e Ética estão interligadas de forma recíproca ao verificar a necessidade do impacto da segunda sobre a primeira, assim como um desafio que a ecologia sugere para a reflexão ética. Há, por conseguinte, diversos enfoques éticos para cada um dos seres ou sistemas que habitam o planeta, o que implica na concepção de meio ambiente adotada na ordem jurídica de cada Estado. Apontam-se várias correntes, podendo destacar o antropocentrismo e a ecologia profunda (*deep ecology*).²⁹

O *antropocentrismo clássico* defende que o homem está no centro do meio ambiente, ou seja, este serve tão somente para satisfazer os interesses humanos. A ética antropocêntrica tradicional pode ser fundamentada no pensamento kantiano, ao defender que o ser humano não pode ser empregado como simples “meio” (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como “fim em si mesmo” (sujeito), em qualquer relação,

²⁵ Segundo Rossit, “não é demais assinalar que o direito ao meio ambiente equilibrado constitui-se em direito fundamental da pessoa humana, ainda que não figure expressamente no art. 5º da Carta Magna de 1988, justamente porque visa à sadia qualidade de vida, ou, em outras palavras, visa a assegurar direito fundamental que é a vida”. ROSSIT, Lilianna Allodi. *O Meio Ambiente de Trabalho no Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001, p. 55.

²⁶ SARLET, op. cit., pp. 78-79.

²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 98.

²⁸ BENJAMIN, op. cit., pp. 49-50.

²⁹ Benjamin classifica os textos e dispositivos normativos em três modelos ético-jurídicos básicos: antropocentrismo puro, antropocentrismo intergeracional e não antropocentrismo. BENJAMIN, Antonio Herman. A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo (org.). Campinas: Millenium, 2009, p. 52.

seja ela com o Estado ou com os demais indivíduos.³⁰ Referida abordagem implica em uma visão utilitarista do ambiente.

No entanto, o antropocentrismo tem como desdobramentos o economicocentrismo e o antropocentrismo alargado.³¹ A dimensão economicocêntrica

[...] reduz o bem ambiental a valores de ordem econômica, fazendo com que qualquer consideração ambiental tenha como 'pano de fundo' o proveito econômico do ser humano [...].³²

Já o antropocentrismo alargado destaca a responsabilidade do homem com a natureza, sendo o guardião da biosfera.

O *antropocentrismo alargado*, mesmo centrando as discussões a respeito de ambiente na figura do ser humano, propugna por novas visões do bem ambiental. Assim, centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, renegando uma estrita visão econômica do ambiente. O "alargamento" dessa visão antropocêntrica reside justamente em considerações que imprimem ideias de autonomia do ambiente como requisito para a garantia de sobrevivência da própria espécie humana.³³

Há, por conseguinte, a evolução de um panorama bem menos antropocêntrico em que os valores de proteção da natureza recebem uma especial atenção, com a construção, inclusive, de uma nova ética ambiental.³⁴

A *ecologia profunda*, ao revés, defende que o homem deve integrar-se ao meio ambiente, não separando os seres humanos do meio ambiente natural. Não existe nada de forma isolada, mas sim uma grande cadeia onde todos os objetos e os seres estão interligados. Assim, na lição de Capra, a *deep ecology* "reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos

e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida".³⁵

A crise ecológica, segundo Ost, não está apenas na destruição dos recursos ambientais, mas na própria relação humana com a natureza. Para o autor:

[...] enquanto não for repensada a nossa relação com a natureza e enquanto não formos capazes de descobrir o que dela nos distingue e o que a ela nos liga, nossos esforços serão em vão, como o testemunha a tão relativa efectividade do direito ambiental e a tão modesta eficácia das políticas públicas neste domínio.³⁶

Os defensores da ecologia profunda (não antropocêntrica), seja na visão biocêntrica ou zoocêntrica (ecocêntrica), apontam fundamentos teóricos, filosóficos e éticos para a defesa do direito dos animais e da natureza. Sustenta-se, por conseguinte, a possibilidade de animais não humanos³⁷, assim como a natureza, serem sujeitos de direito, ao impor uma nova fundamentação ecológica da dignidade humana.³⁸ Como adeptos da visão biocêntrica, destaca-se um forte grupo de pensadores do Direito.³⁹

Defensor de uma ética ambiental com foco nos animais, Rolston destaca que são quatro as questões mais críticas que o homem enfrenta atualmente: paz, população, desenvolvimento e meio ambiente. Todas estão interligadas. No entendimento do autor,

[...] os desejos humanos por desenvolvimento máximo impulsionam o aumento da população, acelera a exploração do meio ambiente e alimenta as forças de guerra [...].⁴⁰

³⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 229.

³¹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 137.

³² Ibidem, p. 137.

³³ Ibidem, p. 137.

³⁴ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 73-74.

³⁵ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 12.

³⁶ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1997, p. 9.

³⁷ SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004, pp. 4-10. REGAN, Tom. *Defending animal rights*. Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 2001, pp. 10-15. GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2008, pp. 64-81.

³⁸ FENSTERSEIFER, op. cit., pp. 31-56.

³⁹ A concepção biocêntrica do meio ambiente, segundo Rodrigues, é a única forma de o homem preservar a si mesmo. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

⁴⁰ ROLSTON, Holmes. Ética ambiental. In BUNNING, N; TSUI-JAMES, E.P. *Compêndio de Filosofia*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 560.

Nessa linha, defende uma ética ambiental por meio de uma preocupação com valores e deveres em relação ao mundo natural. Ética esta que não é apenas para as pessoas, mas também para os animais:

Um animal valoriza sua vida pelo que é em si, sem uma referência adicional, embora, é claro, habite um ecossistema do qual depende a sustentação da sua vida. Os animais são capazes de valores, capazes de valorizar as coisas em seu mundo, suas próprias vidas intrinsecamente e seus recursos de maneira instrumental. Assim, pode e deve haver uma ética do bem-estar animal; ou como alguns preferem dizer, uma ética dos direitos dos animais.⁴¹

O princípio da responsabilidade é invocado por Jonas como forma de construir uma nova ética para a civilização tecnológica. Antes de um dever jurídico, estar-se diante de um dever moral, com o intuito de ser guia não apenas das condutas humanas, mas, ainda, da sua forma de se relacionar com o meio ambiente.⁴²

Extraí-se, portanto, que dependendo do viés ético abordado, haverá influência para o Direito, afetando, indubitavelmente, a titularidade do direito fundamental ao meio ambiente.

Sobre o tema, atenção especial deve ser dada à corrente geocêntrica, tendo em vista os recentes eventos internacionais, bem como as mudanças constitucionais ocorridas em países da América do Sul, como Bolívia e Equador.

As religiões ancestrais desenharam o universo como uma grande mãe. As grandes deusas representavam o próprio planeta Terra ou princípio gerador da vida, a qual inspirava temor e reverência. Somente a Terra tinha o poder de produzir e nutrir a vida, sem ela a vida no planeta se extinguiria. É por isso que o culto à Grande Mãe era a religião mais difundida nas sociedades primitivas.

Na América andina pré-colombiana, a antiga civilização inca foi tão tocada por esse simbolismo que identificou o planeta Terra como *Pachamama*, expressão que na língua indígena quéchua significa Mãe Terra.

A nova Constituição do Equador, aprovada mediante referendo popular, entrou em vigor no

dia 20 de outubro de 2008, abolindo a antiga Carta Magna de 1998. A atual Constituição do Equador, em seu capítulo sétimo, de forma inédita, consagra os direitos da natureza ou *Pachamama*.⁴³ Estabelecendo de forma original uma proteção jurídica ambiental ampliada, com inserção de obrigatoriedade do Estado no controle e principalmente de instrumentos e restrições importantes face a lesividade e risco do bem ambiental, tais como:

1. Medidas adequadas e transversais para controle da mudança climática, conforme art. 414;

2. Proibição de cultura de sementes transgênicas, conforme art. 401;

3. Proibição de cessão de direito de propriedade intelectual obtida através do conhecimento tradicional associados à biodiversidade nacional, art. 402;

4. Estabelecimento de instrumento de gestão de riscos pelo Poder Público para dar conta dos efeitos negativos dos desastres naturais ou antrópicos, mediante ações de prevenção e mitigação face ao controle de riscos, além da recuperação e melhoramento das condições sociais, procurando minimizar as condições de vulnerabilidade, conforme art. 389;

5. Proibição da exploração de recursos não renováveis em áreas protegidas, conforme art. 407.

Sob o mesmo espírito, a Constituição da Bolívia, aprovada após consulta popular realizada no dia 15 de janeiro de 2009, contém, em seu art. 8º, a proposta do Viver Bem, que tem sido resumida como viver em harmonia com a natureza. Tal cultura remete-se aos princípios ancestrais e indígenas da região, de feição integracionista, em face do culto prevaletente à Mãe Terra.⁴⁴

⁴³ "Art. 71.- *La naturaleza o Pacha Mama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema". (destacado)

⁴⁴ Além desse dispositivo constitucional, a Bolívia aprovou, no dia 7 de dezembro de 2010, a Lei de Direitos da Mãe Terra, proposta por cinco confederações nacionais indígenas e camponesas. A norma estabelece a Mãe Terra como "o sistema vivo dinâmico formado pela comunidade indivisível de todos os sistemas de vida e os seres vivos, inter-relacionados, interdependentes e complementares,

⁴¹ Ibidem, p. 560.

⁴² JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006, pp. 39-60.

A vertente ética do zoocentrismo também vem ganhando adeptos. De acordo com as correntes clássicas, os animais, em geral, manifestam-se por meio de uma programação de natureza, de instinto ou por estímulos externos.

Há estudos que estão sendo desenvolvidos em universidades norte-americanas no sentido de constatar se os demais animais, chamados de não humanos, teriam uma racionalidade, ainda que mínima, por meio de testes e experimentos, fortalecendo a construção de um Direito Animal.

A racionalidade do gênero *homo* estaria vinculada ao tamanho da estrutura cerebral com muita semelhança genética. Quanto maior o cérebro, mais habilidades vão se desenvolvendo, como a matemática e o uso de linguagem.

Assim, baseado em argumentos evolucionistas, éticos, históricos e hermenêuticos, é que se defende a extensão de direitos fundamentais aos grandes primatas (chimpanzé, gorila, etc.) como o direito à vida, à liberdade individual, à locomoção, à integridade física, dentre outros.⁴⁵

Sobre o tema, é importante destacar que chegou ao STJ a análise de *habeas corpus* em face de dois chimpanzés, o que aumentou a repercussão do tema no País, apesar de os agravantes terem solicitado desistência do agravo regimental, tendo em vista a regularização da situação dos animais.⁴⁶ Não obstante a isso, visualiza-se que a discussão é crescente, em virtude do fortalecimento dos movimentos de defesa

dos animais no País e no mundo, bem como de pesquisas científicas sobre o tema.

Ao adotar o paradigma cartesiano para analisar a relação homem-natureza, nota-se que a ideia de “centrismo” acaba sendo limitada e, por conseguinte, excludente. Ao considerar a perspectiva natureza-objeto, o elemento natureza é desconsiderado, ao passo que, sob o enfoque natureza-sujeito, a exclusão está no elemento humano. Por isso é que Ost afirma que ambas as vertentes são equivocadas e geram a crise do vínculo, porque “só podem existir vínculos entre elementos previamente reconhecidos”.⁴⁷

Para resolver o problema dialético entre o natural (natureza-sujeito) e o positivo (natureza-objeto), o autor traz uma terceira categoria, a do justo, que informa a natureza-projeção. Sob a perspectiva de justiça, Ost defende um direito intergeracional, cujos postulados fundamentais se referem à responsabilidade e ao patrimônio.

Nesse sentido, a abordagem deste estudo é o antropocentrismo alargado, adotada pela maioria da doutrina e pela jurisprudência pátrias, que é uma concepção ética que foca no homem não porque é um ser superior, mas devido à sua racionalidade, podendo decidir pelas suas escolhas, sendo, pois, responsável. A proposta do “centrismo” aqui utilizada não pode ser vista de forma limitada e puramente dialética, mas numa profunda relação de complexidade.

Por ser racional, o homem possui uma ética solidária em relação a todas as formas de vida, sendo responsável por suas condutas que influenciam a atual geração, bem como as futuras. Tem, ainda, o dever de solidariedade frente às outras formas de vida, sendo responsável pelo equilíbrio ambiental, incorporando a ideia de justiça intergeracional invocada por Ost.

Dentre os argumentos éticos que apontam na direção de uma justiça ambiental, ou seja, justiça entre as várias gerações, há, pelo menos, dois elementos básicos, de acordo com Benjamin: “conservação da natureza para as gerações futuras, visando assegurar a perpetuação da espécie humana” e, ainda, a existência dos “mesmos ou superiores padrões de qualidade de vida hoje encontráveis”.⁴⁸

que compartilham um destino comum”. Consagra os princípios da harmonia, do bem coletivo, da garantia de regeneração, do respeito e defesa dos Direitos da Mãe Terra, da não mercantilização e da interculturalidade.

⁴⁵ GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2008, pp. 64-81.

⁴⁶ O caso chegou à Corte Superior quando o proprietário e fiel depositário dos dois chimpanzés, Lili e Megh, recorreu contra a decisão do TRF da 3ª região que determinou que os animais fossem retirados do cativeiro e introduzidos na natureza. Ele alegava que os chimpanzés não sobreviveriam caso fossem retirados do cativeiro, pedindo que continuem sob a guarda e responsabilidade do proprietário. A Corte chegou a dar início ao julgamento, ocasião em que o ministro Castro Meira disse ser incabível a impetração de HC em favor de animais, admitindo a concessão da ordem apenas para seres humanos. Em seguida, o ministro Herman Benjamin pediu vista e o julgamento foi suspenso. O processo, no entanto, foi extinto, tendo em vista que os agravantes solicitaram pedido de desistência em face da regularização dos animais. *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. HC 96344 / SP. Relator Ministro Castro Meira. DJ 23/08/2012.

⁴⁷ OST, op. cit., p. 35.

⁴⁸ BENJAMIN, op. cit., pp. 58-59.

Notadamente, defende-se que uma ética antropocêntrica alargada e intergeracional galgada no princípio da responsabilidade é um caminho possível para uma nova relação do homem com o meio ambiente e, por conseguinte, consigo mesmo, imprescindível para a reconstrução de uma nova lente para se ver a realidade.

É indiscutível, no entanto, que a abertura que está sendo conferida pelas novas perspectivas éticas é importante para a evolução do Direito Ambiental, o que se coaduna com a racionalidade jurídica complexa que se constrói a partir da mutabilidade e progressividade do conhecimento científico.

3 O meio ambiente ecologicamente equilibrado como dever fundamental

No Direito brasileiro, o direito fundamental ao meio ambiente possui as dimensões objetiva e subjetiva, o que faz a ordem jurídica ambiental local ser extremamente avançada, especialmente quando a finalidade do Direito Ambiental, segundo Prieur, implica uma obrigação de resultado, qual seja, “a melhoria constante do estado do ambiente”.⁴⁹

O progresso do Direito Ambiental está vinculado ao progresso da humanidade, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 4º, IX, CF). Ensina Benjamin que o texto constitucional mostra-se triplamente propositivo, ao se referir ao “progresso do País” de forma genérica, como objetivo de concretização nacional. Assegura, ainda, um “progresso planetário”, ao tratar de uma melhoria universal, incluindo todos os seres humanos e todas as bases da vida na terra. Por fim, propugna o “progresso imaterial”, fortalecendo valores intangíveis, subprodutos da ética e da responsabilidade.⁵⁰

Isto se deve à abertura do Direito Ambiental, tendo em vista a impossibilidade de conceitos engessados, numa perspectiva pós-moderna e complexa. Definir taxativamente o bem ambiental é impossível, pois as condições e os fatores ecológicos, sociais e humanos, visualizados de forma integrada e reflexiva, estão

em constante transformação e evolução, criando, por conseguinte, um patrimônio político-jurídico ambiental, fruto de sua evolução histórico-civilizatória, para aquém do qual não se deve retroceder.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever do Estado e direito de todos, indistintamente, na medida em que se revela como um direito difuso. Outrossim, manifesta-se como um direito intergeracional, motivo pelo qual fortalece a tese do dever ambiental para as futuras gerações, adotando o princípio da equidade intergeracional.

Diante dessas considerações, visualiza-se que o Estado tem obrigação constitucional de adotar medidas — legislativas e administrativas — de tutela ambiental que busquem efetivar o direito fundamental em tela.⁵¹ Ao incumbir o Estado como principal (e não único) devedor de proteção ambiental, o constituinte estipulou obrigações e responsabilidades positivas e negativas, que vinculam não apenas todos os entes federados no exercício de suas funções administrativas e legislativas, mas também o constituinte derivado, na medida em que o meio ambiente está no rol (embora não expresso) das cláusulas pétreas.⁵²

O § 1º do art. 225 da Constituição prevê os deveres que têm como titular o Poder Público, intitulados de especiais⁵³, enquanto que nos § 2º e § 3º, pode-se visualizar alguns dos deveres da comunidade. Alguns porque o rol de deveres não é taxativo, existindo outros na legislação infraconstitucional.

Explica Benjamin que a Constituição de 1988, ao utilizar a técnica dos imperativos jurídico-ambientais mínimos, assegura “três núcleos jurídicos duros” vinculados à proteção ambiental: a) processos ecológicos essenciais, b) diversidade e integridade genética e c) extinção de espécies, conforme redação do art. 225, § 1º, I, II e VII. Em relação aos dois primeiros, verifica-se um “*facere*, um ‘atuar’ (= imperativo mínimo

⁴⁹ PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2011.

⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (org.). Brasília, 2012. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 1º set. 2012, p. 56.

⁵¹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 214.

⁵² SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2002, p. 55.

⁵³ SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In: *Revista de Direito Ambiental*, a. 12, n. 48, out./dez., pp. 225-245, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 232-235.

positivo), o terceiro, como um 'evitar', um *non facere* (= imperativo mínimo negativo).⁵⁴

Dessa forma, "prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas" (inciso I), "definir espaços territoriais especialmente protegidos, cuja supressão só é permitida através de lei" (inciso III), "exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente" (inciso IV) e "promover da educação ambiental" (inciso V) são deveres estatais objetivos vinculados ao dever geral do Estado de garantir e promover os processos ecológicos essenciais.

No que se refere ao dever amplo de proteção da diversidade e da integridade genética, um dos núcleos jurídicos duros mencionados por Benjamin, constata-se que abrange o dever de "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético" (inciso II) e de "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" (inciso VI).

Por fim, o dever de proteger a extinção de espécies está assegurado quando o constituinte prevê que se deve "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" (inciso VII).

Desta forma, os imperativos jurídico-ambientais mínimos estão vinculados ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, seja na perspectiva de que o Estado não pode piorar o conteúdo normativo-ambiental atingido (imperativo mínimo negativo), seja pelo enfoque de que o Estado é obrigado a promover melhorias constantes na tutela ambiental, devido às incertezas científicas e às novas tecnologias (imperativo mínimo positivo).

É mister visualizar, ainda, que os imperativos jurídico-ambientais buscam proteger o mínimo existencial ecológico, ou seja, o já conhecido mínimo existencial se alarga para incluir a qualidade ambiental. Além dos direitos já identificados pela doutrina como integrantes desse mínimo existencial (saneamento básico, moradia digna, educação fundamental,

alimentação suficiente, saúde básica, dentre outros), deve-se incluir dentro desse conjunto a qualidade ambiental, com vistas a concretizar "uma existência humana digna e saudável, ajustada aos novos valores e direitos constitucionais da matriz ecológica".⁵⁵

Como se vê, a proteção do meio ambiente não é apenas um dever do Estado, é dever de todos, sem exceção, do Poder Público e da coletividade, conforme preceitua o art. 225 da Carta Magna. O homem, na condição de cidadão, torna-se titular do direito ao ambiente equilibrado e também sujeito ativo do dever fundamental de proteger o ambiente. Para tanto, foram colocados à coletividade instrumentos jurídicos para a defesa desse direito difuso, como a ação popular e a ação civil pública, bem como instrumentos de participação na gestão ambiental, por meio da participação em conselhos na esfera ambiental e em audiências públicas.⁵⁶

É interessante perceber que a sociedade acaba sendo sujeito ativo e passivo do direito-dever. Em outras palavras, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, como consequência, o dever de preservá-lo cabe também a todos.

O dever ambiental efetivamente prestado gera o direito ao equilíbrio ambiental concretizado. Se a sociedade tomasse a real consciência da importância da natureza, refletindo sobre o descaso que lhe foi ofertado por tanto tempo, certamente diminuiriam os impactos negativos ecológicos.

O zelo e o dever de cuidado são de toda a sociedade, ou seja, todas as pessoas têm o dever de preservar o ambiente do Planeta, a fim de garantir uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. O dever fundamental de proteção do meio ambiente tem, portanto, natureza jurídica e moral, sendo um norteador de condutas entre humanos, do homem consigo mesmo, bem como da relação do ser humano com todas as formas de vida.⁵⁷

⁵⁴ BENJAMIN, op. cit., p. 66.

⁵⁵ FENSTERSEIFER, op. cit., p. 264.

⁵⁶ SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In: *Revista de Direito Ambiental*, a. 12, n. 48, out./dez., pp. 225-245, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 236.

⁵⁷ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006, pp. 39-60.

4 O Estado de Direito Ambiental

A racionalidade jurídica clássica, pautada na segurança e em conceitos engessados, não é suficiente para lidar com a complexidade que permeia o Direito Ambiental, o que faz a discussão ultrapassar um olhar técnico e meramente dogmático, adquirindo um caráter transdisciplinar.⁵⁸

A sociedade de risco, oriunda da pós-modernidade (ou modernidade reflexiva, a depender do suporte teórico), demanda transformações no Estado e no Direito de forma a minimizar os impactos da crise ambiental e controlar as dimensões do risco. Estado e Direito caminham juntos, um complementando o outro, com o objetivo de pacificação social. O Direito é, pois, o discurso que legitima o papel do Estado. Parece que no atual contexto do risco, vinculado diretamente à problemática ambiental, urge modificações teóricas e funcionais no âmbito do Direito e do Estado.

Se lidar com o risco certo e em potencial, utilizando a expressão de Beck⁵⁹, já era difícil no paradigma anterior, imagina gerir riscos imprevisíveis, em abstrato, em virtude das incertezas científicas. Nessa linha, é preciso criar uma nova gestão preventiva, por meio da utilização de instrumentos preventivos e precaucionais, para lidar com toda a complexidade ambiental que paira pela sociedade hodierna.

A partir do momento em que se constata que o meio ambiente sadio é condição para a vida em geral e que a sociedade de risco torna cada vez mais complexa a tarefa de lidar com o dano ambiental, é emergencial um Estado preocupado com a questão ecológica. De uma forma objetiva, o Estado de Direito Ambiental pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente. Observa Capella que a construção do Estado de Direito Ambiental pressupõe a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social com o propósito de se alcançar um modelo de desenvolvimento duradouro, orientado para a busca da igualdade substancial entre os cidadãos mediante

o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.⁶⁰

Não obstante o Estado de Direito Ambiental ser, em um primeiro momento, uma abstração teórica, o tratamento que a lei fundamental de um determinado país confere ao meio ambiente pode aproximar ou afastar o seu governo dos avanços propostos pelo Estado de Direito Ambiental, servindo de meta e parâmetro para este.

Diante de tal consideração, é oportuno assinalar que a Constituição Federal de 1988 foi o primeiro diploma constitucional brasileiro a versar deliberadamente sobre o meio ambiente, dispensando à matéria um tratamento amplo e diferenciado. A partir de um capítulo especificamente dedicado ao tema, o constituinte definiu o que viria a se tornar o núcleo normativo do Direito Ambiental brasileiro.

A proteção constitucional do meio ambiente, entretanto, é mais extensa, abrangendo uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, relacionam-se a valores ambientais de forma holística e sistêmica. Nessa linha, ilustra Benjamin que o capítulo que versa sobre o meio ambiente nada mais é do que o ápice ou a face mais visível de um regime constitucional que se dedica de forma difusa à gestão dos recursos ambientais.⁶¹

Há princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental como o princípio da precaução, o princípio da prevenção, o princípio da responsabilização, o princípio do poluidor-pagador, o princípio do protetor-recebedor, o princípio da participação, o princípio da cidadania, princípio da democracia, princípio da informação, princípio da proibição do retrocesso ecológico e princípio do mínimo existencial ecológico. Aqui, verifica-se que o rol dos princípios que estruturam o Direito Ambiental não é taxativo, haja vista que a sociedade está em constante transformação, não podendo ser engessada. Além disso, apesar de existir consenso na doutrina em relação aos princípios clássicos, há autores que sempre estão propondo novos princípios e olhares à base do Direito Ambiental,

⁵⁸ MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Peirópolis, 2000, pp. 209-212.

⁵⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Tradução de Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998.

⁶⁰ CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994.

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

por isso a importância de ter em mente a incessante e progressiva abertura do Direito Ambiental.

No entanto, ao analisar todos esses princípios, percebe-se que a solidariedade acaba estando inserida seja de forma transversal ou direta em todos os demais. Por conta disso, é que o princípio da solidariedade é o fundamento teórico-jurídico do Estado de Direito Ambiental, ou seja, um dos princípios fundantes do novo paradigma estatal, o que não exclui, por conseguinte, os demais.

Para tanto, resta verificar se a Carta Magna brasileira tem condição de recepcionar o novo modelo de Estado, vez que

[...] a construção do Estado de Direito Ambiental passa, necessariamente, pelas disposições constitucionais, pois são elas que exprimem os valores e os postulados básicos da comunidade nas sociedades de estrutura complexa, nas quais a legalidade representada racionalidade e objetividade [...].⁶²

A Constituição Federal de 1988 trata do princípio da solidariedade como objetivo da República em seu art. 3º, I, ao prever a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” No inciso IV do mesmo artigo, visualiza-se outro objetivo que comprova a preocupação do constituinte originário com a solidariedade, ao estabelecer a “erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais”. Como se vê, os dispositivos estabelecem um novo marco normativo-constitucional, ao consolidar a solidariedade como princípio da Lei Maior.⁶³

Ainda no Texto Constitucional, o art. 225, núcleo do ambientalismo constitucional, cuida da solidariedade ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Não há dúvida de que

o dever fundamental está diretamente relacionado ao princípio da solidariedade por dividir os encargos e responsabilidades na equidade geracional.

Outrossim, o citado princípio encontra guarida em tratados internacionais de direitos humanos de matéria ambiental ratificados pelo Estado brasileiro, em virtude da cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.⁶⁴

O princípio da solidariedade aparece com um dos grandes desafios aos juristas por conta da teoria do risco, na medida em que demanda relacionamento entre as diversas gerações, o que torna a temática complexa, pois não se sabe o que está por vir. Ilustra Benjamin que só cabe fazer algumas conjecturas sobre

[...] a) quem habitará o planeta num futuro muito além dos dias de hoje; b) as consequências remotas que nossas ações atuais provocarão nesses habitantes incertos; e, c) os tipos de preferência adotados por tais gerações [...].⁶⁵

A falta de consciência local e global, no que concerne às consequências dos impactos negativos no meio ambiente, é uma das causas mais graves da problemática ambiental. Até porque de nada adianta um Estado de Direito Ambiental, se logo ao lado existir um país em total descaso com as questões ecológicas. Nem precisa ser tão perto assim, vez que não há alfândegas na atmosfera que fiscalize a entrada e a saída de poluição de um país. Não existe um dano ambiental que fique limitado ao local da sua realização, o que reforça a necessidade da solidariedade não apenas como princípio fundante do Estado Ambiental, mas também como um princípio universal entre os povos.

De antemão, já se afirma que não se trata de uma ruptura total com o Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo constituinte originário brasileiro de 1988, nos termos do art. 1º. Trata-se do acréscimo de novo princípio fundante e valor-base que, ao se vincularem com os já existentes na velha ordem, de forma equilibrada e holística, objetivam uma proteção

⁶² LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do Direito Administrativo em face do Estado de Direito Ambiental. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo (org.). Campinas: Millenium, 2009, p. 439.

⁶³ Interessante, ainda, mencionar que o princípio da solidariedade também está previsto no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao asseverar que os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Embora o preâmbulo careça de juridicidade, trata-se de uma carta de intenções do constituinte que não deixa de ser uma norma moral que manifesta os ideais e valores da sociedade brasileira.

⁶⁴ “Art. 5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁶⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo (org.). Campinas, Millenium, 2009, p. 59.

mais efetiva da tutela ambiental. Assim, o princípio da solidariedade atuará de forma conjunta com o princípio da legitimidade (“Estado Democrático”) e com o princípio da juridicidade (“Estado de Direito”), além de outros que incorporam valores eleitos pelo constituinte.

Não é uma questão formal, um registro de surgimento de um novo Estado. De fato, não é tão importante para a Ciência Jurídica os nomes atribuídos aos institutos, mas sim a natureza jurídica destes. É claro que um nome que é dado a um Estado não transformará a realidade da noite para o dia. Decerto que não. O que se pretende, na defesa de um Estado de Direito Ambiental, é o fortalecimento de um novo olhar, de uma consciência ecológica, de diferentes funções, instrumentos, metas e tarefas que possam (e devam) ser utilizados pelo Poder Público e pela coletividade, de forma integrada, preventiva, precaucional e solidária.

Como se vê, não é um discurso romântico ou utópico, mas um paradigma possível de ser efetivado no atual contexto da pós-modernidade e da complexidade. Não se nega, entretanto, a dificuldade de efetivá-lo, com elementos integrantes sólidos e adequados, a fim de que sejam implementados pelos Estados hodiernos na concretização do novo princípio-base da solidariedade e do valor da sustentabilidade.

5 Elementos de uma hermenêutica jurídica ambiental

De nada adianta toda uma construção teórica em torno do Estado de Direito Ambiental, se não existirem mecanismos concretos de efetivação. Ao adotar o paradigma ecológico, é necessário um novo modo de ver a ordem jurídica, com uma pré-compreensão diferenciada do intérprete, na medida em que a hermenêutica filosófica comprova que o sentido a ser captado da norma jurídica é inesgotável.⁶⁶

As normas precisam ser interpretadas de forma a concretizar o Estado de Direito Ambiental. Por mais que a Constituição permaneça em muitos pontos inalterada, e até mesmo as normas infraconstitucionais, o intérprete deve perceber o movimento dialético do Direito, formado por raciocínios jurídicos não apenas dedutivos, mas também indutivos, o que

justifica a emergência de uma Hermenêutica Jurídica Ambiental.⁶⁷

A particularidade de uma Hermenêutica Ambiental se fortalece, ainda, pelo fato de a ordem jurídica ambiental ser dotada de conceitos vagos, confusos, amplos e indeterminados, além da intensa discricionariedade administrativa que é concedida ao Executivo. O próprio conceito de bem ambiental é juridicamente indeterminado, haja vista que suas condições, fatores e elementos estão em constante transformação. É um conceito emoldural que será preenchido pelo intérprete no caso concreto, de acordo com os conhecimentos científicos no momento de sua aplicação.

Destaca-se, ademais, que diante do caráter principiológico dos direitos fundamentais, é inevitável a constante colisão entre eles, como ocorre entre o direito ao meio ambiente com o direito à propriedade, por exemplo, levando à necessidade de técnicas interpretativas adequadas.

O neoconstitucionalismo demanda construção teórica que faça a devida adaptação dos institutos jurídicos aos padrões firmados pela Constituição ao fixar novos cânones de interpretação para as normas infraconstitucionais. Assim, urge um novo viés hermenêutico da ordem jurídica, tendo como novel valor a sustentabilidade, invadindo a esfera pública e privada por conta da Ecologização.

Referidos métodos podem ser aplicados por todos os que lidam com o Direito Ambiental: pelo legislador ao elaborar as normas infraconstitucionais, em obediência à Constituição; pelo Executivo no momento da elaboração e da execução de políticas públicas, especialmente no caso de licenciamento ambiental em virtude da discricionariedade administrativa; e pelos procuradores que atuam na área ambiental.

Por fim, a hermenêutica esverdeada é indicada aos magistrados que lidam cada vez mais com demandas ambientais, considerando, ainda, a tendência das varas especializadas no Judiciário brasileiro. Em verdade, a tutela judicial acaba sendo a última saída, como se o magistrado fosse o salvador do Planeta, e porque não

⁶⁶ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁷ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

dizer, de todos nós. Como o julgador é um ser humano, faz parte da sociedade, ele também tem a obrigação não só de buscar a justiça no caso concreto, mas ainda de promover a tutela ambiental por ser um dever fundamental.⁶⁸

Nessa linha, a Hermenêutica Jurídica Ambiental é proposta por meio de princípios de interpretação que objetivam a busca de soluções justas e constitucionalmente adequadas para a interpretação de normas ambientais, influenciados por uma nova pré-compreensão ambiental.

Utilizam-se, para tanto, os princípios fundantes (princípio da legitimidade, princípio da juridicidade e princípio da solidariedade) e os princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental.⁶⁹

É de se destacar, ainda, os princípios de interpretação constitucional, o princípio da razoabilidade, o princípio da ponderação e o princípio da proporcionalidade, os dois últimos próprios para lidar com a colisão entre direitos fundamentais.⁷⁰ Todos os princípios acabam estando interligados, um dando suporte ao outro para fundamentar as tomadas de decisões do intérprete.

Por outro lado, não se pode ficar tão bitolado nos textos legais, como sugeria o positivismo jurídico, nem tampouco desconsiderá-lo como defende algumas vertentes jusnaturalistas e do direito livre. O intérprete

constitucional ambiental deve analisar a evolução social, própria da dialética do Direito, preenchendo as molduras deontológicas dispostas na Constituição de acordo com o contexto social, realidade esta traduzida em uma sociedade de risco e pós-moderna.

A Hermenêutica Jurídica Ambiental se mostra relevante, ainda, na colisão de direitos fundamentais que envolvem o direito ao meio ambiente, haja vista que referidos direitos possuem natureza jurídica de princípios, o que, por sua característica *prima facie* e de suporte fático amplo, faz com que entrem facilmente em rota de colisão entre si.⁷¹ Os critérios tradicionais de antinomias, ademais, não são suficientes para lidar com a colisão de direitos fundamentais, o que implica na necessidade de uma técnica específica de solução.

O direito fundamental ao meio ambiente possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica. Referido conteúdo não é absoluto nem imutável. É maleável, sendo definido pelo intérprete no momento de sua aplicação, mediante os princípios da ponderação e da proporcionalidade. Os princípios da precaução⁷² (inclusive na sua manifestação por meio do *princípio in dubio pro natura*)⁷³, do mínimo existencial ecológico e da proibição do retrocesso ecológico terão, também, um papel imprescindível da delimitação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente.

Por conta disso, quando ocorre a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com outros direitos fundamentais, aquele que não prevalecer no caso concreto não pode ser simplesmente excluído da ordem jurídica porque desnaturaria a própria essência do Direito.

Diante de uma colisão do direito ao meio ambiente com outro direito fundamental, em um primeiro

⁶⁸ Acerca do papel do juiz na proteção do meio ambiente, destacam-se trechos de votos relatados por Herman Benjamin: "O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juizes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável." *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 302906/SP. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 05/04/2011.

"No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juizes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional". *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 650728/SC. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 23/11/2007.

⁶⁹ BELCHIOR, op. cit., p. 200.

⁷⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷² "[...] 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*". *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. 1.367.923-RJ. Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 06/09/2013.

⁷³ "[...] No contexto do Direito Ambiental, o adágio *in dubio pro reo* é transmutado, no rastro do princípio da precaução, carregando consigo uma forte presunção em favor da proteção da saúde humana e da biota". *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 883.656/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 28/02/2012.

momento, o intérprete deverá utilizar o princípio do sopesamento e da ponderação para tentar harmonizar os bens, os valores e os interesses envolvidos no caso concreto por meio de mandamentos de otimização, conforme sugerido por Robert Alexy.⁷⁴

A ponderação é realizada em um momento anterior ao princípio da proporcionalidade ao buscar balancear os interesses, os valores e os bens envolvidos na colisão. Nesta fase, os princípios vão tomando forma, concretizando-se de acordo com as peculiaridades dos fatos.⁷⁵ Após dar um peso específico aos interesses tidos como relevantes, encerra-se a fase do balanceamento e parte-se para a utilização do princípio da proporcionalidade, qual seja, para a aplicação proporcional dos meios mais adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para a solução.

Referida técnica vem sofrendo críticas por parte da doutrina por entender que a mesma padece de racionalidade, dando margem a subjetivismo e a arbitrariedade por parte do julgador. No entanto, o balanceamento está submetido a um controle racional, apesar de ser inevitável uma margem de subjetividade do intérprete.

De todo modo, já fica claro que os princípios não têm como oferecer respostas únicas e exclusivas, haja vista que, segundo os fundamentos filosóficos da hermenêutica, o sentido a ser captado da norma é inesgotável.⁷⁶ Mesmo que o jurista utilize todos os princípios interpretativos, ainda assim haverá margem para subjetividade e arbitrariedade.

O STJ tem utilizado os princípios de Direito Ambiental para interpretação das normais ambientais, o que fortalece uma Hermenêutica Jurídica Ambiental. É o que ocorre com a imprescritibilidade do dano

ambiental⁷⁷; inversão do ônus da prova⁷⁸; dano ambiental moral coletivo⁷⁹ e inexistência do direito adquirido de poluir⁸⁰, sob a justificativa dos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*.

Apesar de todas as dificuldades inerentes a questões existenciais e complexas do fenômeno hermenêutico, o intérprete deve fundamentar suas

⁷⁷ “Entretanto, o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal. [...] No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos – pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer –, este último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental”. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1.120.117/AC. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJ 19/11/2009.

⁷⁸ A relatora utiliza-se claramente dos princípios de Direito Ambiental como instrumento hermenêutico, ao expor que: “[...] a análise sobre o ônus da prova, em ação coletiva por dano ambiental, deve ser dirimida pela interpretação das leis aplicáveis ao mencionado instrumento processual à luz dos princípios norteadores do Direito Ambiental. Isso porque, em regra, a inversão do ônus probatórios deve assentar-se exclusivamente em disposição expressa de lei. Mas, no presente caso, essa inversão encontra fundamento também em princípios transversais ao ordenamento jurídico, quais sejam, os princípios ambientais”. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 972.902/RS. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 20/11/2009.

⁷⁹ “[...] c.) dano moral coletivo. Também deve ser reembolsado ao patrimônio à coletividade o proveito econômico do agente com sua atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente de área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fins agrossilvopastoril, turístico, comercial). *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1.198.727/MG. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 09/05/2013.

“[...] 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.” *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. 1.367.923-RJ. Rel. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 06/09/2013.

⁸⁰ “[...] Esta Corte é pacífica no sentido de que não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. De fato, ‘décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente’.” *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1.222.723/SC. Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJ 17/11/2011.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1993; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

decisões e suas escolhas com base em argumentos que possam ser racionalmente justificados nos ditames da nova ordem constitucional ecológica, principalmente quando o pós-positivismo aponta que os princípios não precisam estar expressos para ter validade normativa.

Uma Hermenêutica Jurídica específica para lidar com juridicidade ambiental, portanto, objetiva orientar e guiar o intérprete com o intuito de captar sentidos da ordem jurídica ambiental que sejam convenientes com os ditames e postulados do Estado de Direito Ambiental.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo*. Tradução de Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. *A função ambiental da propriedade*. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Brasília. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. Tese apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo (org.). Campinas: Millenium, 2009.

_____. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE (org.). Brasília, 2012. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 1º set. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *O direito à paz como direito fundamental da quinta geração*. In: *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 40, nov./dez. 2006, pp. 18-19.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a hipermodernidade ou o hipermoderno explicado às crianças*. Tradução de Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade*

humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Parte I.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRELL, Andreas J. *Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió/AL: a liberação de espigões pelo Novo Código de Urbanismo e Edificações*. Maceió: EDUFAL, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do Direito Administrativo em face do Estado de Direito Ambiental. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo (org.). Campinas: Millenium, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.

MACEDO, Paulo César Machado de. A função social da propriedade no Novo Código Civil. In: *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas: 2008.

MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Peirópolis, 2000.

NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o Direito à Vida e ao Meio Ambiente frente aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2011.

REGAN, Tom. *Defending animal rights*. Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROLSTON, Holmes. Ética ambiental. In BUNNING, N; TSUI-JAMES, E.P. *Compêndio de Filosofia*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

ROSSIT, Liliana Allodi. *O Meio Ambiente de Trabalho no Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Afrontamento, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2002.

SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In: *Revista de Direito Ambiental*, a. 12, n. 48, out./dez., pp. 225-245, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A interconexão entre meio ambiente e garantia dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*

Alessandra Maria de Almeida Faria** e Carmem Elisa Hessel***

Resumo

No presente artigo, busca-se uma breve reflexão acerca da interconexão entre o direito ao meio ambiente sadio e os direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, traçando-se um panorama a partir das diferentes formas de abordagem da temática ambiental na esfera dos casos analisados pela Comissão e Corte Interamericanas.

Palavras-chave: Direitos humanos. Meio ambiente. Sistema Interamericano. *Greening*. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

1 Introdução

Na atualidade, observa-se que o crescente movimento de globalização de iniciativas econômicas voltadas à instalação de grandes empreendimentos, a par de se constituírem, muitas vezes, em alternativas de desenvolvimento para determinadas regiões, acabam por afetar seriamente o meio ambiente e as condições de vida das populações locais, especialmente nas Américas, acarretando violações a direitos humanos passíveis de proteção perante o sistema internacional.

Nesse contexto, considera-se pertinente realizar-se uma reflexão acerca da interconexão entre o direito ao meio ambiente sadio e os direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, traçando-se um panorama a partir das diferentes formas de abordagem dos aspectos ambientais nos casos analisados na esfera da Comissão e Corte Interamericanas.

Para tanto, inicia-se o estudo com um breve histórico sobre como se constituiu a ideia de proteção internacional dos direitos humanos, com ênfase no

papel das Nações Unidas e da Declaração de 1948. Prossegue-se com a análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, examinando-se seus órgãos constitutivos (Comissão e Corte Interamericanas), suas características e regras de funcionamento.

Passa-se então ao estudo do meio ambiente sadio como direito humano, buscando situar-se a temática ambiental no contexto geral dos direitos humanos, tanto sob o aspecto histórico quanto legal e doutrinário, de forma a demonstrar-se a evolução de seu regime de proteção em âmbito internacional. A seguir, são expostos os instrumentos normativos aplicáveis e suas singularidades, a saber: a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o Protocolo de San Salvador e a Declaração de Estocolmo.

Na sequência, procede-se à verificação dos mecanismos utilizados para proteção ao direito ao meio ambiente, através de sua vinculação aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, o que tem sido denominado de *greening* ou “esverdeamento” dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos. No item seguinte, busca-se examinar de forma concreta alguns precedentes relevantes apreciados no âmbito da Corte e da Comissão Interamericanas, em que se pode observar de que forma ocorreu a interconexão entre o direito ao meio ambiente e os direitos humanos cuja violação foi arguida perante o Sistema.

Por fim, a conclusão sintetiza os principais aspectos que foram objeto de análise neste estudo, a fim de possibilitar uma visão mais ampla acerca do tema relacionado à conexão entre o direito ao meio ambiente e os direitos humanos tratados pelo Sistema Interamericano e, assim, viabilizar a reflexão sobre possíveis avanços e soluções aos inúmeros desafios da matéria.

2 Breve histórico sobre a proteção internacional dos direitos humanos

Até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em Direito Internacional Público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos.

* Pesquisa jurídica realizada sob a orientação científica do Prof. Doutor Souza Prudente.

** Graduada em Direito. Especialista em Direito Processual e mestranda em Direito (Universidade Católica de Brasília). Analista Processual do MPDFT.

*** Graduada em Direito (UFRGS) e mestranda em Direito (Universidade Católica de Brasília). Procuradora Regional da República (PRR 4ª Região).

De longa data, alguns tratados avulsos cuidaram, incidentalmente, de proteger certas minorias, dentro do contexto da sucessão de Estados. Utilizava-se, igualmente, do termo *intervenção humanitária* para conceituar, sobretudo ao longo do século XIX, as incursões militares que determinadas potências entendiam de empreender em território alheio, à vista de tumultos internos, e a pretexto de proteger a vida e o patrimônio de seus nacionais que ali se encontrassem.¹

A Carta de São Francisco², segundo Pierre Dupuy, fez dos direitos humanos um dos axiomas da nova organização, conferindo-lhes idealmente uma estatura constitucional no ordenamento do Direito das Gentes.³ Em seguida, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral⁴ aclama a Declaração dos Direitos do Homem, que exprime as normas de direitos humanos e na qual as convenções supervenientes encontram seus princípios e seus alicerces.⁵

Na Declaração de 1948 constam normas relativas a direitos civis e políticos (direitos humanos de “primeira geração”), direitos econômicos, sociais e culturais (direitos humanos de “segunda geração”), direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum do gênero humano (direitos humanos de “terceira geração”). Cumpre salientar que o desafio inerente a esses direitos de terceira geração é identificar seus credores e devedores no plano nacional e, especialmente, de quem serão exigidos no plano internacional, como é

o caso, por exemplo, do direito a um meio ambiente saudável.

Avançando, ainda sob a luz do conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos, prepararam-se, em 1966, os Pactos das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, já com força jurídica convencional. Em 1950, na Europa Comunitária, e em 1969, no quadro pan-americano, já eram adotadas Convenções sobre os Direitos Humanos.

3 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O movimento esboçado no final da Segunda Guerra Mundial, visando à proteção dos direitos humanos, teve imediato acolhimento nos países da América Latina, em cujos movimentos de independência as declarações dos Estados Unidos de 1776 e da Revolução Francesa de 1789 haviam exercido importante papel.⁶

Pode-se dizer que a Declaração Interamericana se inspirou nos trabalhos preparatórios que culminariam na Declaração Universal e acrescentou, além de direitos, deveres internacionais do homem.

Os trabalhos que resultaram na Convenção de 1969 se arrastaram desde a elaboração do projeto de 1959 até a Conferência do Rio de Janeiro de 1965, quando se decidiu fosse esse projeto revisto pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, e convocada conferência especializada. Não obstante os inúmeros obstáculos enfrentados, como a Guerra do Vietnã, os regimes de exceção na Argentina, Peru e Brasil, e a decretação do estado de emergência no Chile, a Conferência reuniu-se em Costa Rica.⁷

Diversas delegações, dentre elas a brasileira, tiveram ensejo de ressaltar a possibilidade de conflitos entre artigos da Convenção e disposições constitucionais. A Delegação dos Estados Unidos salientou as dificuldades de harmonizar as normas do *common law* com princípios baseados no direito romano. Apesar das dificuldades citadas, a Convenção foi assinada, e aceita a ideia da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em San José da Costa Rica. Contudo, o Estado-parte da

¹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 14. ed. rev., aument. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

² Também conhecida como a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945, tratando-se do acordo que formou a Organização das Nações Unidas logo após a Segunda Guerra Mundial, como entidade máxima de debates do direito internacional e fórum de relações e entendimentos supranacionais.

³ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 404.

⁴ Registra-se que houve quarenta e cinco votos favoráveis, nenhum voto contrário e oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética).

⁵ Conforme leciona José Francisco Rezek, a Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembleia. Por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não convencional da Declaração (REZEK, *Op. cit.*, p. 260).

⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 493.

⁷ *Id. Ibid.*, p. 494.

Convenção não é obrigado a reconhecer a jurisdição da Corte; caso queira, deve declarar expressamente tal reconhecimento.⁸ Registra-se que os Estados Unidos da América não ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Quanto ao Brasil, aderiu à Convenção em setembro de 1992 e, dez anos depois, reconheceu a competência obrigatória da Corte.⁹

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é composto por quatro diplomas normativos principais: 1) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 2) a Carta da Organização dos Estados Americanos; 3) a Convenção Americana de Direitos Humanos; e 4) o Protocolo relativo aos direitos sociais, econômicos e culturais (San Salvador, 1988). Destaca-se que dessas normas internacionais consta a obrigação de respeito aos direitos humanos de todos sob a jurisdição dos Estados americanos.

A Convenção de San José designa, como órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados pactuantes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que formam o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Com efeito, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH) é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou CIDH) e pela Corte Interamericana de Direito Humanos (Corte)¹⁰, órgãos especializados da Organização dos Estados Americanos (OEA), com atribuições fixadas pela Parte II da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹. Ambos são competentes para verificar o cumprimento, pelos Estados membros da Organização

dos Estados Americanos, das obrigações assumidas com a assinatura da Convenção.

3.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Prevista pelo art. 112 da Carta da OEA, tem por função principal promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da OEA na matéria.¹² A Carta ocupava-se da Comissão em apenas um artigo (art. 112), mas em 22 de novembro de 1969 foi aprovada em Costa Rica a Convenção Americana sobre Proteção dos Direitos Humanos, que veio complementar o citado dispositivo¹³. A Comissão atua como instância preliminar à jurisdição da Corte, possuindo amplo poder para requisitar informações e formular recomendações aos governos dos Estados pactuantes.

O verdadeiro ofício pré-jurisdicional da Comissão pode ser acionado, contra um Estado-parte, por denúncia ou queixa — atinente à violação de regra expressa na área substantiva do Pacto — formulada (a) por qualquer pessoa ou grupo de pessoas; (b) por entidade não governamental em funcionamento regular; e (c) por outro Estado-parte; neste caso, porém, sob a condição de que o Estado denunciado haja reconhecido a competência da Comissão para equacionar essa forma original de confronto, com ou sem exigência de reciprocidade¹⁴.

Em toda circunstância, o Pacto enuncia requisitos de admissibilidade da queixa, dentre os quais se destaca o esgotamento dos recursos proporcionados pela jurisdição interna. O processo ante a Comissão implica pedido de informações ao Estado sob acusação, com prazo certo, além de investigações várias, conduzindo afinal à lavratura de um relatório. Inoperantes que sejam as proposições ou recomendações, e esgotados os prazos razoáveis, pode a Comissão chegar àquele que parece ser o ponto culminante de sua competência pré-jurisdicional, ou seja, à publicação de suas conclusões sobre o caso concreto. Alternativamente, a Comissão tem a prerrogativa de submeter a matéria à Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁵.

⁸ Id. *Ibid.*, p. 494

⁹ Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, que promulga a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, conforme art. 62 da Convenção de 1969.

¹⁰ Tanto a Comissão quanto a Corte compõem-se de sete personalidades, eleitos os membros da primeira pela Assembleia Geral da OEA, para quatro anos de exercício, e os juízes da segunda pelos Estados partes no Pacto, para seis anos. Em ambos os casos, os votos se exprimem *intuitu personarum*, sendo certo que a relação de elegíveis se funda em listas de origem governamental (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elemental. 14. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263).

¹¹ Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos – www.oas.org.

¹³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Op. cit., p. 474.

¹⁴ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 264.

¹⁵ Id., *Ibid.*, p. 264.

3.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana não é acessível a pessoas ou a instituições privadas. Exauridas, sem sucesso, as potencialidades da Comissão, pode esta transferir o caso ao conhecimento do colégio judiciário. Sob igual reserva, pode também fazê-lo outro Estado pactuante, mas desde que o país sob acusação tenha, a qualquer momento, reconhecido a competência da Corte para atuar em tal contexto — o do confronto interestatal à conta dos direitos humanos —, impondo ou não a condição de reciprocidade¹⁶.

Órgão judiciário que é, a Corte não relata, propõe ou recomenda, mas profere sentenças, que o Pacto aponta como definitivas e inapeláveis. Declarando, na fundamentação do aresto, a ocorrência de violação de direito protegido pelo tratado, a Corte determina seja tal direito de pronto restaurado, e ordena, se for o caso, o pagamento de indenização justa à parte lesada. Nos relatórios anuais à Assembleia Geral da OEA, a Corte “[...] indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”¹⁷.

4 O Meio ambiente sadio como direito humano

Ante o aumento considerável das agressões humanas ao meio ambiente, tanto no plano interno como no plano internacional, a afirmação de um direito ao meio ambiente sadio passa a ser condição para a sobrevivência da espécie humana. Não se pode olvidar que, pela natureza e extensão desse direito, deve obrigatoriamente ser tutelado, e com a maior brevidade possível, no plano internacional.

Com efeito, a preocupação mundial com a questão ambiental nos últimos anos tem proporcionado o reconhecimento crescente, nas ordens jurídicas nacional e internacional, de um direito humano específico a um meio ambiente sadio¹⁸.

Os direitos enumerados na Declaração Universal de 1948 consagram duas formas: direitos *civis* e *políticos* e direitos *econômicos, sociais e culturais*. Há também os direitos coletivos, traduzidos como o direito ao ambiente sadio, o direito à paz, o direito ao

desenvolvimento e o direito ao patrimônio comum da humanidade, dentre outros.

Avançando, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de solidariedade ou de fraternidade, destacam-se por constituírem direitos coletivos em sentido amplo¹⁹, não se destinando à proteção dos interesses individuais do homem, de um grupo ou de um determinado Estado, mas à proteção do gênero humano coletivamente considerado. Caracterizam-se, por consequência, como direitos de titularidade difusa ou coletiva, tais como o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos tradicionais²⁰.

Dentre os direitos fundamentais chamados de terceira geração, ressalta-se o direito ao meio ambiente sadio, devendo-se ao humanista e jurista francês René Cassin a tese de que a proteção dos direitos humanos deveria ser ampliada, a fim de incluir o direito a um meio ambiente equilibrado, isto é, livre de poluição, com o correspondente direito a água e ar puros²¹. Norberto Bobbio afirma que o mais importante direito de terceira geração é o direito reivindicado pelos movimentos ecológicos, qual seja, o de viver num ambiente não poluído²².

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988, inspirada nos documentos internacionais de proteção ao meio ambiente, inseriu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na categoria de direito fundamental, em seu art. 225²³. Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina que, em face da Constituição vigente, o direito ao meio ambiente não pode ser mais considerado mero interesse difuso, mas

¹⁶ Id. *Ibid.*, p. 264.

¹⁷ REZEK, José Francisco. *Op. cit.*, 264.

¹⁸ RESENDE, Augusto César Leite de. *A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a Corte Interamericana de direitos humanos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 57.

¹⁹ Direitos coletivos em sentido amplo são direitos pertencentes ou outorgados não ao homem individualmente considerado, mas a toda a sociedade. São transindividuais, cuja titularidade é coletiva e não individual.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 569.

²¹ REZEK, José Francisco. *Op. cit.*, p. 297.

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

²³ Art. 225 da CF: 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.

forma de direito humano fundamental, dito de terceira geração²⁴.

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado está diretamente fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana, porque essencial à sadia qualidade de vida e à própria existência humana. Dessa forma, não há que se falar em dignidade humana se não houver condições bióticas e abióticas favoráveis ao bem-estar, à saúde e à vida humana, isto é, que proporcionem ao homem uma sadia qualidade de vida, a fim de que se possa afirmar a essencialidade do direito ao meio ambiente sadio²⁵.

Nesse contexto, o direito ao meio ambiente equilibrado está inserido no conceito de direito fundamental de terceira geração, conforme tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, ao considerar que tal direito contempla todo o gênero humano²⁶.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a superação do nazismo, tem-se a emergência do processo de valorização da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional²⁷.

Não obstante a visão inicial adotada pelo direito internacional dos direitos humanos não contemplasse a preocupação com o meio ambiente, transcorrido algum tempo, o crescente movimento de globalização, a expansão do desenvolvimento econômico e o avanço tecnológico, ao culminarem com um expressivo aumento da degradação ambiental, ensejaram, a partir da década de 70, uma mudança de paradigmas na visão do homem em relação à natureza. Acerca do conceito de globalização e sua dinâmica, Jacques Chevallier²⁸ destaca:

Tendo continuidade depois da Segunda Guerra Mundial, o processo de internacionalização tomou uma nova dimensão ao longo dos anos

1990: o conceito de “globalização” traduziu uma aceleração e um aprofundamento desse processo; é a questão da pertinência mesmo do quadro estatal que está colocada a partir de agora. As fronteiras, físicas e simbólicas, que delimitavam a esfera de influência, o espaço de dominação do Estado, tornaram-se porosas: os Estados são atravessados por fluxos de todas as ordens, que eles são incapazes de controlar, de canalizar e, se necessário, conter; já não tendo controle sob as variantes essenciais que comandam o desenvolvimento econômico e social, a sua capacidade de regulação tornou-se, concomitantemente, aleatória.

Francisco Rezek leciona que na administração de seu próprio território e em quanto faz ou deixa que se faça nos espaços comuns, o Estado subordina-se a normas convencionais, de elaboração recente e quase sempre multilateral, a propósito do meio ambiente. A gênese dessas normas justificou-se, antes de tudo, na interdependência: o dano ambiental devido à negligência ou à defeituosa política de determinado Estado tende, de modo crescente, a repercutir sobre outros, não raro sobre o inteiro conjunto, e todos têm a ganhar com algum planejamento comum.

De outro lado, esses preceitos prestigiam um dos direitos humanos ditos de terceira geração, o direito a um meio ambiente saudável²⁹. Hodiernamente, as normas ambientais no plano internacional constituem mais uma diretriz de comportamento que obrigações estritas de resultado, efeito que vem sendo denominado de *soft law*.

A globalização do trato da matéria ambiental deu-se na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo no ano de 1972. Dessa conferência resultaram dezenas de resoluções e recomendações, às quais se soma a declaração de princípios que materializava as convicções comuns dos Estados participantes. Pode-se dizer que o ideal da conjugação harmônica entre o desenvolvimento e a preservação ambiental foram os princípios basilares em Estocolmo.³⁰

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 221.

²⁵ RESENDE, Augusto César Leite de. Op.cit., p. 84.

²⁶ Nesse sentido: STF. Pleno. ADI-MC 3540/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 3 fev. 2006, p. 14.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos Sistemas Regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

²⁸ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 18.

²⁹ REZEK, José Francisco. Op. cit., pp. 286-287.

³⁰ Em traços muito sumários, o binômio resultava de uma justificada resistência dos países em desenvolvimento a que o tema ambiental fosse tratado de modo singular, como se todos os povos, havendo já prosperado, pudessem entregar-se com igual fervor aos cuidados do meio ambiente. Reconhecendo implicitamente as próprias culpas por quanto custa à saúde do planeta sua prosperidade, os países pós-industriais não se opuseram a essa forma de tratamento da matéria (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*:

O regime de proteção internacional do meio ambiente tem, assim, sua origem não no Direito dos tratados, mas em conferências internacionais e em documentos de *soft law*, uma vez que a questão ambiental não estava na pauta dos interesses político-econômicos dos Estados, mas era sim objeto das preocupações científicas com o futuro da humanidade³¹.

Em atenção ao desenvolvimento aliado à preservação ambiental, vinte anos depois, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992³². Conciliando-se os dois valores, chega-se ao conceito de *desenvolvimento sustentável*: aquele que não sacrifica seu próprio cenário, aquele que não compromete suas próprias condições de durabilidade. Conforme ressalta Bernard Hours³³,

Acontecimento maior, a cúpula da Terra no Rio, em 1992, representa o princípio batismal do desenvolvimento sustentável. Progresso econômico, justiça social, preservação do meio ambiente, pesam igualmente sobre o que nós cremos ainda no século XX. Em 1994 aparece o conceito de cidade sustentável. Em 1997 vê-se o aparecimento do Protocolo de Kioto, quando se confrontam os Estados a propósito do aquecimento do planeta e em 2002 culmina em Joannesburgo, sobre a proteção da biodiversidade. [...]

Na noção de *desenvolvimento sustentável* desenham-se duas afirmações principais de natureza diferente. A primeira sublinha a necessidade moral de preservar a qualidade do meio ambiente para

preservar a qualidade de vida das gerações que virão. Se trata da solidariedade ao olhar da espécie humana. A segunda é de uma inspiração naturalista e em apelo à proteção da biodiversidade. (tradução livre)

Outrossim, a conexão entre as presentes e futuras gerações é enfatizada por Ignacy Sachs³⁴, ao afirmar que

O conceito de desenvolvimento sustentável acrescenta uma outra dimensão – a sustentabilidade ambiental – à dimensão da sustentabilidade social. Ela é baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras.

Nesse contexto, cabe aos Estados a responsabilidade maior pela busca do desenvolvimento preservacionista. Significa dizer que os executores principais desse novo direito seguem sendo as personalidades originárias do Direito das gentes. Não houve, por parte destas, uma abdicação que chame à frente da cena a comunidade científica ou as organizações não governamentais, embora seja este, provavelmente, o espaço de que mais intensamente participam esses atores privados, em um dos domínios de maior interesse da opinião pública.

As responsabilidades estatais são diferenciadas em função dos recursos de cada Estado, do seu grau de desenvolvimento, do seu patrimônio ecológico, do seu potencial poluente. Os textos do Rio de Janeiro destacam os deveres de prevenção, de precaução e de cooperação internacional e enfatizam os direitos das gerações futuras, que não deveriam ser sacrificados em favor de um desenvolvimento a qualquer preço neste momento da história³⁵.

Para Paulo Affonso Leme Machado, *desenvolvimento sustentável* é uma locução verbal em que se ligam dois conceitos. O conceito de sustentabilidade passa a qualificar ou caracterizar o desenvolvimento³⁶. Também nesse sentido, Pochmann³⁷ alerta:

curso elementar. 14. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 288).

³¹ BOSSELVAN, Klaus. Direito humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.77.

³² A importância reconhecida a esse empenho da sociedade internacional ficou patente na presença de cento e setenta e oito delegações nacionais, cento e dezessete delas encabeçadas pelo próprio chefe de Estado ou de governo. Da conferência resultaram duas convenções (sobre mudanças climáticas e diversidade biológica), duas declarações (uma geral, outra sobre florestas) e um amplo Plano de ação de que se chamou de Agenda 21. Esses três últimos textos não pretenderam ter natureza obrigatória, e o que se passou nos anos seguintes não foi animador. Cinco anos mais tarde, a Assembleia Geral da ONU formalmente “constatou e deplorou” o atraso na implementação incipiente da Agenda 21 (REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 288).

³³ HOURS, Bernard. *Développement, Gouvernance, Globalisation. Du XX au XXI Siècle*. Paris, L'Harmattan, 2012.

³⁴ SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

³⁵ REZEK, José Francisco. Op. cit., pp. 288-289.

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 63.

³⁷ POCHMANN, Márcio. *Qual desenvolvimento? Oportunidades e dificuldades do Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Publisher

O imperioso compromisso com o desenvolvimento nacional requer o planejamento de médio e longo prazo. Para isso, a nação precisa democraticamente se colocar de acordo com a convergência política capaz de permitir a construção das estratégias do amanhã que devem abarcar todos os brasileiros, sendo sobretudo compatíveis com a *sustentabilidade ambiental* e o avanço tecnológico da nação.

Segundo Fúlvio Eduardo Fonseca, o processo de internacionalização da proteção do meio ambiente pode ser dividido em três fases: a) uma fase anterior à Conferência sobre Meio Ambiente Humano de 1972, marcada pelo surgimento dos diversos movimentos preservacionistas e a conscientização global do problema ambiental; b) uma segunda fase que compreende o período entre a Conferência de Estocolmo de 1972 e a Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, caracterizada pela preocupação setorial e fracionada do meio ambiente, com tratados específicos de proteção do mar, flora, fauna e ar; c) uma terceira fase, cujo marco temporal é a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento aos dias atuais, marcada pela proteção transterritorial do meio ambiente e novas modalidades de governança ambiental³⁸. No mesmo sentido, Mazzuoli e Teixeira³⁹ concluem que:

A globalização da proteção do meio ambiente exige, portanto, uma maior compreensão dos mecanismos de proteção aos direitos humanos. Dessa forma, a Assembleia Geral (Resolução n. 37/189A, de 1982) e a Comissão de Direitos Humanos da ONU (Resoluções n. 1982/7, de 1982, e 1983/43, de 1983), ao analisarem o alcance do Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, consolidaram o entendimento de que o direito à vida engloba o exercício pleno dos direitos civis políticos, econômicos, sociais e culturais a todos os indivíduos, povos, etnias, coletividades e grupos humanos. Nessa perspectiva, o direito ao acesso ao meio ambiente sadio se consolida como extensão do direito à vida.

Brasil, 2009, p. 79.

³⁸ FONSECA, Fúlvio Eduardo. A Convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 50, n.1, jan./jun. 2007, versão *on line* Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292007000100007>>. Acesso em: 10/05/16.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O Direito Internacional do Meio Ambiente e o *Greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, jan-jun 2013, p. 206.

E citando o renomado magistério de Cançado Trindade, tais autores observam que a conexão entre direitos humanos e meio ambiente ocorreu em um processo de transição da fase “da internacionalização da proteção ambiental”, em que a ênfase residia nas áreas de competência territorial dos Estados e suas fronteiras, para a fase da globalização, na qual

[...] os princípios de caráter global aplicam-se aos territórios dos Estados, independente de qualquer efeito transfronteiriço, e regem zonas que não estão sob a competência de nenhum território nacional.⁴⁰

5 Instrumentos normativos previstos no plano internacional

Dentre os instrumentos normativos previstos no plano internacional, dada sua pertinência ao tema deste estudo, é de relevo abordar-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o Protocolo de San Salvador e a Declaração de Estocolmo.

5.1 Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos foi finalizada em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. À conclusão, doze Estados firmaram o texto. Sua entrada em vigor sobreveio em 18 de julho de 1978, e o número de partes mediante ratificação ou adesão conta atualmente com vinte e cinco repúblicas americanas⁴¹. Diversas ratificações, porém, comportaram reservas, além de terem sido notificadas à OEA duas denúncias da Convenção, por parte de *Trinidad y Tobago* (em 26/05/1998) e da Venezuela (em 10/09/2012). O Brasil ratificou a Convenção em 07/09/1992 e reconheceu a competência da Corte Interamericana em 12/10/1998. Nos termos de seu art. 74, § 1º, o Pacto de San José da Costa Rica se encontra aberto, sem limite no tempo, à adesão de todos os membros da Organização dos Estados Americanos⁴².

⁴⁰ Idem. *Ibidem*.

⁴¹ Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>.

⁴² REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 263.

5.2 Protocolo de San Salvador

O Protocolo de San Salvador foi assinado em 17 de novembro de 1988 e entrou oficialmente em vigor após a obtenção do número mínimo de ratificações, em 1999.⁴³ Foi criado com a missão de suprir as necessidades do Pacto de San José da Costa Rica no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecendo aos Estados-partes a obrigação de, progressivamente, conferir efetividade plena aos direitos ali reconhecidos.⁴⁴

Trata de temas como direito do trabalho, direitos sindicais (inclusive direito à greve), direito à previdência social, direito à saúde, *direito a um meio ambiente sadio* (art. 11), direito à alimentação, direito à educação, direito aos benefícios da cultura, direito à constituição e proteção da família, direitos da criança, proteção de pessoas idosas e proteção de pessoas portadoras de deficiência. Também traz relevantes mecanismos de salvaguarda aos direitos assegurados, como a elaboração de relatórios pelos Estados.

5.3 A Declaração de Estocolmo

A primeira Convenção mundial das Nações Unidas, juntamente com os Estados e a comunidade científica, sobre o homem e o meio ambiente, visando a amenizar a problemática “ser humano *versus* natureza”, ocorreu nos dias 5 a 16 de junho do ano de 1972, na capital sueca.

O escopo deste evento era alertar as nações para a necessidade de estabelecer-se critérios e princípios comuns que oferecessem aos povos do mundo inspiração e paradigmas para preservar e melhorar o meio ambiente.

No âmbito da Conferência, foi realizada a existência de um conflito diplomático entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Os primeiros, responsáveis pela maior poluição global, dispostos a encontrar uma solução conjunta para

a conservação do meio ambiente. Os segundos, desinteressados na adoção de medidas que poderiam limitar seu potencial de desenvolvimento econômico, sem considerar os problemas ambientais que referido desenvolvimento provoca, os quais já eram conhecidos pelos países desenvolvidos.

Na referida Conferência de 1972 sobre o meio ambiente, o Brasil teve ensejo de salientar a importância do desenvolvimento dentro do contexto ambiental, tanto assim que a Declaração de Estocolmo, em seu preâmbulo, reconhece que

[...] nos países em desenvolvimento a maioria dos problemas ambientais é causada pelo subdesenvolvimento. Milhões continuam a viver abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana, privados de comida, vestimenta, abrigo, educação e saúde [...].⁴⁵

6 O Direito ao meio ambiente sadio e o *greening* dos mecanismos de proteção

O ideal da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que englobou os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais — frise-se, sem que houvesse distinção significativa entre eles —, corrobora a afirmação da indivisibilidade dos direitos humanos⁴⁶.

Atualmente, esse caráter indivisível orienta a interpretação de sua aplicabilidade, que deve ser vista apenas como vetor de explicação da evolução do rol de direitos protegidos, não podendo, a divisão em grupos, ou “gerações”, ser utilizada para enfraquecer a proteção de determinada espécie de direito. De fato, após as duas conferências mundiais da Organização das Nações Unidas sobre direitos humanos (Teerã, 1968; Viena, 1993), observa-se a aceitação, pelos Estados, da chamada indivisibilidade e interdependência do conjunto, conduzindo à compreensão integral dos direitos humanos⁴⁷.

Soma-se ao exposto que a crescente poluição transfronteiriça e o aumento significativo no número de tragédias ambientais a partir da década de 1960

⁴³ O Brasil ratificou o Protocolo em 08/08/1996. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>>.

⁴⁴ Art.1º Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

⁴⁵ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Op. cit., p. 494.

⁴⁶ Cabe recordar que não há diferença ontológica entre os direitos ditos de primeira geração e de segunda geração.

⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Op. cit., pp. 498-499.

alertou a comunidade internacional para a necessidade de tratar o meio ambiente de forma ampla e não desvinculada de questões sociais e econômicas⁴⁸. Nesse diapasão, Fritjof Capra ressalta que a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado é claramente insustentável, pois a extensão ilimitada num planeta finito só pode levar à catástrofe⁴⁹.

No que tange ao direito humano ao meio ambiente equilibrado, embora encontre previsão específica no art. 11 do Protocolo de San Salvador, observa-se que tal normativo não se apresenta suficiente para garantir a não ocorrência de violações, já que somente os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais estão abrangidos pelos mecanismos de proteção da ONU e sistemas regionais de direitos humanos.

Contudo, isso não significa, em absoluto, que os casos envolvendo afrontas ao direito ao meio ambiente sadio não possam ser objeto de apreciação pelo Sistema Interamericano, mas sim que se faz necessário atentar-se para os instrumentos interpretativos a serem utilizados para que tais casos sejam admitidos.

De fato, conforme bem destacado por Mazzuoli e Teixeira⁵⁰,

[...] os direitos de solidariedade definidos pela Declaração de Estocolmo de 1972 – como o acesso ao meio ambiente sadio – quando interpretados como forma de exercício de uma série de direitos individuais e coletivos, passam a ser plenamente reivindicáveis.

Trata-se da denominada técnica de proteção ambiental pela via reflexa (ou “por ricochete”), baseada, segundo os autores, na

[...] concepção de que dentro da estrutura do atual direito internacional do meio ambiente a proteção da biosfera mostra-se eficaz por intermédio da indireta, porém, necessária proteção dos seres humanos.

E prosseguem esclarecendo que:

[...] Na dimensão coletiva da proteção ambiental, o meio ambiente humano transforma-se

em bem comum, resultado do esverdeamento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Tal dimensão tem implicado a tendência de se proteger grupos e coletividades em estado de vulnerabilidade decorrente da degradação ambiental.

[...] Assim, para que questões de cunho ambiental sejam submetidas ao sistema interamericano, é preciso socorrer-se ao chamado *greening* ou “esverdeamento” - fenômeno que ocorre quando se tenta (e se consegue) proteger direitos de cunho *ambiental* nos sistemas regionais de direitos humanos, que são sistemas aptos (em princípio) a receber queixas ou petições que contenham denúncias de violação a direitos *civis e políticos*. O que fazer então? Há técnicas e estratégias para que se submeta, com sucesso, uma questão ambiental no sistema regional interamericano, quando então se diz que o sistema “esverdeou-se”.⁵¹

Tendo em vista que o direito internacional do meio ambiente e os respectivos diplomas legais não ostentam mecanismos suficientemente vinculantes, aptos a garantirem sua proteção, seja no âmbito da ONU ou de outros organismos, o chamado “esverdeamento” do Sistema Interamericano, assim como dos demais sistemas regionais, tem sido considerado como uma das formas adequadas de buscar conferir-se eficácia ao direito humano ao meio ambiente equilibrado.

7 Análise de precedentes do Sistema Interamericano envolvendo direitos humanos e meio ambiente

A respeito, especificamente, da previsão do direito ao meio ambiente sadio como direito humano, trata-se de tema que recebe diferentes enfoques conforme os instrumentos normativos analisados. Nesse sentido, observa-se que no art. 26⁵² da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), que versa sobre *desenvolvimento progressivo*, a proteção aos recursos naturais surge como um dever vinculado aos direitos econômicos, sociais e culturais, ostentando, de certa forma, um caráter instrumental. Já

⁴⁸ Id. *Ibid.*, p. 686.

⁴⁹ CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente* (trad.  lvvaro Cabral). São Paulo: Editora Cultrix, 1982.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Op. cit., pp. 208-210.

⁵¹ Id. *Ibid.*

⁵² Art. 26. Desenvolvimento progressivo: Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante coopera o internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educa o, ciência e cultura, constantes da Carta da Organiza o dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais (Protocolo de San Salvador), o meio ambiente é expressamente referido (art. 11) e reconhecido como direito humano.⁵³

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a análise de eventuais violações tem seguido distintos parâmetros. Com efeito, segundo observa Thalita Lopes Motta,

Visualizam-se, por conseguinte, duas linhas de análise da interconexão entre direitos humanos e meio ambiente: a primeira se destina ao estudo da proteção ambiental conjugada a outros direitos; a segunda parece consagrar o bem jurídico ambiental *de per sí*, em homenagem à promoção de políticas públicas ambientais e à proibição de degradação dos elementos naturais.⁵⁴

Quanto à primeira perspectiva analítica, a ideia de base é que o direito ao meio ambiente sadio constitui uma pré-condição para o gozo e garantia de outros direitos humanos. Nesse sentido, o festejado doutrinador Cançado Trindade⁵⁵ evidenciava, de forma pioneira, a conexão entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito ao meio ambiente equilibrado, lecionando que este se configurava como extensão do direito a uma vida digna, ao mesmo tempo que destacava a ampliação interpretativa das Cortes Regionais quanto à análise dos conteúdos dos direitos fundamentais.

De outro lado, aqueles que conferem autonomia ao direito humano ao meio ambiente, com base no art. 11 do Protocolo de San Salvador, consideram possível submeter-se casos de violação direta a esse direito, sem a necessidade de evocar-se violações a outros direitos humanos como suporte jurídico para admissibilidade e análise de tais pleitos.

Nesse contexto, cumpre destacar que a existência de precedentes do SIDH relativos à temática

da proteção ambiental encontra-se diretamente ligada à questão dos limites à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, no âmbito da Comissão e da Corte. Isto porque, ao analisar-se as decisões desta, observa-se que as violações ao direito humano ao meio ambiente têm sido reconhecidas de forma indireta e subsidiária à violação dos direitos civis e políticos, através do mecanismo de *greening*, consoante mencionado anteriormente.

Na esfera da *Corte Interamericana*, o primeiro caso em que tratou-se da temática ambiental, ainda que de forma indireta, foi o que versou sobre a concessão irregular de exploração madeireira em terras indígenas, na *Comunidade Awás Tingni Mayagna (Sumo) vs. Nicaragua* (Corte IDH. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, n. 79). Posteriormente, a Corte ainda apreciou questões de direitos humanos envolvendo matéria ambiental, também de modo incidental, nos casos *Comunidade N'djuka Maroon, de Moiwana, em Moiwana vs. Suriname* (Corte IDH. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, n. 124, parágrafo 86); *Comunidade Indígena Yakyé Axa vs. Paraguai* (Corte IDH. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, n. 125); *Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai* (Corte IDH. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, n. 146); *Caso Comunidad Saramaka vs. Suriname* (Corte IDH. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n. 172), entre outros.

Um dos aspectos a destacar, na análise da jurisprudência da Corte IDH, em especial nos casos citados, é que as violações ao direito ao meio ambiente sadio foram apreciadas à luz da garantia do direito de comunidades indígenas e tribais a suas terras, em especial sob o enfoque do direito à vida digna e à propriedade. No caso *Comunidad Saramaka vs. Suriname*, por exemplo, em que houve a concessão das terras tradicionais a empresas de mineração e madeira, sem que o Estado promovesse a necessária e prévia informação, a Corte IDH considerou que os povos tribais e indígenas possuem o direito

[...] de serem titulares dos recursos naturais que utilizaram tradicionalmente dentro de seu território pelas mesmas razões pelas quais têm o direito de serem titulares da terra que usaram e ocuparam durante séculos. Do contrário, a sobrevivência econômica, social e cultural destes povos está em risco. (Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C n. 172, parágrafo 121).

⁵³ Art.11. Direito a um meio ambiente sadio: 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

⁵⁴ MOTTA, Thalita Lopes. Um panorama jurisprudencial da proteção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n.12, jul-dez 2009, p. 14.

⁵⁵ CANÇADO TRINDADE, A.A. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 73.

Há, porém, alguns precedentes que apontam para uma ampliação da perspectiva de análise da Corte Interamericana, na medida em que o exame das violações ao direito ao meio ambiente equilibrado não foi vinculado a direitos territoriais de comunidades étnicas, mas a direitos humanos de outra ordem. Nesse sentido, um dos casos que merecem destaque é o *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile* (Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C, n. 151), no qual a Corte reconheceu ter havido violação ao art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, diante da ausência de efetividade de um procedimento administrativo (recusa de um órgão do Estado chileno em prestar informações sobre um projeto de exploração florestal de grande impacto).

Outra demanda em que o tema ambiental foi trazido ao debate, ainda que lateralmente, foi o *Caso Kawas Fernández vs. Honduras* (Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C, n. 196), em que foi examinado o assassinato de uma militante da causa ambiental e as falhas decorrentes da desídia na apuração estatal dos fatos, tendo sido reconhecido, no curso do processo, que os defensores hondurenhos do meio ambiente viviam em constante perigo. Tais decisões revestem-se de especial importância, porquanto embora o aspecto ambiental não tenha sido examinado em sua especificidade, pode-se observar um esforço da Corte Interamericana em não restringir a análise do direito ao meio ambiente somente a violações envolvendo direitos de comunidades protegidas, a exemplo do que tem ocorrido na Corte Europeia de Direitos Humanos.

Já no âmbito da *Comissão Interamericana*, interessante citar-se um precedente histórico, qual seja, o pronunciamento em que analisou o confronto entre as políticas de desenvolvimento fomentadas à época pelo Estado do Amazonas e o então Território de Roraima e a cultura do povo indígena *Yanomami*, havendo, contudo, aquele órgão se limitado a recomendar ao Brasil a demarcação da reserva indígena em questão, pois o Estado brasileiro ainda não havia aceito a jurisdição da Corte (Comissão IDH, Resolução 12/1985, Caso 7615, Brasil, 5 de março de 1985).

De relevo citar-se, outrossim, dois relatórios de admissibilidade da Comissão IDH em casos envolvendo a ocorrência de danos ambientais no Peru, por contaminações causadas por um complexo

metalúrgico (*Caso La Oroya*⁵⁶) e por um depósito de resíduos sólidos (*Comunidad San Mateo Huanchor*⁵⁷), em áreas de pequenos vilarejos, onde os moradores não integravam comunidades indígenas ou tribais, razão pela qual constituem um marco quanto às possibilidades de garantia do direito humano ao meio ambiente sadio a populações que não integram um grupo especialmente protegido.

Por fim, um dos casos de maior dimensão e relevância na temática ambiental analisado pela Comissão Interamericana é o que envolveu a construção do mega empreendimento da usina hidrelétrica de *Belo Monte*, em Altamira, no Estado do Pará, em que a Comissão, em abril de 2011, dado o grave risco de danos irreparáveis às comunidades do Rio Xingu, decretou medidas cautelares em favor dos atingidos, ordenando ao Estado brasileiro diversas providências para proteção da vida e integridade dos membros daquelas comunidades, dentre as quais a de promover sua consulta prévia e informada; garantir-lhes o prévio acesso ao Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto; proteger a vida dos povos em isolamento voluntário, além de suspender o processo de licenciamento da UHE Belo Monte (Comissão IDH. MC 382/2010 – Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, de 1º de abril de 2011).

Neste caso, contudo, a expressiva dificuldade de implementação e cumprimento das medidas decretadas pela Comissão, em face da postura de resistência adotada pelo Brasil, exemplifica os enormes desafios para promoção da interconexão entre a garantia dos direitos humanos e o meio ambiente equilibrado, bem como evidenciam a imperiosa necessidade de avançar-se em mecanismos que possam assegurar maior efetividade ao funcionamento do Sistema Interamericano na proteção dessas prerrogativas do ser humano.

8 Conclusões

Do panorama traçado a partir da análise histórica, assim como das particularidades e casos concretos envolvendo o direito ao meio ambiente

⁵⁶ CIDH. Informe 76/2009. Admisibilidad. *Comunidad de la Oroya* (Perú). 5 de agosto de 2009.

⁵⁷ CIDH. Informe 69/2004. Petición 504/03. Admisibilidad. *Comunidad San Mateo de Huanchor y sus miembros* (Perú). 15 de outubro de 2004.

sadio no âmbito dos direitos humanos apreciados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é possível concluir-se que a interconexão de tais direitos apresenta-se indiscutível, sendo cada vez mais acionada em diferentes demandas, a fim de viabilizar seu exame conjunto, ainda que por via indireta ou secundária, concorrendo para conferir maior expansão às normas de proteção.

Com efeito, dos diversos casos concretos mencionados, observa-se que tem sido adotada uma linha de interpretação ampliativa dos direitos à vida digna, à integridade física, à liberdade de expressão, ao acesso à justiça, entre outros, conferindo-se ênfase ao direito ao meio ambiente equilibrado como fundamental à dignidade da pessoa humana, o que certamente contribuirá para expandir as garantias aos direitos humanos de forma geral.

Contudo, considera-se que inúmeros desafios estão por serem enfrentados nessa temática, na medida em que é preciso superar a noção antropocêntrica que ainda prevalece em alguns fóruns de decisão, na qual o direito ao meio ambiente é visto sob a perspectiva individual e não como um direito difuso, o que termina por restringir o âmbito da reparação das violações a vítimas determinadas e, por consequência, a própria noção de proteção a um direito que é de toda a coletividade.

Por fim, e na mesma medida, há que se evoluir, em especial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para conferir ao direito humano ao meio ambiente sadio o mesmo protagonismo de que gozam os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de modo que suas violações possam ser analisadas, tanto pela Comissão quanto pela Corte, de maneira direita, e não apenas por meio de mecanismos reflexos, contribuindo assim para um avanço nos instrumentos interpretativos que conduza à maior efetividade da proteção ao meio ambiente e à vida digna do ser humano, tanto nas Américas quanto no Planeta.

9 Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSELVAN, Klaus. *Direito humanos, meio ambiente e sustentabilidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente* (trad. Álvaro Cabral). São Paulo: Editora Cultrix, 1982.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Comissão IDH. Resolução 12/1985. Caso 7615, Brasil, 5 de março de 1985. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>>.

Comissão IDH. Informe 69/2004. Petição 504/2003. Admisibilidade. *Comunidade de San Mateo de Huancho* e seus membros. Peru, 15 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Peru.504.03.htm>>.

Comissão IDH. Informe 76/2009. Admisibilidade. *Comunidade de la Oroya*. Peru, 05 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru1473-06.sp.htm>>.

Comissão IDH. MC 382/2010. *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu*, Pará, Brasil, de 1º de abril de 2011. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>.

Corte IDH. *Caso Comunidade Awás Tingni Mayagna (Sumo) vs. Nicarágua*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, n. 79. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_por.doc>.

Corte IDH. *Caso Moiwana vs. Suriname*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, n. 124, parágrafo 86. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, n.

125. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_por.docx>.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, n. 146. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C, n. 151. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>.

Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n. 172. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C, n. 196. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf>.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. A Convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 50, n.1, jan./jun. 2007, versão *on line* disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292007000100007>>. Acesso em: 10/05/16.

HOURS, Bernard. *Développement, Gouvernance, Globalisation. Du XX au XXI Siècle*. Paris, L'Harmattan, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O Direito Internacional do Meio Ambiente e o Greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, jan-jun 2013, pp. 199-242.

MOTTA, Thalita Lopes. Um panorama jurisprudencial da proteção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, pp. 9-24, jul-dez 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POCHMANN, Márcio. *Qual desenvolvimento? Oportunidades e dificuldades do Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2009.

RESENDE, Augusto César Leite de. *A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a Corte Interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 14. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

É impossível prever todas as consequências não desejadas de nossas ações. A ciência natural é, aqui, nossa maior esperança: seu método é a correção do erros (Karl Popper)¹

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo examinar a responsabilidade ambiental objetiva e os seus limites, considerando o sistema jurídico brasileiro de proteção ao meio ambiente. O artigo examinará a matéria sob o ponto de vista doutrinário e normativo, bem como fará uma resenha de algumas das decisões judiciais relacionadas ao tema. O artigo, igualmente, abordará o tema da responsabilidade ambiental em outros ordenamentos jurídicos, como esforço comparativo, com vistas a indagar sobre a necessidade de um novo modelo interpretativo para a matéria a ser adotado pelo importante tribunal nacional. Parte-se do pressuposto que a crítica acadêmica, de fato, atende a duas necessidades prementes (i) possibilita o aprimoramento da jurisprudência e (ii) corresponde à prática de uma sociedade democrática, na qual todos os Poderes são sujeitos a críticas. Boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileira², inspirada pelo tem tratado do tema com base em teoria jurídica do risco integral estabelecida no fim do século XIX, cujo

objetivo, naquela quadra, era o de oferecer resposta interpretativa a questões que não encontravam base normativa clara, eis que presente o dogmatismo da culpa como pressuposto da responsabilidade. No regime constitucional brasileiro, por força do art. 225, § 3º, parece mais apropriado falar-se em *responsabilidades ambientais*, haja vista que a Constituição consagra, no mínimo, três modalidades diversas. Fala-se, inclusive, em *responsabilidade híbrida*³, dado o alto nível de imbricação entre os modelos.

É importante observar que, desde a edição da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que consagrou a responsabilidade ambiental objetiva, importantes modificações no sistema de responsabilidade foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, sem que se tenham tirado todas as consequências de tal fato. A primeira e maior modificação da ordem jurídica ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, na qual se destaca o art. 225 e, como já mencionado, o § 3º, especificamente voltado para as responsabilidades. Todavia, ainda em nível constitucional, merece destaque a Emenda Constitucional 42 que deu nova redação ao inciso VI do art. 170, estabelecendo como *princípio* da ordem econômica a

[...] defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

No particular, merece destaque o fato de que mesmo observadores atentos como Sarlet, Machado e Fensterseifer deixaram em branco a questão do tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental⁴. Não se esqueça, a relevantíssima revogação do Código Civil de 1916, substituído pelo de 2002. No novo código, houve alteração marcante consistente no parágrafo único do art. 927. O parágrafo mantém a subjetividade da culpa, admitindo a responsabilidade objetiva “nos casos especificados em lei, ou quando

* Advogado. Procurador regional da República aposentado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio de Janeiro e doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹ POPPER, Karl. *R. Em de busca de um mundo melhor* (tradução Milton Camargo Mota). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9.

² Por exemplo: TJMG, AC 10439110065125001 MG, rel. Desembargador Amorim Siqueira, 9ª Câmara Cível. Publicação: 02/12/2013; “Para o dano ambiental se aplica a teoria do risco integral, logo, é objetiva a responsabilidade e não se admite a incidência das excludentes de força maior, caso fortuito e fato de terceiro.” TJSP. APL 90933507420098260000 SP, rel. Desembargador Ricardo Dip, 1ª Câmara extraordinária de Direito Público, publicação: 16/05/2014. “Para a teoria do risco integral basta que se comprove a ocorrência do dano, e o nexo de causalidade com a atividade desenvolvida. Ou seja, o dever de reparar é fundamentado pela só existência da atividade da qual adveio o prejuízo. Não se cogita das causas do infausto. Não se investiga a culpa do dono da atividade. Não são invocáveis as tradicionais excludentes da responsabilidade civil.” (AC 0003947-05.2007 -TJSP -Des. RENATO NALINI)”

³ TRUIHÉ-MARENGO, Eve, *Droit de L'environnement da L'Union Européene*, Bruxelles: Larcier, 2015, p. 235.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, MACHADO, Paulo Affonso Leme e FENSTERSEIFER, Tiago. *Constituição e Legislação Ambiental Comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 108-109.

a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, *por sua natureza, risco para os direitos de outrem*.” A questão que se coloca é a de saber se houve alteração no quadro normativo e, em caso de resposta positiva, como tal alteração impacta a compreensão do § 1º do art. 14 da Lei 6.938/1981.

A jurisprudência relevante, entretanto, parece não ter atribuído maior importância ao tema, permanecendo sob forte influência do ambientalismo, independentemente da extensão concreta do caso submetido à apreciação judicial e mesmo do tempo de tramitação da questão.

A prática do Direito brasileiro, todavia, não evoluiu no sentido de perceber que a própria noção de risco (base da teoria do risco integral) se transformou significativamente e, atualmente, não cabe mais falar em risco genericamente considerado mas, ao contrário, em diferentes riscos, havendo que se fazer uma escolha entre riscos aceitáveis⁵.

2 Risco

Como nos lembra a antropóloga Mary Douglas⁶, a palavra risco adquiriu nova proeminência. Segundo ela, uma explicação popular é a de que os riscos derivados da tecnologia cresceram grandemente em todo o mundo. Todavia, ela nos adverte que outros riscos decresceram se *“at least if the figures for mortality and morbidity means anything”*⁷, refere-se a autora às taxas decrescentes de mortalidade infantil, ao aumento da expectativa de vida, à cura de inúmeras doenças e a tantas outras questões que podem ser associadas aos benefícios da tecnologia. Por outro lado, muitas doenças e óbitos estão associados à *falta de tecnologia adequada e à pobreza*. A Organização Mundial de Saúde estima que cerca de 3 bilhões de pessoas cozinham e aquecem suas habitações em fogareiros de carvão, madeira, esterco e outros produtos que causam inúmeras doenças decorrentes da poluição no interior

de seus lares⁸. Assim, um risco concreto para muitos habitantes do Planeta não está diretamente ligado à industrialização, mas à sua falta.

A sociedade moderna se considera em risco em função de diferentes fatores, dentre os quais merece destaque a chamada crise ecológica⁹ ou ambiental que se faz presente em boa parte da doutrina jurídica, a qual pode chegar a admitir a *aplicação retroativa da norma legal*¹⁰, justificada pela urgência do estado do mundo, segundo tal concepção. O risco, nos dias de hoje, é visto como negativo, muito embora já tenha sido considerado positivo¹¹.

A construção de hidrelétricas sem reservatório na Amazônia é uma opção entre dois riscos (i) perda de diversidade biológica e (ii) déficit na geração de energia. Do ponto de vista do risco da geração de energia — com consequências ambientais graves — a opção pelas hidrelétricas a “fio d’água” é a que traz mais riscos para a sociedade como um todo¹², pois

⁸ Disponível em: <<http://www.who.int/indoorair/en/>>. Acesso em: 15/12/2015.

⁹ “A ação ou omissão humana está na origem da atual crise ambiental. Dito de outro modo, são justamente as práticas inconsequentes e irresponsáveis dos seres humanos, nas mais diversas áreas de atuação, tanto privadas quanto públicas que nos conduziram ao atual estado de risco existencial”, SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

¹⁰ “As garantias individuais não podem impor-se, a priori, diante das garantias pro bonum omnium, mais do que simples princípios de índole coletiva. Bem diferente, apenas excepcionalmente, danos pretéritos, provocados em situação de absoluta falta de previsibilidade de seus efeitos e, por conseguinte, capazes de romper o nexo de causal, cederiam ao dever privado de recomposição, restando para o poder público, antes, solidariamente responsável pela deficiência da legislação caduca, responder isoladamente pela restauração das crateras dos rios e de suas margens, do dano, em resumo, um preço alto que tenha legado para o futuro. Um preço alto ao pacto intergeracional, o que requer exame atento da situação presente de responsabilização do passado sob o olhar do futuro. Ao ambiente caberão apenas desculpas e recuperação, jamais o legado da morte e da destruição.” SAMPAIO, José Adércio Leite, *Responsabilidade Ambiental e ação civil pública*, in, SOARES Jr, Jarbas e ALVARENGA, Luciano José. *Direito Ambiental no STJ*, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 172.

¹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade* (tradução de Sebastião Nascimento), São Paulo: Editora 34, 2013 (reimpressão), p. 25.

¹² “Com exceção da UHE Sinop, todas as usinas previstas no Plano Decenal devem operar a “fio d’água”, ou seja, toda a água que chega à usina (vazão afluente) deve passar pelas turbinas ou ser vertida, não havendo condições para armazená-la. Esta configuração reduz a área inundada e, conseqüentemente, minimiza os impactos sobre o meio ambiente e sobre a sociedade. No entanto, a configuração a fio d’água gera algumas conseqüências: a impossibilidade de

⁵ FISCHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul; DERBY, Stephen L e KEENEY, Ralph. *Acceptable risk*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, passim.

⁶ DOUGLAS, Mary. *Risk and Blame – Essays on Cultural Theory*, London and New York: Routledge, 1994, p. 22.

⁷ “[p]elo menos se as figuras para mortalidade e morbidez significam alguma coisa.”

inclusive contribui para o aumento de térmicas, com o consequente aumento de gases de efeito estufa (GEE)¹³. Assim as excelentes intenções de evitar riscos podem ampliar “outros” riscos. Um bom exemplo é o caso do DDT. Rachel Carson em seu conhecido livro *Primavera silenciosa*¹⁴ foi uma dura crítica da utilização do produto, devido aos graves problemas de saúde humana. Por outro lado, a Organização Mundial da Saúde¹⁵ possui reservas em relação ao total banimento do produto.

Logo, o risco não é uma categoria neutra que se aplica a toda e qualquer circunstância. A construção do risco, como ressaltado pioneiramente por Mary Douglas é, antes de tudo, social, ainda que não só. A dificuldade de lidar com o risco do ponto de vista jurídico, sobretudo em processos judiciais, é que a lógica do processo judicial é casuística e, portanto, restrita ao caso decidido, não observando o contexto social mais amplo. No caso brasileiro, as deficiências

judiciais para tratar do tema são agravadas pelas conhecidas dificuldades estruturais do Judiciário que decide questões ambientais muitos e muitos anos depois dos fatos, salvo nas hipóteses de medidas liminares.

2.1 Teoria do Risco Integral: síntese

A Teoria do Risco Integral foi concebida no fim do século XIX, como muito bem ressaltado pela excelente síntese produzida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁶. Conforme anotado pelo ministro, a teoria do risco integral teve origem na busca de solução para questões relativas a acidentes de trabalho que se intensificavam na França do fim do século XIX. Foi teoria estabelecida para dar solução a casos concretos em período no qual o Código Napoleão reinava soberano, não existindo a chamada legislação extravagante. É, portanto, filha da industrialização¹⁷ e dela não se aparta, assim como o moderno Direito Ambiental, que é fruto da industrialização ou dos efeitos deletérios por ela causados. No contexto específico do Direito Ambiental, o Ministro Hermann Benjamim¹⁸ sintetizou-a como se segue:

[...] não aceita excludentes do fato de terceiro, da culpa concorrente da vítima (que vítima quando o meio ambiente tem como titular a coletividade?) e do caso fortuito ou força maior [...].

2.2 Renascimento da Teoria do Risco Integral

O Código Civil de 2002¹⁹, em seu art. 927, parágrafo único, estabelece que:

[...] [h]averá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

controle de cheias; maior sobrecarga sobre as atuais usinas do SIN com capacidade de regularização, gerando grandes alterações no nível dos reservatórios ao longo de curtos ciclos hidrológicos; e maior despacho térmico para atender às exigências sazonais da carga, que não poderão ser atendidas pelo armazenamento hidráulico.”, in, Instituto Acende Brasil (2013). Povos Indígenas e o Setor Elétrico: do Conflito ao Consenso. White Paper 12, São Paulo, p. 5.

¹³ “Foram anunciados em São Paulo, pelo Observatório do Clima, os resultados do Sistema de Estimativa de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SEEG 2.0) para 2014. Segundo o estudo, elaborado pelo segundo ano consecutivo, as emissões brasileiras atingiram 1,57 bilhão de t CO₂e (tonelada equivalente de CO₂) em 2013, o que representa um aumento de 7,8% em relação ao ano de 2012, e o maior valor desde 2008. O aumento das emissões de 2013 representa uma reversão de tendência registrada desde 2005, quando vinham caindo ano a ano devido a sucessivas quedas nas taxas anuais de desmatamento. Em 2012, atingiram o seu menor valor, com 1,45 milhão de t CO₂ e. Todos os setores apresentaram aumento de emissão em 2013, com destaque para as Mudanças de Uso da Terra (16,4%), puxado pelo aumento do desmatamento na Amazônia e Cerrado, e Energia (7,8%), influenciado pelo aumento do uso de energia termoeletrica de fontes fósseis e do consumo de gasolina e diesel para transporte. O setor de Mudança de Uso da Terra representa ainda, a exemplo dos dados referentes a 2012, a maior parcela das emissões (35%). Mas a área de Energia teve aumento expressivo de participação, e alcança agora 30% das emissões, seguida de Agropecuária (27%), Processos Industriais (6%) e Resíduos (3%).” Disponível em: <<http://redesustentabilidade.org.br/regional/sp/emissoes-de-carbono-no-brasil-atingem-o-maior-valor-desde-2008/>>. Acesso em: 06/01/2015.

¹⁴ CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa* (tradução de Cláudia Sant’Anna Martins), São Paulo: Editora Gaia, 2010, passim.

¹⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Global Malaria Programme - The use of DDT in malaria vector control - WHO position statement. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/WHO_HTM_GMP_2011_eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 07/01/2015.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1373788/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 20/05/2014.

¹⁷ Conselho de Estado, Responsabilidade e Socialização do Risco, (coordenação Professor Doutor Marcelo Dias Varella, tradução Michel Abes). Brasília: UniCEUB, 2006.

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade Civil por dano ambiental, in, Milaré, Édís e MACHADO, Paulo Affonso Leme (organizadores), Doutrinas Essenciais – Direito Ambiental, Volume V, São Paulo: RT, 2011 (75-136), p. 123.

¹⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O STJ, em decisão liderada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, estabeleceu que, em *matéria de meio ambiente, a cláusula geral é o risco*:

O Código Civil de 2002 foi além dessa orientação, pois, embora mantendo a responsabilidade civil subjetiva, em seu art. 186, estatuiu, em seu parágrafo único do art. 927, a inovadora cláusula geral de risco, consagrando de forma ampla a responsabilidade objetiva. A teoria do risco como cláusula geral de responsabilidade civil restou consagrada no enunciado normativo do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Essa norma, a par de estatuir uma cláusula geral de responsabilidade civil, manteve os casos de responsabilidade objetiva pelo risco acolhidos por leis especiais já aludidos.²⁰

No particular, há que se registrar que a responsabilidade por risco integral — sem qualquer exclusão — é uma exceção, dependente de lei que assim o determine²¹, posição que vai no sentido contrário do decidido pela elevada Corte. A título de exemplo deve ser citada a Lei 10.744, de 9 de outubro de 2003, relativa à assunção pela União de responsabilidade civil decorrente de atos terroristas.

O Direito brasileiro não tem se dedicado ao estudo do risco e de suas repercussões na ordem jurídica, com exceção dos pesquisadores da Universidade Federal de Santa Catarina, cuja influência para o moderno desenvolvimento da matéria tem sido muito relevante²². A teoria do risco integral, recuperada pela jurisprudência dominante do STJ, precisa ser mitigada, sob pena de gerar graves injustiças e dificuldades econômicas graves. É importante que se afaste o pensamento de que a sociedade moderna é um mal em si mesmo. “Hoje todos acreditam no mito sugerido da malignidade radical do mundo e da ‘sociedade’”²³. Um bom exemplo do que se fala é a afirmação de José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior:

Se lidar com o risco certo e em potencial, utilizando a expressão de Beck, já era difícil no paradigma anterior, imagina gerir riscos imprevisíveis, em abstrato, em virtude das incertezas científicas[...]”²⁴.

Ora, uma das características do racionalismo é que não podemos ter a certeza como meta²⁵. Relembre-se, todavia, que os riscos são percebidos diferentemente pela sociedade²⁶, pois são eles próprios produzidos socialmente. Assim, o renascimento da teoria do risco integral, de certa forma, é a apropriação jurídica do chamado “discurso ambiental”²⁷.

Não se trata, conforme entendem alguns juristas, da objetivação da responsabilidade civil fundada na teoria do risco criado, modalidade que admitiria excludentes fundadas na culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Na verdade, está se diante de uma objetivação com a adoção da teoria do risco integral, pois, se o porvir depende de cautela extrema das atuais gerações, para que possa existir qualidade de vida e até mesmo condições mínimas de subsistência num planeta submetido a intenso maltrato, é evidente que toda norma ambiental há de ser interpretada de modo a se atingir os desígnios constitucionais.²⁸

2.2.1 Um caso exemplar

A adoção da centenária Teoria do Risco Integral para as questões ambientais é bastante firme no STJ, merecendo exame o Recurso Especial 1.373.788/SP, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que se encontra excelentemente bem relatado e construído e, por isso mesmo, é um bom exemplo de super valorização da responsabilidade objetiva — com a negativa de aplicação de excludentes —, sendo certo que a matéria poderia ter sido resolvida dentro dos marcos tradicionais da responsabilidade objetiva, sem o recurso à negativa de excludentes. De fato, no caso

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1373788/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 20/05/2014.

²¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 16. ed. 2014, p. 496.

²² Para acompanhar o atual estágio das pesquisas, ver: LEITE, José Rubens Morato (coordenador). *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva, 2012, passim.

²³ POPPER, Karl. R. *Em Busca de um mundo melhor* (tradução Milton Camargo Mota). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.

²⁴ LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória*, in, Leite, José Rubens Morato (coordenador). *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

²⁵ POPPER, Karl. R. *Em Busca de um mundo melhor*. (tradução Milton Camargo Mota). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

²⁶ ROBBINS, Paul; HINTZ, John; MOORE, Sarah A. *Environment and Society – a critical introduction*. Oxford: Wiley Blackwell, 2nd edition, 2014, p. 90.

²⁷ HANNIGAN, John. *Environmental Sociology*, London and New York: Routledge, 3rd Edition, 2014, pp. 72-99.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 414617, relator Ministro SÉRGIO KUKINA, data da publicação: 24/11/2014.

concreto cuidava-se de ação indenizatória movida por “jovem que sofreu graves queimaduras nas pernas ao manter contato com resíduo industrial depositado em área rural.” Conforme estabelecido na ementa da decisão, “A colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil”, acrescentando-se que é irrelevante a “eventual culpa exclusiva ou concorrente da vítima.”

Conforme consta do relatório da decisão:

A polêmica devolvida ao conhecimento desta Corte situa-se em torno da responsabilidade civil da empresa recorrente pelos danos sofridos pelo recorrido decorrentes de queimaduras sofridas pelo contato com resíduos tóxicos depositados em terreno pertencente à demandada. Com efeito, o Tribunal de origem, reformando a sentença que julgara improcedente o pedido indenizatório, condenou a parte recorrente a indenizar a parte recorrida pelos danos morais advindos das queimaduras sofridas pelo autor decorrentes do contato com resíduos tóxicos que se encontravam expostos a céu aberto na propriedade da ré, arbitrando *quantum* indenizatório no montante de 200 salários-mínimos nacionais [...].

O recurso da empresa sustentou (i) a inexistência de provas acerca da ocorrência do evento danoso; (ii) a ausência de nexo de causalidade, por não haver relação entre a conduta da ré e o suposto dano do autor; (c) a ausência de ato ilícito praticado pela recorrente que adotou todas as providências necessárias ao acatamento e afastamento de terceiros não autorizados, dentre outras coisas.

O autor narrou, desde a petição inicial, que, no dia 8 de outubro de 1995, quando contava com doze anos de idade, na parte da manhã, em um terreno de propriedade da parte requerida, localizado atrás da Chácara Planalto, no Município de Sertãozinho, no Estado de São Paulo, estava caminhando por uma estrada a fim de recolher seu gado, quando pisou em uma terra vermelha que lhe causou queimaduras de terceiro grau, permanecendo sob cuidados médicos por sete dias, sendo submetido a diversos curativos e pequenas intervenções cirúrgicas.

Prossegue o relatório:

A sentença julgou improcedentes os pedidos da parte autora, sob o fundamento de que “o episódio envolvendo o autor não decorreu de conduta dolosa nem culposa das requeridas, mas sim de caso fortuito ou força maior, já que nenhuma prova foi produzida no sentido de que o local

dos fatos era destinado ao depósito de materiais perigosos e nocivos para a saúde de outrem.

O acórdão recorrido, revisando os fundamentos da indigitada sentença, asseverou que a simples existência de placas de sinalização e cerca não torna lícito o despejo de material tóxico no meio ambiente, contaminando o solo e o lençol freático de maneira a colocar em perigo toda comunidade em seu entorno, e asseriu que aquele que joga resíduos industriais no terreno, responde pelo prejuízo que causou e causar enquanto houver dano a quem quer que seja.

Conforme realçado na própria decisão do STJ,

A modalidade que apresenta peculiaridades mais marcantes é exatamente a teoria do risco integral, que interessa neste momento.

Constitui uma modalidade extremada da teoria do risco em que o nexo causal é fortalecido de modo a não ser rompido pelo implemento das causas que normalmente o abalariam (v.g. culpa da vítima; fato de terceiro, força maior).

Essa modalidade é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (CF, art. 21, XXIII, letra “c” e Lei 6453/77).

O mesmo ocorre com o dano ambiental (CF/88, art. 225, caput e § 3º, e Lei 6938/81, art. 14, § 1º), em face da crescente preocupação com o meio ambiente.

No caso em questão, não há dúvida de que a empresa praticou ato ilícito, destinação dos produtos tóxicos sem a adequada proteção. Este fato já seria suficiente para fazer surgir o dever de indenizar. Também o fato de que a propriedade não estava adequadamente guardada, como demonstrado, indica que o proprietário assumiu os riscos daí derivados. E por fim, o fato de que a vítima era menor à época dos fatos, certamente é um elemento em favor da indenização, visto que o recurso à uma “modalidade excepcional” de responsabilização, em caso relativamente simples é medida que, em nossa opinião, contribui para banalizar a aplicação de uma teoria que, por excepcional, somente deve ser utilizada em casos igualmente excepcionais.

2.3 Responsabilidade objetiva e atividades de grande impacto

A história da responsabilidade objetiva, na era industrial e pós-industrial, nos demonstra que ela é uma resposta que busca equilibrar os riscos gerados por atividades socialmente desejadas e os benefícios

sociais por elas gerados. Em Direito brasileiro, uma das primeiras normas que tratou da responsabilidade objetiva — culpa presumida na linguagem da época — foi a relativa ao transporte ferroviário²⁹. No particular, será visto mais adiante como o STJ modificou a jurisprudência relativa aos acidentes ferroviários, como forma de coibir os chamados “surfistas ferroviários”. Posteriormente várias normas foram sendo incorporadas ao Direito brasileiro, inclusive a recente lei sobre responsabilidade civil objetiva pela prática de ilícitos administrativos (corrupção)³⁰. Com exceção da responsabilidade civil objetiva pela prática de atos de corrupção, a característica principal das normas é de estarem voltadas para atividades econômicas de grande porte.

A teoria do risco integral que vem sendo adotada pelas Cortes, em nossa opinião, não encontra qualquer base legal, sendo uma construção intelectual, em grande parte informada por um *zeitgeist* refratário à utilização dos recursos ambientais, super dimensionando as responsabilidades civis em qualquer caso, como se o superdimensionamento, por si só, pudesse garantir mais proteção ao meio ambiente. De fato, há uma forte tendência no Superior Tribunal de Justiça³¹ a decidir questões complexas com base em informações sem a devida verificação e dando base à constituição de uma jurisprudência atemorizada pelo futuro. Permita-se a reprodução de alguns trechos de conhecida decisão judicial:

[...] após constatar o que ocorre com a Floresta Amazônica, última grande mata nativa tropical do planeta [...]. O que está em jogo não é apenas a qualidade de vida, senão a própria sobrevivência no Planeta. Quando da realização da Eco-92, o então Presidente Gorbachev afirmou que a humanidade teria trinta anos para mudar seus hábitos de consumo. Senão, a Terra poderia continuar a existir, mas prescindiria da espécie humana para isso.

Um bom castigo para a “ganância da sociedade de consumo” é a inexistência da exclusão de responsabilidade, pois casos fortuitos, força maior ou fato de terceiros são a prova da “vingança de Gaia”

e, portanto, devem impor ao degradador do meio ambiente ônus pesados pelo sacrilégio que perpetraram.

3 Doutrina nacional e responsabilidade ambiental por risco integral

As decisões tomadas pelo STJ, com base na teoria do risco integral, não encontram ressonância tranquila na produção doutrinária especializada que, no particular, se encontra dividida, conforme se passa a demonstrar. Uma das posições mais extremadas em relação à inexistência das excludentes de responsabilidade é a sustentada por Norma Sueli Padilha³² para quem,

a mera existência do risco gerado pela atividade deve conduzir à responsabilização e, havendo mais de uma causa para o dano, todas serão consideradas eficientes para produzi-lo (equivalência das condições para aferição do liame causal). Basta que o dano esteja ligado à existência do “fator de risco”, pois este deve ser considerado a causa do dano. O que importa é o fato risco, não uma causa perfeitamente identificada e vinculada a uma atividade perigosa.

Parece claro que a prestigiada autora raciocina com o conceito de dano e risco como fatores equivalentes. Assim, a existência de uma dano ambiental qualquer em área de influência de atividade risco, resulta daí que o agente da atividade será responsável pelo evento danoso, “o que importa é o fato risco, não uma causa perfeitamente identificada e vinculada a uma atividade perigosa.” Assim, dispensa-se até mesmo a relação causa-efeito para que se impute a responsabilidade. Também com posição assemelhada se acha o respeitado Édis Milaré,³³ para quem:

Em outras palavras, com a teoria do risco integral, o poluidor, na perspectiva de uma sociedade solidarista, contribui – nem sempre de maneira voluntária – para com a reparação do dano ambiental, ainda que presentes quaisquer das clássicas excludentes da responsabilidade ou cláusula de não indenizar. É o poluidor assumindo todo o risco que sua atividade acarreta: o simples fato de existir a atividade produz o dever de reparar, uma vez provada a conexão causal entre

²⁹ BRASIL. Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912.

³⁰ BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

³¹ AREsp 476067, relator Ministro Humberto Martins, DJE 02/05/2014.

³² PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 284.

³³ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 6. ed. 2009, p. 964.

dita atividade e o dano dela advindo. Segundo esse sistema, só haverá exoneração de responsabilidade quando : a) o dano não existir; o dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco.

Todavia, há concepções mais moderadas sobre a existência de exclusões de responsabilidade, como aquela do consagrado Professor Paulo Affonso Leme Machado³⁴, que admite a exclusão de responsabilidade nas hipóteses de caso fortuito e força maior, sendo certo que

[...] [q]uem alegar o caso fortuito e a força maior deve produzir a prova de que era impossível evitar ou impedir os efeitos do fato necessário – terremoto, raio, temporal, enchente.

No mesmo diapasão segue Annelise Steigleder:

Finalmente, há uma posição intermediária, que nos parece a mais correta, admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, eis que consistem em fatos externos, imprevisíveis e irresistíveis, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade.³⁵

A Professora Maria Luiza Machado Granziera³⁶ deu um excelente tratamento à questão ao escrever:

Há que se analisar a questão à luz do risco ao qual a atividade causadora de dano expôs a sociedade e o meio ambiente...Se não ficar claramente evidenciado que o fato ocorrido estava totalmente fora da previsão e do controle do empreendedor e que nenhum ato seu colaborou para a realização do dano, é cabível a sua responsabilização." Parece, portanto, razoável que "um empreendimento que tenha sido vitimado por fato de terceiro passe a responder por danos causados por este terceiro, como se lhes houvesse dado causa."³⁷

O fato, em nossa opinião, indiscutível é que tema tão relevante e com repercussões tão graves não pode ficar relegado à ser disciplinado por opiniões

doutrinárias ou por criação de Direito novo por parte do Judiciário, como tem sido o caso, necessitando reformulação legislativa para que a matéria seja tratada amplamente.

4 Exclusão de responsabilidade ambiental

Diferentemente da orientação que vem prevalecendo nas decisões majoritárias do Superior Tribunal de Justiça, a exclusão de responsabilidade ambiental em determinados casos é a regra, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Como será visto adiante, a posição adotada pela elevada Corte de Justiça brasileira não encontra paralelo nos países que têm demonstrado alto grau de preocupação com o meio ambiente.

A União Europeia, mediante a expedição da Diretiva 2004/35/CE³⁸ do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004 (Diretiva 2004/35), estabeleceu normas relativas à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. Um dos elementos mais importantes da Diretiva 2004/35 é a definição clara de danos ambientais que, na forma do art. 2º, 1 são:

a) Danos causados às espécies e habitats naturais protegidos, isto é, quaisquer danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses habitats ou espécies. O significado de tais efeitos deve ser avaliado em relação ao estado inicial, tendo em atenção os critérios do Anexo I.

Os danos causados às espécies e habitats naturais protegidos não incluem os efeitos adversos previamente identificados que resultem de um acto de um operador expressamente autorizado pelas autoridades competentes nos termos das disposições de execução dos n.ºs 3 e 4 do artigo 6º ou do artigo 16º da Diretiva 92/43/CEE ou do artigo 9º da Diretiva 79/409/CEE, ou, no caso dos habitats e espécies não abrangidos pela legislação comunitária, nos termos das disposições equivalentes da legislação nacional em matéria de conservação da natureza;

b) Danos causados à água, isto é, quaisquer danos que afectem adversa e significativamente o estado ecológico, químico e/ou quantitativo e/ou o potencial ecológico das águas em questão, definidos na Diretiva 2000/60/CE, com exceção dos efeitos adversos aos quais seja aplicável o nº 7 do seu

³⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 20. ed. 2012, p. 424.

³⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental – as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 212.

³⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 590.

³⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 16. ed. 2014, p. 496.

³⁸ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0035&from=PT>>. Acesso em: 05/01/2015.

artigo 4º; c) Danos causados ao solo, isto é, qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo de a saúde humana ser afetada adversamente devido à introdução, direta ou indireta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos.

É interessante observar que a diretiva estabelece um regime de responsabilidade bipartido, ou seja, há (i) responsabilidade objetiva e (ii) responsabilidade subjetiva, conforme seja a origem do dano. Assim, o art. 3º ao definir o âmbito de aplicação determina que:

1. A presente diretiva é aplicável: a) Aos danos ambientais causados por qualquer das atividades ocupacionais enumeradas no Anexo III e à ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas atividades;³⁹ b) Aos danos causados às espécies e

habitats naturais protegidos por qualquer atividade ocupacional distinta das enumeradas no Anexo III, e à ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas atividades, *sempre que o operador agir com culpa ou negligência*.

Tal bipartição é relevantíssima, pois como já foi visto acima, a responsabilidade objetiva — sobretudo na interpretação do STJ: risco integral — quando aplicada a pequenos empreendimentos e atividades, pode ter o efeito colateral de “jogar fora a criança com a água do banho”. Logo, repartir a responsabilidade, conforme a dimensão da atividade e do impacto causado, é medida da mais elementar justiça e proporcionalidade.

Para o objeto central do presente artigo, merece ser ressaltado que o art. 4º expressamente prevê as hipóteses de exclusão de responsabilidade:

1. A presente diretiva não abrange danos ambientais nem ameaças iminentes desses danos, causados por: a) Atos de conflito armado, hostilidades, guerra civil ou insurreição; b) Fenômenos naturais de caráter excepcional, inevitável e irresistível; 2. A presente diretiva não se aplica aos danos ambientais, nem a ameaças

³⁹ ANEXO III ATIVIDADES REFERIDAS NO Nº 1 DO ARTIGO 3º 1. A exploração de instalações sujeitas a licença, nos termos da Diretiva 96/61/CE do Conselho, de 24 de Setembro de 1996, relativa à prevenção e controlo integrados da poluição(1). Ou seja, todas as atividades enumeradas no Anexo 1 da Diretiva 96/61/CE, com exceção das instalações ou partes de instalações utilizadas para a investigação, desenvolvimento e ensaio de novos produtos e processos. 2. Operações de gestão de resíduos, incluindo a recolha, o transporte, a recuperação e a eliminação de resíduos e resíduos perigosos, incluindo a supervisão dessas operações e o tratamento posterior dos locais de eliminação, sujeitas a licença ou registo, nos termos da Diretiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos(2), e da Diretiva 91/689/CEE do Conselho, de 12 de Dezembro de 1991, relativa aos resíduos perigosos(3). Estas operações incluem, entre outras, a exploração de aterros nos termos da Diretiva 1999/31/CE do Conselho, de 26 de Abril de 1999, relativa à deposição de resíduos em aterros(4), e a exploração de instalações de incineração nos termos da Diretiva 2000/76/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro de 2000, relativa à incineração de resíduos(5). Para efeitos da presente diretiva, os Estados-Membros podem decidir que estas operações não incluam o espalhamento de lamas de águas residuais provenientes de instalações de tratamento de resíduos urbanos, tratadas segundo normas aprovadas, para fins agrícolas. 3. Todas as descargas para as águas interiores de superfície que requeiram autorização prévia, nos termos da Diretiva 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade(6). 4. Todas as descargas de substâncias para as águas subterrâneas que requeiram autorização prévia nos termos da Diretiva 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à proteção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas(7). 5. As descargas ou infeções de poluentes nas águas de superfície ou nas águas subterrâneas que requeiram licença, autorização ou registo nos termos da Diretiva 2000/60/CE. 6. Captação e represamento de água sujeitos a autorização prévia, nos termos da Diretiva 2000/60/CE. 7. Fabrico, utilização, armazenamento, processamento, enchimento, libertação para o ambiente e transporte no local de: a) Substâncias perigosas definidas no nº 2 do artigo 2º da Diretiva 67/548/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1967, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas(8); b) Preparações perigosas,

definidas no nº 2 do artigo 2º da Diretiva 1999/45/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Maio de 1999, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das preparações perigosas(9); c) Produtos fitofarmacêuticos definidos no nº 1 do artigo 2º da Diretiva 91/414/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1991, relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado(10); d) Produtos biocidas definidos na alínea a) do nº 1 do artigo 2º da Diretiva 98/8/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à colocação de produtos biocidas no mercado(11); 8. Transporte rodoviário, ferroviário, marítimo, aéreo ou por vias navegáveis interiores de mercadorias perigosas ou poluentes definidas no Anexo A da Directiva 94/55/CE do Conselho, de 21 de Novembro de 1994, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao transporte rodoviário de mercadorias perigosas(12), no Anexo da Diretiva 96/49/CE do Conselho, de 23 de Julho de 1996, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao transporte ferroviário de mercadorias perigosas(13), ou na Diretiva 93/75/CEE do Conselho, de 13 de Setembro de 1993, relativa às condições mínimas exigidas aos navios com destino aos portos marítimos da Comunidade ou que deles saiam transportando mercadorias perigosas ou poluentes(14). 9. Exploração de instalações sujeitas a autorização, nos termos da Diretiva 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais(15), no que respeita à libertação para a atmosfera de quaisquer das substâncias poluentes abrangidas pela referida Diretiva. 10. Quaisquer utilizações confinadas, incluindo transporte, que envolvam microrganismos geneticamente modificados definidos pela Diretiva 90/219/CEE do Conselho, de 23 de Abril de 1990, relativa à utilização confinada de microrganismos geneticamente modificados(16).

iminentes desses danos, que resultem de incidentes relativamente aos quais a responsabilidade ou compensação seja abrangida pelo âmbito de aplicação de alguma das Convenções Internacionais enumeradas no Anexo IV, incluindo quaisquer posteriores alterações dessas convenções, em vigor no Estado-Membro em questão.

No que diz respeito aos custos de prevenção e reparação de danos ao ambiente, o art. 8º da Diretiva 2004/35 estipula que:

3. Não é exigido ao operador que suporte o custo de ações de prevenção ou de reparação executadas por força da presente diretiva, se este puder provar que o dano ambiental ou a ameaça iminente desse dano: a) Foi causado por terceiros e ocorreu apesar de terem sido tomadas as medidas de segurança adequadas; ou b) Resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública que não sejam uma ordem ou instrução resultantes de uma emissão ou incidente causado pela atividade do operador.

Nestes casos, os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para permitir ao operador recuperar os custos incorridos. 4. Os Estados-Membros podem permitir que o operador não suporte o custo das ações de reparação executadas por força da presente diretiva se ele provar que não houve culpa nem negligência da sua parte e que o dano ambiental foi causado por: a) Uma emissão ou um acontecimento expressamente permitidos e que respeitem integralmente uma autorização emitida ou conferida nos termos das disposições legislativas e regulamentares nacionais de execução das medidas legislativas adotadas pela Comunidade, especificadas no Anexo III, tal como se aplicam à data da emissão ou do acontecimento; b) Uma emissão, atividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decurso de uma atividade que o operador prove não serem consideradas susceptíveis de causarem danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou se realizou a atividade.

Uma das leis mais duras em matéria de responsabilidade civil ambiental é a chamada *Cercla (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act of 1980)*⁴⁰ dos Estados Unidos que constantemente é emendada e atualizada, a qual estabelece um regime de exclusão de responsabilidade,

em seu § 9.607, após definir na alínea *a* a relação dos responsáveis pelas ações de descontaminação, na alínea *b* (defesas) exclui as responsabilidades em caso de

(1) act of God, (2) ato de guerra (3) ação ou omissão de uma terceira parte que não seja empregado ou agente do deficiente, ou aquele cuja ação ou omissão ocorra no âmbito de uma relação contratual, direta ou indiretamente existente, com o réu (exceto onde o único acordo contratual surge de uma tarifa publicada e aceitação para o transporte por uma transportadora comum por via férrea), se o réu estabelece por uma preponderância das evidências de que (a) exerceu o devido cuidado em relação à substância perigosa em causa, tendo em consideração as características de tal substância perigosa , à luz de todos os fatos e circunstâncias relevantes, e (b) ele tomou precauções contra previsíveis atos ou omissões de qualquer terceiro e as consequências que poderiam previsivelmente resultar de tais ações ou omissões , ou (4) qualquer combinação dos parágrafos acima.

Na Argentina também se admite a exclusão da responsabilidade ambiental como estabelecido pelo art. 29 da Política Ambiental Nacional⁴¹, conforme a tradição jurídica ocidental. No Chile, a responsabilidade ambiental é subjetiva, muito embora se admita a presunção de responsabilidade nas hipóteses de infração às normas administrativas de proteção ao meio ambiente⁴². No Peru⁴³ vigora regime que reconhece

⁴¹ ARGENTINA, Política Ambiental Nacional. Ley 25.675: "ARTICULO 29. — La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder."

⁴² CHILE, Ley 19.300 Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente "Artículo 51. Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley. No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley. Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Artículo 52. Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title42/html/USCODE-2011-title42-chap103.htm>>. Acesso em: 05/01/2015.

⁴³ PERU, Lei Geral do Ambiente Ley 28611: Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales 142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad

uma bipartição da responsabilidade ambiental em (i) objetiva e (ii) subjetiva, conforme a natureza do dano e que, evidentemente, reconhece excludentes de responsabilidade, dentre as quais merece destaque o caso de que o dano ambiental tenha sido causado por uma ação ou omissão “não contrária à normativa aplicável”. Assim, a jurisprudência majoritária do STJ está praticamente solitária — orgulhosamente solitária —, na adoção de teoria que, na prática, afasta toda e qualquer excludente de responsabilidade em relação aos danos ambientais.

Ainda que timidamente e amplamente minoritárias, existem decisões do STJ que admitem a exclusão de responsabilidade em matéria ambiental, e.g.,

A excludente de responsabilidade civil consistente no fato de terceiro, na seara ambiental, tem aplicação bastante restrita, dada a abrangência do disposto no artigo acima transcrito. Desse modo, só poderá ser reconhecida quando o ato praticado pelo terceiro for completamente estranho à atividade desenvolvida pelo indigitado poluidor, e não se possa atribuir a este qualquer participação na consecução do dano.⁴⁴

pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir. Artículo 145.- De la responsabilidad subjetiva La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. Artículo 146.- De las causas eximentes de responsabilidad No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos: a) Cuando concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta Ley; b) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; y, c) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1381211/TO, relator Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 19/09/2014.

5 A inexistência da exclusão da responsabilidade como estímulo ao comportamento antiambiental

O art. 225 da CF determina que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. O mesmo artigo, após estabelecer o direito de todos, estabeleceu uma obrigação exigível do Poder Público e da coletividade, o “dever de defendê-lo e preservá-lo”. Assim, do ponto de vista constitucional e, na medida de suas possibilidades, todas as pessoas naturais e jurídicas devem agir de forma a defender e preservar o ambiente. Do ponto de vista da aplicação da responsabilidade civil ambiental, parece evidente a indenização de danos causados ao meio ambiente e a terceiros não é extensível às hipóteses de, por exemplo, culpa exclusiva da vítima, pois esta última estaria agindo de forma contrária à proteção ambiental. Assim, conforme a precisa observação de Michael Faure⁴⁵, a responsabilidade civil tem como uma de suas funções o desencorajamento dos comportamentos antissociais e, em muitos casos, indenizar as vítimas é estimular tal comportamento. No particular, a jurisprudência sobre acidentes ferroviários do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ é bastante elucidativa ao rechaçar a indenização aos chamados “surfistas ferroviários”. Reconhecida a culpa exclusiva da vítima,

A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado “surf ferroviário”, assume as consequências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável.

Assim, indenizar aqueles que tenham se colocado em áreas de risco, notadamente com as invasões em áreas destinadas à indústria é, *ipso facto*, colocar-se contra o mandamento constitucional que atribui a todos a obrigação de proteger o meio ambiente, bem como estimular comportamentos irresponsáveis, desnaturando a função da responsabilidade civil. Assim, sendo certo que a indenização das vítimas é uma das funções essenciais da responsabilidade civil, daí não decorre que *todas* as vítimas devam ser indenizadas.

⁴⁵ FAURE, Michael, *L'analyse économique du droit de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 88.

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 160051/RJ, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, DJ 17/02/2003 p. 268.

6 Conclusão

Após a exposição das questões feita acima, é possível chegar a algumas conclusões relevantes. Em primeiro lugar há que se reconhecer que o regime de responsabilidade civil ambiental consagrado pela jurisprudência majoritária do STJ é criação de Direito novo que não encontra ressonância tranquila na doutrina e, igualmente, não encontra paralelo na ordem jurídica internacional. Tal circunstância é facilitada pelos termos extremamente genéricos com que a PNMA trata a questão da responsabilidade ambiental. A jurisprudência majoritária do STJ, em matéria de responsabilidade ambiental, como demonstrado, reflete uma apropriação do “discurso ambiental” por parte do tribunal que se utiliza da teoria do risco integral como forma de viabilização de tal discurso em termos jurídicos. Em nossa opinião, há necessidade urgente de modificação da PNMA, no que tange aos mecanismos relativos à responsabilidade ambiental, adequando-a às modernas legislações apresentadas no artigo.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 16. ed. 2014.

ARGENTINA. Política Ambiental Nacional. Ley 25.675.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade (tradução de Sebastião Nascimento). São Paulo: Editora 34, 2013 (reimpressão).

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição Federal.

BRASIL. Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912.

BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 476067, relator Ministro Humberto Martins.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1071741/SP, relator Ministro Herman Benjamin.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1373788/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1381211/TO, relator Ministro Marco Buzzi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 160051/RJ, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1412664/SP, relator Ministro Raul Araujo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.421.027 – RJ (2012/0218893-7), relator : Ministro Raul Araújo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 414617, relator Ministro Sérgio Kukina.

CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa* (tradução de Cláudia Sant’Anna Martins). São Paulo: Editora Gaia, 2010.

CHILE, Ley 19.300.

DOUGLAS, Mary. *Risk and Blame – Essays on Cultural Theory*, London and new York: Routledge, 1994.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10439110065125001 MG, relator Desembargador Amorim Siqueira, 9ª Câmara Cível. Publicação 02/12/2013.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL 90933507420098260000 SP, relator Desembargador Ricardo Dip, 1ª Câmara extraordinária de Direito Público, publicação: 16/05/2014.

FAURE, Michael. *L`analyse économique du droit de l`environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

FISCHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul; DERBY, Stephen L; KEENEY, Ralph. *Acceptable risk*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

HANNIGAN, John. *Environmental Sociology*. London and New York: Routledge, 3rd Edition, 2014.

Instituto Acende Brasil (2013). Povos Indígenas e o Setor Elétrico: do Conflito ao Consenso. White Paper 12, São Paulo.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória, in, LEITE, José Rubens Morato

(coordenador). *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 20. ed., 2012.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 6. ed., 2009.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PERU, Lei Geral do Ambiente Ley 28611.

POPPER, Karl. R. *Em Busca de um mundo melhor* (tradução Milton Camargo Mota). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBBINS, Paul; HINTZ, John; MOORE, Sarah A. *Environment and Society – a critical introduction*. Oxford: Wiley Blackwell, 2nd edition, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Responsabilidade Ambiental e ação civil pública, in, SOARES Jr, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José. *Direito Ambiental no STJ*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SOARES Jr, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José. *Direito Ambiental no STJ*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas Intelectuais – o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos* (tradução de Max Altman). Rio de Janeiro: Best Bolso, 2014.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental – as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

Sítios internet

<<http://cwanderson.org/wp-content/uploads/2011/11/Philip-K-Dick-The-Minority-Report.pdf>>.

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0035&from=PT>>.

<<http://redesustentabilidade.org.br/regional/sp/emissoes-de-carbono-no-brasil-atingem-o-maior-valor-desde-2008/>>.

<http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/WHO_HTM_GMP_2011_eng.pdf?ua=1>.

<<http://www.dicionarioweb.com.br/dendroclasta/>>.

<<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title42/html/USCODE-2011-title42-chap103.htm>>.

Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência

Humberto Theodoro Júnior*

1 Introdução

Nos primeiros trabalhos de preparação do Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil para o Brasil, dentre os problemas a equacionar, a Comissão credenciada pelo Senado Federal detectou dois que se aparentavam como representativos das maiores preocupações sociais com a chamada “*crise da justiça*”:

a) a *duração excessiva* e quase sempre intolerável dos processos;

b) a *insegurança dos resultados da prestação jurisdicional*, em face da recorrente diversidade de posições dos tribunais na aplicação da mesma norma legal.

Diante desse quadro, surgiu a ideia de analisar as razões práticas pelas quais o sistema do *common law* apresenta resultados mais rápidos e maior estabilidade na aplicação do Direito pelo Poder Judiciário. Constatou-se, então, a existência de duas grandes correntes do direito contemporâneo, no campo da formação do ordenamento jurídico: (i) a do *common law*, que valoriza bastante o direito consuetudinário, e nessa linha atribui *força normativa aos precedentes* judiciais, e (ii) a do *civil law* que atribui basicamente à lei a *força de constituir o ordenamento jurídico* (direito escrito).

Qualquer que seja o sistema jurídico normativo, porém, o papel relevante dos tribunais no plano das fontes do direito sempre foi evidente, muito embora insistissem os juristas europeus continentais em recusar à *jurisprudência* o reconhecimento científico de *fonte de direito*. O direito anglo-americano, muito mais próximo das raízes históricas do Direito

romano, sempre reconheceu a *força dos precedentes jurisdicionais* de efetiva *fonte do direito*, e com isso tem logrado proporcionar aos jurisdicionados muito mais *igualdade e segurança jurídica*.

É nessa perspectiva que o NCPC brasileiro procura, de certa forma, aproximar-se da técnica anglo-americana de reconhecer força normativa maior aos precedentes dos tribunais. Nosso critério, todavia, não é o de voltar ao passado para investigar a existência de algum caso decidido que seja igual ao novo. O que o novo Código programou foi, principalmente, a ampliação da possibilidade de *julgamentos por amostragem*, destinados não apenas a *repetir decisões do passado*, mas a *formular* no julgamento de caso atual *tese de direito* que sirva de base para *julgamentos futuros*. Ao contrário do que se passa sob o regime do *common law* em que *o passado molda o presente*, a tônica de nosso regime é a de *estatuir no presente* norma capaz de *pré-ordenar o futuro*.

Com isso, vinha sendo introduzido em nosso sistema processual, mesmo antes do novo Código, o mecanismo recursal denominado de *julgamento por amostragem*, a partir principalmente da experiência dos recursos endereçados ao STF e ao STJ.

Três são os remédios processuais em que essa técnica veio a ser expressamente adotada pelo NCPC:

a) os recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041);

b) o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987); e

c) o incidente de assunção de competência (art. 947).

2 A posição do NCPC

Prevê o art. 1.036 do NCPC um regime processual específico para o julgamento por amostragem, aplicável ao STF e ao STJ, toda vez que “houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito”.

Eleito um ou alguns recursos paradigma, o relator, no tribunal superior, “determinará a *suspensão*

* Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da *International Association of Procedural Law* e da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*. Doutor em Direito. Advogado.

de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional” (art. 1.037, II).

Julgado o recurso paradigma e publicado o respectivo acórdão, “os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior” (NCPC, art. 1.040, III). E daí em diante, em todo e qualquer processo que surgir, tendo por objeto a mesma questão de direito, os juízes e tribunais observarão a tese definida no julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (NCPC, art. 927, III).

O mesmo regime de julgamento por amostragem é observado também no incidente de resolução de demandas repetitivas, com repercussão aos processos em curso na esfera de jurisdição dos tribunais de segundo grau (NCPC, arts. 927, III e 985, I e II). Poderá tal eficácia expandir-se para todo o território nacional, se via recurso extraordinário ou especial, a solução do incidente vier a ser objeto de acórdão de mérito do STF ou do STJ (NCPC, art. 987, § 2º).

Quanto ao incidente de assunção de competência (NCPC, art. 947), não se exige a atualidade da multiplicidade de demandas iguais. Mas, pela relevância da questão e pela repercussão que sua resolução terá além dos limites do processo atual, justifica-se a preocupação de estabelecer um critério mais rigoroso para definição da tese de direito, a vigorar também nos casos similares que futuramente se repetirão, com certeza.

3 Tutela individual, tutela coletiva e tutela plurindividual

O regime dos julgamentos por amostragem, disciplinado pelo CPC/2015, com o fito de estabelecer teses de direito aplicáveis, necessariamente, às causas que versem sobre a mesma questão jurídica, permite a visualização de uma nova modalidade de tutela jurisdicional — a tutela plurindividual —, colocada a meio caminho entre a tutela individual e a tutela coletiva:

a) *Tutela individual*: é a historicamente prestada na esfera do objeto do processo e com eficácia restrita aos sujeitos individualizados da relação processual (NCPC, arts. 503 e 506).

b) *Tutela coletiva*: compreende as ações coletivas por meio das quais se tutelam os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

c) *Tutela plurindividual*: realizada através de mecanismos processuais que coletivizam efeitos de ações originariamente individuais (incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos extraordinário e especial repetitivos e incidente de assunção de competência).

Imaginou-se, de início, que numa sociedade massificada, os conflitos singulares em grande parte se resolveriam através da tutela coletiva. Mas, a litigiosidade individual, diante das ações coletivas, não se arrefeceu. Pelo contrário, a espiral das novas demandas individuais sobre questões massificadas continuou crescendo em projeção geométrica, abarrotando os tribunais com um gigantesco volume de demandas iguais, capaz de inviabilizar o cumprimento da garantia da duração razoável do processo e do emprego de meios que acelerem a resolução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII).

Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina já havia reconhecido que

[...] as ações coletivas são insuficientes para resolver, com eficiência e de maneira definitiva, as questões de massa, contribuindo para a existência de inúmeras demandas repetitivas, a provocar um acúmulo injustificável de causas perante o judiciário [...]¹.

A propósito, lembra Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, entre muitos outros, os casos dos expurgos inflacionários em cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; do reajuste da tarifa da tabela do Imposto de Renda; dos conflitos sobre equivalência, para aposentados, de benefícios com o salário-mínimo; das contribuições sociais sobre determinadas categorias etc.

[...] Em praticamente todos os casos mencionados, foram centenas e milhares de processos individuais instaurados, sem que as ações coletivas tenham de fato cumprido o seu papel [...]².

Daí o desenvolvimento de novas técnicas de enfrentamento judicial de conflitos massificados, além das ações coletivas típicas, já que estas se revelaram

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 193, p. 258, mar/2011.

² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção “Temas atuais de Direito Processual Civil”. São Paulo: Ed. RT, 2002, v. IV, p. 262.

insuficientes para evitar a explosão das demandas singulares repetitivas.

Na verdade, os novos incidentes que o CPC/2015 instituiu ou aprimorou vieram, de certa forma, a ampliar o sistema normativo inicialmente previsto para a *tutela coletiva*, nele inserindo os diversos procedimentos relacionados com a *tutela plurindividual*, a qual a par das *ações coletivas* típicas, formam o microcosmo compreendido pelas *causas repetitivas*.

Mancuso registra, a propósito das causas repetitivas, progressivamente incorporadas pelo processo civil, “a tendencial e crescente tutela judicial *plurindividual*” que pode ser apreendida como “uma *terceira via*, postada num ponto equidistante entre a *jurisdição singular* [...] e a *jurisdição coletiva* [...]”³.

O papel desta via denominada *tutela plurindividual* não é o de criar novas *ações coletivas*, mas o de perseguir, diante da pluralidade de demandas em torno de questão igual, dois objetivos: (i) “por um lado, *racionalizar e atribuir eficiência ao funcionamento do Poder Judiciário* e, (ii) por outro, assegurar a *igualdade e a razoável duração do processo*”⁴ (g.n.).

Nessa ordem de ideias, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a assunção de competência, assim como o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, não configuram propriamente *ação coletiva*, mas “*procedimento incidental*, voltado a fixar entendimento paradigmático (*tese jurídica*) sobre a *questão de direito* replicada em muitos processos”⁵ (g.n.).

Com tais expedientes de *tutela plurindividual*, busca o moderno Direito Processual brasileiro ajustar-se aos desígnios do *justo processo* assegurado pela Constituição, “com vistas à *racionalização da atividade dos tribunais e tratamento isonômico dos recursos afins*”⁶, ou das demandas acerca de questões jurídicas

iguais⁷ (g.n.). Prestigia-se, além disso, o princípio da *segurança jurídica*.

4 Eficácia da tutela plurindividual sistematizada pelo NCPC

A resolução dos incidentes em torno das causas repetitivas fixa *tese jurídica* que se expande em três dimensões⁸:

a) *em dimensão pan-processual*: a tese aplica-se a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica controvérsia (art. 985, I; art. 947, § 3º; art. 1.040, III e art. 927, III);

b) *em modo atemporal*: estende-se “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito” (art. 985, II; art. 947, § 3º e 927, III);

c) *em larga amplitude territorial*: alcança a “área de jurisdição do respectivo tribunal”, podendo expandir-se para todo o território nacional, se, através de recurso, o STJ ou o STF pronunciar-se sobre o objeto do incidente (art. 987, § 2º; art. 927, III).

Diante dessas amplas dimensões do precedente jurisdicional vinculante formado na resolução das causas repetitivas, há, na doutrina, quem o considere ofensivo aos princípios constitucionais da *legalidade* e da *separação dos Poderes*. Para os que assim pensam, o NCPC teria conferido à jurisprudência as mesmas características e a mesma força da *lei* editada pelo Poder Legislativo, ou seja, teria transformado acórdãos de tribunais em “enunciados de caráter normativo” com *eficácia similar* à da lei, em seus atributos de *obrigatoriedade, generalidade, abstração e impessoalidade*^{9 10}.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 42.

⁴ NASCIMENTO, Bruno Dantas do. Tese de doutorado. São Paulo: PUC, 203, p. 150, *apud* MANCUSO, op. cit., p. 43.

⁵ MANCUSO. Op. cit., loc. cit.

⁶ Idem, *ibidem*. É o caso dos recursos extraordinário e especial repetitivos (NCPC, arts. 1.036 a 1.041).

⁷ São os casos submetidos aos incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência (NCPC, arts. 947 e 976).

⁸ MANCUSO. Op. cit., p. 27.

⁹ V. referência a essa doutrina em MANCUSO. Op. cit., pp. 25-26.

¹⁰ Nelson Nery Júnior qualifica como inconstitucional o sistema de precedentes do NCPC, por entender que somente por meio de alteração da Constituição seria possível criar-se decisão judicial vinculante (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1.837).

5 Não ocorrência de inconstitucionalidade no sistema de precedentes instituídos pelo NCPC

A novidade, que tem gerado alguma perplexidade e diversos questionamentos, prende-se à *força vinculante* atribuída à jurisprudência formada nesses mecanismos de julgamento por amostragem, cuja aplicação poderia atingir litigantes que não participaram do processo de formulação do precedente. O mesmo questionamento tem suscitado o incidente de assunção de competência, que, mesmo sem o pressuposto de demandas seriadas, é dotado, segundo o NCPC, de força suficiente para *produzir precedente* apto a influir em outras demandas que, acaso, envolvam questão similar (NCPC, art. 927, III). É sobre essa matéria que discorreremos a seguir.

Desde logo, porém, cumpre-nos registrar que o novo CPC deu um grande passo na técnica dos precedentes judiciais. O tema não é estranho nem é novidade em nosso direito positivo, que ao tempo do CPC/1973 já o contemplava, embora de forma tímida. Através das súmulas do STF e do STJ, o sistema de precedentes teve início entre nós sob a forma *meramente persuasiva*, passando a constituir instrumento auxiliar de grande utilidade na hermenêutica aplicada aos casos concretos. Faltava-lhes, no entanto, a *força vinculante*.

Foi nas ações de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que primeiro se reconheceu a força vinculante *erga omnes* dos acórdãos daquela Alta Corte. Seguiu-se, pela EC 45/2004, a instituição da *Súmula Vinculante*, passível de observância obrigatória por todos os tribunais e órgãos da Administração Pública, e que seria editada pelo STF, com adequada deliberação colegiada e ampla publicidade, podendo referir-se a questões solucionadas nas diversas causas julgadas por aquele Tribunal, e *não apenas nas ações de controle direto da constitucionalidade*. Por último, através de reformas do CPC/1973, a força vinculante alcançou, em determinadas circunstâncias, as súmulas originariamente criadas apenas com caráter persuasivo, como por exemplo, no caso de *indeferimento liminar de recurso pelo relator*, nos termos do art. 557 do referido Código. Ainda sob a égide do CPC anterior, foi também conferida igual eficácia aos acórdãos dos incidentes de *uniformização de jurisprudência* (art. 479) e de *arguição de inconstitucionalidade* (art. 481, parágrafo único), nos limites da jurisdição de cada tribunal.

Coube ao CPC/2015 a introdução dos precedentes vinculativos em sua maior e ampla dimensão nos termos do seu art. 927, para impor, nos casos enumerados, a *observância vertical das decisões dos tribunais superiores por todos os juízes e tribunais do País*, e a das decisões dos tribunais locais, pelos órgãos a eles vinculados. É dentro desse sistema de valorização da *jurisprudência como fonte normativa* que se inserem os incidentes, previstos no NCPC, de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, bem como a técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Fala-se, diante do prestígio conferido legalmente à força normativa da jurisprudência, que o novo Código teria introduzido em nossa ordem jurídica o chamado *direito jurisprudencial*¹¹ e isso talvez representasse, dentre todas as modificações trazidas por aquele diploma legal, “a mais significativa e com maior impacto no cotidiano forense”, como reconhece Arruda Alvim¹².

A novidade, que tem gerado alguma perplexidade e diversos questionamentos, prende-se à *força vinculante explícita* atribuída à jurisprudência formada nesses mecanismos de julgamento por amostragem, cuja aplicação poderia atingir litigantes que não participaram do processo de formulação do precedente. O mesmo questionamento tem suscitado o incidente de assunção de competência, que, mesmo sem o pressuposto de demandas seriadas, é dotado, segundo o NCPC, de força suficiente para *produzir precedente* apto a influir em outras demandas que, acaso, envolvam questão similar (NCPC, art. 927, III).

Desde logo, porém, cumpre-nos registrar que o novo CPC deu um grande passo na adoção da técnica dos precedentes judiciais. O tema, como já lembrado, não é estranho nem é novidade em nosso direito positivo, que ao tempo do CPC/1973 já o contemplava, embora de forma tímida. Através das súmulas do STF e do STJ, o sistema de precedentes teve início entre nós sob a forma *meramente persuasiva*, passando a constituir instrumento auxiliar de grande utilidade na

¹¹ “Seja para aplicar uma tese firmada [nas Cortes Superiores], seja para negar sua aplicação, os juízes deverão, no CPC/2015, cumprir o dever de *observar* o direito jurisprudencial, não podendo dele se distanciar injustificadamente” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 521).

¹² Idem, *ibidem*.

hermenêutica aplicada aos casos concretos. Faltava-lhes, no entanto, a *força vinculante* ampla e positiva, já que, fora das ações constitucionais de competência do STF, só se entrevia a possibilidade de tal acontecer, sem muita eloquência, nos já referidos incidentes de uniformização de jurisprudência e de arguição de inconstitucionalidade (após a reforma introduzida no CPC/1973 pela Lei 9.756/1998).

Várias, entretanto, são as objeções opostas doutrinariamente ao sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015, para qualificá-lo como incompatível com o processo idealizado pela Constituição. Duas, porém, se apresentam com aparente maior relevância: (i) a que acusa atribuição de força normativa ao precedente de ofensiva ao *princípio da legalidade*, porque só a lei, e não a decisão judicial, poderia obrigar *erga omnes* (CF, art. 5º, II); e (ii) a que vê no sistema codificado uma incompatibilidade com a *garantia do contraditório*, uma vez que a *coisa julgada* formada no julgamento do caso paradigma estenderia sua *eficácia erga omnes*, atingindo, portanto, quem não fora parte do processo.

Nenhuma das duas arguições, a nosso sentir, merece prosperar, como a seguir tentaremos justificar:

5.1 Ofensa ao princípio da legalidade

De fato, a Constituição garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). Contudo, há um consenso entre os intérpretes da referida garantia de liberdade, no sentido de que a palavra “lei”, no contexto sistemático da ordem constitucional,

[...] é de ser tomada em sua máxima latitude, de modo a abranger, assim, o produto final do Parlamento (*norma legislada*), como ainda a sua *interpretação judicial* (*a norma julgada*), quando uma exegese constante ou extratificada num enunciado venha alcançada ao final de certos procedimentos judiciais [...] e, à *fortiori*, quando tal se dê pela intervenção do STF, enquanto *guarda da Constituição* (art. 102, *caput*) [...] ¹³.

Deve-se partir da constatação de que os princípios e garantias constitucionais não incidem isoladamente nem podem ser tratados como absolutos, fora do contexto sistemático dos direitos fundamentais assegurados pela Lei Maior. Assim, para

a compreensão do princípio da *legalidade* concorre a necessidade de sua sistematização com outros princípios também de magnitude constitucional, como o da *igualdade* de todos perante a lei e o da *segurança jurídica*, ambos proclamados com destaque no frontispício do rol dos *direitos individuais* (isto é, no *caput* do art. 5º da CF), além de adotados como “*valores supremos*” da instituição da República Federativa do Brasil (*Preâmbulo* da Constituição de 1988).

Dentro de tal prisma, a unificação da interpretação e aplicação da lei pelos tribunais é algo que não se origina apenas da vontade do legislador comum manifestada no Código de Processo Civil, mas que decorre, imperativamente, da própria ordem constitucional positiva. Lembra Teresa Arruda Alvim Wambier, a propósito, que:

O princípio da *isonomia* se constitui na ideia de que *todos são iguais perante a lei* (g.n.), o que significa que a lei deve tratar todos de modo uniforme e que *correlatamente as decisões dos tribunais* não podem aplicar a *mesma lei* de forma *diferente* a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico [...] ¹⁴.

Ressalta Mancuso, com toda propriedade, que a sistemática de uniformização da jurisprudência, com vista ao estabelecimento de teses de direito aplicáveis *erga omnes*, revela-se “condição necessária para que a almejada *igualdade de todos perante a lei* (CF, art. 5º, *caput*) seja efetiva e operante e não apenas *teórica* ou *principlológica*” ¹⁵. Donde a conclusão inarredável:

Impende dotar o processo civil de instrumentos capazes de oportunizar a oferta de respostas jurisdicionais iguais a situações iguais, a fim de que a norma legislada não perca seu maior atributo - a *aplicação isonômica* - quando vem a ter sua passagem judiciária ¹⁶.

Além do mais, a lei, como simples enunciado genérico e abstrato, nunca ou quase nunca se apresenta completa, quando tem de ser aplicada ao quadro fático conflituoso. É que

[...] o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses,

¹³ MANCUSO. Op. cit., p. 27.

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? *Revista de Processo*, v. 98, p. 299, abr-jun/2000.

¹⁵ MANCUSO. Op. cit., p. 27.

¹⁶ Idem, *ibidem*.

sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei [...]”¹⁷.

Ou seja: “o comando contido nesta [isto é, na lei] é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo”¹⁸.

Por isso mesmo, a *tese de direito* firmada através da *jurisprudência* não atrita com o princípio constitucional da *legalidade* (CF, art. 5º, II), porquanto a tendência contemporânea é, majoritariamente, no sentido de que tal princípio “seja entendido como a necessidade da vinculação do juiz ao sistema, englobando o texto da lei, doutrina e jurisprudência”¹⁹, e não apenas ao enunciado editado por obra do legislador.

Não se pode, em suma, observar o princípio da *legalidade* e tampouco o da *segurança jurídica* quando a jurisprudência, ao aplicar a mesma lei, se dispersa em múltiplas e contraditórias interpretações, tornando imprevisível e lotérico o sentido prático do enunciado da lei. É, pois, a própria ordem constitucional que exige a adoção, pelo processo, de mecanismos fortes para a *uniformização* da jurisprudência e o estabelecimento de precedentes capazes de *estabilizá-la*, vinculando todos os juízes e tribunais.

5.2 Ofensa à garantia do contraditório

Marinoni entende que atribuir força vinculante às teses assentadas em julgamentos de demandas repetitivas equivale a conferir autoridade de *coisa julgada erga omnes* sobre a questão de direito a ser aplicada a todos os processos pendentes em que se debate a mesma questão²⁰. Ou seja: nesses

julgamentos, o Código teria concebido *coisa julgada oponível a quem não foi parte do processo*.

Para evitar que a indiscutibilidade da tese de direito se apresente, nos julgamentos de causas repetitivas, como algo ofensivo à garantia constitucional do contraditório (direito a participar de qualquer processo em que lesão ou ameaça a direito próprio seja objeto de questionamento em juízo), seria necessário — segundo Marinoni —, que algum legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos se fizesse presente no incidente. Lembra, a propósito, que o NCPC, preocupado, com a ampla repercussão sobre terceiros, determina no art. 979 que a

[...] instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça [...].

O efeito dessa ampla divulgação haveria de ser a abertura de oportunidade aos interessados de “ingressar no incidente para efetiva defesa dos direitos”²¹.

Pelas características coletivas do incidente, o natural é que *os legitimados para a tutela dos direitos individuais homogêneos*, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, *tenham possibilidade de ingressar no incidente de resolução de demandas repetitivas*, em defesa dos interesses daqueles a cuja tutela coletiva se acham credenciados. À falta de intervenção desses legitimados, *ao Ministério Público, caberia participar necessariamente do incidente*, “na qualidade de legitimado à tutela dos *direitos do grupo*”²².

A conclusão de Marinoni sobre a força vinculante da resolução das demandas repetitivas é negativa e radical:

O incidente de resolução de demandas repetitivas nada mais é do que o processo em que se discute e decide *questão prejudicial* à solução de casos pendentes. Como é óbvio, a decisão do incidente está muito longe de poder ser vista como precedente que atribui sentido ao direito e, por isso, regula a vida em sociedade e obriga os juízes dos casos futuros. Por esse motivo, *o incidente, nos moldes em que regulado pelo Código de Processo Civil*

¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5.ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 449-450. Para a autora, “a jurisprudência e a doutrina funcionam, por assim dizer, como um filtro através do qual a lei é *entendida*, e é a este fenômeno que se vinculam os juízes ao decidir” (Op. cit., loc. cit.).

²⁰ “No caso de resolução de demandas repetitivas, a *questão* é pinçada dos casos pendentes e submetida a expressa decisão do órgão julgador incumbido do incidente. É óbvio que a resolução única da questão incidente nos casos repetitivos nada mais é do que uma decisão que produz coisa julgada sobre a questão que interessa a todos os litigantes dos processos pendentes. Significa que se está diante de coisa julgada que se estende a terceiros” (MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, nº 249, p. 403, nov/2015).

²¹ MARINONI. Op. cit., pp. 410-411.

²² MARINONI. Op. cit., loc. cit.

de 2015, não detém legitimidade constitucional²³ (g.n.).

Com a devida vênia, não é razoável a meu sentir a equiparação do julgamento de recurso repetitivo à resolução de *questão prejudicial*, hipótese sobre a qual recai a *coisa julgada material* nos moldes previstos pelo novo CPC (art. 503, § 1º). Questão prejudicial, segundo concepção largamente estabelecida, é aquela cuja característica é a de ser passível, por si só, de constituir objeto de outra ação, ou de outro processo autônomo. Não se consegue entrever algo semelhante na mera repercussão da tese de direito firmada em recurso repetitivo sobre outros processos em que a mesma *questão de direito* esteja em jogo.

Para ter-se a *coisa julgada material* é preciso que, entre as mesmas partes, tenha sido apreciado o *fato jurídico* configurador do objeto litigioso em sua integralidade, ou seja, compreendendo tanto a *questão fática* como a *questão de direito*. Nesse sentido, jamais se poderá pensar em coisa julgada formada no julgamento do recurso paradigma, em face dos outros recursos pendentes. Aqui o que se firma é tão somente a *tese de direito* comum a diversas causas, sem que, entretanto, se penetre nos *aspectos fáticos* das demandas repesadas.

O exame dos diversos feitos, em suas peculiaridades fático-jurídicas continuará a ser realizado, caso a caso, de modo que o julgamento de cada um deles, mesmo aplicando a *tese de direito uniformizada* através da solução do recurso paradigma, poderá chegar a resultado concreto diverso daquele onde a *tese de direito* se estabeleceu.

Isto se dá justamente porque no decisório por amostragem não entra em cogitação a questão fático-jurídica própria de cada uma das diversas causas similares, mas apenas a interpretação que se deva dar à *norma jurídica* aplicável a todas e a cada uma delas, sem perder de vista as peculiaridades que as individualizam.

A razão está com Antônio Pereira Gaio Júnior, quando ressalta que o sistema de precedentes vinculantes (*stare decisis*) não pode ser confundido com *coisa julgada*.

Esta garante às partes a imutabilidade da decisão, enquanto aquele tem o significado de

manutenção do que foi decidido, *servindo de base para decisões futuras*, por fornecer linhas reguladoras a serem aplicadas em *outros casos submetidos a julgamento* [...] ²⁴.

Longe de imputar imutabilidade ao precedente, o NCPC prevê, expressa e detalhadamente, a possibilidade de alteração da *tese jurídica* adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (art. 927, §§ 2º, 3º e 4º).

Em suma, não se pode ver na definição de uma tese de direito nem a resolução de *questão prejudicial de mérito*, nem muito menos a formação de *coisa julgada material erga omnes*²⁵.

Além disso, é bom lembrar, mais uma vez, que incidentes uniformizadores de jurisprudência, com eficácia para casos futuros, não foram criação inusitada do novo CPC. No Código de 1973, com as emendas das Leis 9.756/1998 e 9.868/1999, já constava o *incidente de declaração de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo do Poder Público, cuja instauração acarretava a suspensão do julgamento a cargo de órgão fracionário do tribunal e remetia a questão ao exame e deliberação do plenário (CPC/1973, art. 480). O decidido pelo colegiado maior funcionava como solução de questão prejudicial de direito *apenas*, sem o alcance de formar *coisa julgada*, e tão somente com o objetivo de assentar a *tese de direito* constitucional que haveria de ser observada pelo órgão fracionário na conclusão do julgamento suspenso:

O julgamento do pleno, sobre a questão prejudicial, vinculará a turma ou câmara, que terá de aplicá-lo obrigatoriamente na solução do recurso ou ação²⁶.

²⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 257, p. 361, jul/2016.

²⁵ “Respeitar precedentes não significa torná-los imutáveis. Ao contrário, a ideia de respeito aos precedentes traz em si a possibilidade de sua revogação. O precedente deve ser modificado diante da alteração de valores e de circunstâncias, derivadas da evolução da sociedade e do avanço da tecnologia, assim como quando se constata a partir de robusta fundamentação, que ele se fundamentou em equívoco” (GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., loc. cit.).

²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 799.

²³ MARINONI. Op. cit., pp. 417-418.

Surgindo *novoprocesso* em que a mesma arguição de inconstitucionalidade fosse outra vez manifestada, o órgão fracionário ficava dispensado de submeter a questão prejudicial ao Pleno (art. 481, parágrafo único acrescido pela Lei 9.756/1998). Aplicaria, obviamente, a indispensável decisão do Pleno tomada no anterior *incidente de declaração de inconstitucionalidade*, sem embargo de *ocorrido em outro processo e entre partes diversas*.

A sistemática inovada pela Lei 9.756/1998 foi acatada pela doutrina e jurisprudência como adequada medida de *economia processual*, como se vê, por exemplo, na lição de Nelson Nery Júnior:

Quando o plenário do STF ou o plenário ou órgão especial do próprio tribunal, onde foi ou poderia ter sido suscitado o incidente, já tiverem se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada, *não há necessidade de o órgão fracionário* (câmara, turma, câmaras reunidas, grupo de câmaras, seção etc.) *remeter a questão ao julgamento do plenário* ou órgão especial. Nesse caso, o órgão fracionário *pode aplicar a decisão anterior do plenário* do STF ou do próprio tribunal, que haja considerado constitucional ou inconstitucional a lei questionada. Trata-se de medida da *economia processual*²⁷ (g.n.).

Explicava-se essa *subsequente aplicação da tese* assentada pelo pleno a outros processos por vários motivos, dentre os quais se destacavam:

a) O acórdão do plenário era irrecorrível, o eventual recurso teria cabimento contra o posterior acórdão que resolver o caso concreto²⁸ (Súmula 513/STF).

b) No incidente de inconstitucionalidade “nada se julga: apenas se afirma a constitucionalidade ou não da norma questionada”²⁹. Daí a irrecorribilidade do acórdão do pleno na respectiva solução.

c) Além disso, *as dimensões do debate no incidente são subjetivamente alargadas, permitindo a intervenção do Ministério Público, das pessoas de direito público responsáveis pela edição do ato*

questionado, dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como de outros órgãos e entidades, na qualidade de amicus curiae (CPC/73, art. 482, §§ 1º, 2º e 3º, acrescidos pela Lei nº 9.868/1999 – Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF).

Outro incidente de proporções e funções semelhantes ao de inconstitucionalidade era, no regime do Código de 1973, o de *“uniformização da jurisprudência”* — utilizável quando se detectava *divergência em torno da interpretação do direito* —, o qual, quando decidido pela *maioria absoluta* dos membros do tribunal — e com prévia e obrigatória *ouvida do Ministério Público* (art. 478, parágrafo único) —, *gerava “súmula” e constituía “precedente na uniformização da jurisprudência”* (art. 479).

Merece ser lembrada, ainda, a Lei 9.882/1999, que, ao regulamentar o processo e julgamento da *arguição de preceito fundamental*, conferiu à respectiva decisão a *“eficácia contra todos e efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art. 10, § 3º), sem que houvesse explícita previsão a respeito de tal eficácia no texto constitucional regulamentado (CF, art. 102, § 1º).

Dos exemplos dados, é fácil concluir que *historicamente não repugna à tradição de nosso processo civil remédios de uniformização pretoriana da interpretação e aplicação da lei, com efeitos perante outros litigantes, além dos figurantes no processo em que se promoveu o incidente*. É o que ressalta o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao observar que *“a vinculabilidade de precedentes não constitui propriamente novidade”*, sendo certo que *“o novo CPC dá ao tema tratamento mais coerente e sistemático, que tenderá a reforçar a função constitucional dos tribunais superiores”*³⁰.

Para que *não se cogite de inconstitucionalidade* nesses expedientes de largo significado no plano da economia processual e no resguardo dos princípios de isonomia e segurança jurídica, *basta que se franqueie a participação de entidades legitimadas à tutela dos interesses e direitos coletivos e de amicus curiae, com representatividade adequada à defesa dos interesses*

²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 799.

²⁸ “[...] a decisão que enseja a interposição do extraordinário não é a do Órgão Especial que julgou o incidente de inconstitucionalidade, mas aquela proferida, posteriormente, pelo órgão competente, que completa o julgamento do feito. Incidência da Súmula 513 do STF. Precedentes” (STF, 1ª T., AgRg no RE 535.523/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 09/11/2010, DJe 29/03/2011).

²⁹ NERY JÚNIOR. *Op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Técnica de julgamento dos recursos repetitivos e a constitucionalidade das decisões vinculativas e outras novidades do NCP. *Revista de Processo*, v. 257, p. 316, jul/2016.

individuais homogêneos relacionados com a questão de direito em cogitação. E isto é expressamente previsto pelo novo CPC, art. 1.038, I.

A propósito do novo Código, é bom registrar que Marinoni, embora criticando o incidente de resolução de demandas repetitivas, reconhece que a correção da inconstitucionalidade nele detectada seria obtida mediante

[...] a convocação dos *legitimados à tutela dos direitos dos individuais homogêneos* para intervirem na defesa dos litigantes cuja questão é posta à discussão, sem excluir a *necessária participação do Ministério Público*, tenha ou não algum legitimado já ingressado ao processo [...] ³¹.

É, porém, o que já se previa na sistemática do Código anterior, quanto aos antigos incidentes de inconstitucionalidade e de uniformização de jurisprudência, e o que se mantém no Código de 2015.

Tudo se resolve, portanto, numa correta e pertinente inteligência das normas do art. 982, III, e do art. 983, *caput* e § 1º, acerca da *audiência do Ministério Público, das partes, dos demais interessados e das pessoas com experiência e conhecimento na matéria (amici curiae)*. É, aliás, o que reconhece o próprio crítico do incidente ³².

É importante ressaltar, mais uma vez, que em incidentes da espécie o acórdão uniformizador *não prejulga casos futuros*, apenas *fixa teses de direito* que se tornam firmes, *para o caso pendente e para outras eventuais demandas de objeto igual*. Estas, todavia, em seu *quadro fático-jurídico*, serão avaliadas e julgadas, fazendo-se sempre o *juízo de adequação, ou não*, à tese de direito oriunda do caso paradigma. A aplicação pura e simples do precedente, de forma automática, corresponde, até mesmo, à *violação manifesta da ordem jurídica*, de forma a justificar *ação rescisória* (NCPC, art. 966, V, e §§ 5º e 6º acrescidos pela Lei 13.256/2016). De tal sorte, *o juízo de adequação entre o precedente (tese de direito) e o caso superveniente não é só conveniente, é necessário e indispensável*.

³¹ MARINONI. Op. cit., pp. 417-418.

³² MARINONI. Op. cit., pp. 410-411.

5.3 Outra objeção manifestada, ainda, no plano constitucional: ofensa à separação e autonomia das funções atribuídas aos Poderes estatais

Há outra objeção que, ainda, tem sido levantada à força vinculante atribuída pelo NCPC ao julgamento das causas repetitivas. A exemplo do que se passou com as *súmulas vinculantes*, a força dos precedentes jurisprudenciais — no entendimento de alguns críticos — não poderia ser instituída senão por emenda constitucional ³³. Segundo estes, reconhecer efeito normativo ao julgado do tribunal, sem previsão da Constituição, equivaleria a conferir, ao Judiciário, função legislativa. Assim, pondo em jogo a *divisão constitucional de funções dos Poderes*, o reconhecimento da eficácia *erga omnes*, na espécie, não haveria de ser concebido em simples lei ordinária.

No entanto, forças vinculantes dos acórdãos proferidos nos antigos incidentes de *declaração de inconstitucionalidade* (CPC/1973, art. 480) e de *uniformização de jurisprudência* (CPC/1973, art. 476) foram instituídas por legislação ordinária, sem questionamento algum, a seu tempo. E o próprio STF enfrentou problema idêntico, quando a Constituição só previa, expressamente, o efeito vinculante para o julgado da *ação declaratória de constitucionalidade* ³⁴. Apenas a Lei 9.868/1999 foi que, mais tarde, veio a atribuir força vinculante também ao julgado pronunciado na *ação direta de inconstitucionalidade*.

Questionada a eficácia do tratamento da matéria em lei ordinária, restou decidido pelo STF que

[...] o fato de a Constituição prever expressamente tal efeito somente no que toca à ação declaratória não traduz, por si só, empecilho

³³ “Saber se o CPC de 2015 pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas *devam* ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isto, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode mais ser evitada. Sim, porque sou daqueles que entendem que decisão jurisdicional com caráter *vinculante* no sistema brasileiro depende de prévia autorização *constitucional* – tal qual a feita pela EC 45/2004 –, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 538).

³⁴ Antes da EC 45/2004, o § 2º do art. 102 da CF dispunha sobre efeito vinculante para decisões de mérito proferidas pelo STF, reportando-se *apenas* às “ações declaratórias de *constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”. Não fazia menção alguma à “ação direta de *inconstitucionalidade*”.

constitucional a que se reconheça também, por lei, tal resultado à ação direta [...]”³⁵.

A justificativa, no caso dos recursos repetitivos, é a mesma: o fato de a Constituição só prever eficácia normativa para súmula vinculante editada pelo STF não deve ser visto como vedação a que a lei ordinária institua outros casos de *jurisprudência vinculante*, se o fizer em defesa de *garantias fundamentais* constantes da própria Carta Magna. Não se trata de atribuir poder legislativo ao Judiciário. O precedente não se impõe como regra nova concebida originariamente pelos tribunais. A tese firmada nos acórdãos paradigma nasce da necessidade de aplicar a lei, cujos limites jamais poderão ser ultrapassados ou ignorados. O precedente, ao enunciar uma *tese de direito*, não pode, é claro, ir além do plano da *interpretação e aplicação* da lei aos casos concretos deduzidos em juízo.

Não há nisso invasão alguma da esfera de atribuições do Poder Legislativo. Ao contrário, tudo se comporta bem dentro da função jurisdicional, qual seja, a de *interpretar e aplicar* o direito positivo na solução dos conflitos intersubjetivos³⁶.

Observe-se, por último, que a instituição da *súmula vinculante* por emenda constitucional se deveu à circunstância especial de se estabelecer uma força obrigatória para as decisões do STF de incidência que vai muito além da esfera de atuação jurisdicional do Poder Judiciário: a *súmula vinculante* foi concebida não apenas como precedente a ser respeitado pelos julgamentos dos juízes e tribunais. Tal como se fosse uma lei propriamente dita, a *súmula* instituída pelo art. 103-A da CF (na redação da EC 45/2004) foi dotada de

[...] *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e [também] à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...].

³⁵ STF, Pleno, Rcl 1.880 Agr/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 07/11/2002, DJU 19/03/2004, p. 17. Cf. também CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre, et al (orgs.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 307.

³⁶ “A teoria dos precedentes aplica-se à atividade de interpretação/aplicação do direito, que é a atividade principal dos juízes e tribunais, não implicando ofensa aos princípios de legalidade, separação de Poderes e submissão do juiz somente à lei” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 235, p. 294, set/2014. No mesmo sentido: MANCUSO. Op. cit., p. 33).

É razoável que uma força normativa tão ampla, capaz de atuar extrajudicialmente sobre todos os níveis da Administração Pública, só pudesse ser concebida no seio da ordem jurídica constitucional. Já o efeito vinculante criado pelo NCPC, para os casos repetitivos, está longe daquele disciplinado pela Constituição. Fica restrito aos limites da atividade jurisdicional, e, assim, só vincula os órgãos judicantes hierarquicamente subordinados ao tribunal que houver pronunciado a tese de direito, destinada a funcionar como precedente obrigatório (NCPC, art. 927)³⁷.

Enfim, a lei processual deixa evidente que os efeitos da resolução do caso paradigma operam apenas e tão somente sobre os órgãos judiciais que tenham de julgar processos em que a mesma questão de direito se repita. Nunca serão impostos no mundo extraprocessual.

Em lição doutrinária consistente, Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira³⁸ apontam dois motivos básicos para que não se considere inconstitucional o sistema de precedentes vinculantes previsto pelo Código de 2015:

a) Em primeiro lugar, porque “não há violação ao princípio democrático e a separação de poderes”: a criação da norma – *geral e abstrata* – é e continuará sendo uma prática privativa do Poder Legislativo. “Por sua vez, a reconstrução da norma – *geral e concreta* – é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada, do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário *reconstruir* os significados normativos de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica (art. 1º do CPC/2015)”. De modo algum cogita o Código da proliferação do número de normas no ordenamento jurídico, “pois não se quer introduzir no sistema *normas gerais e abstratas equivalentes à lei*, mas o que se busca é, por uma

³⁷ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

³⁸ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo*, v. 257, pp. 381-382, jul/2016.

questão de racionalidade, vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto: é a vinculação aos *material facts* do caso que torna a norma precedente *geral e concreta e não geral e abstrata*" (g.n.).

b) Em segundo lugar, "porque não há violação ao princípio da *legalidade*. A legalidade neste particular deve ser compreendida não como lei em sentido estrito, mas como a conformidade com o *ordenamento jurídico*, como já consta do art. 140 do CPC/2015, afinal, a 'lei, no Estado Constitucional, é somente a lei válida perante a Constituição'. Esta é a razão pela qual a atividade do julgador sempre será *tendencialmente cognitiva*, na medida em que partirá da lei e demais textos normativos para que um *precedente* seja construído. A lei, portanto, é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes" (g.n.).

Resta registrar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido já na vigência do novo CPC, prestigiou o sistema de precedentes adotado pela atual legislação processual brasileira, considerando-a instrumento de efetivação de vários princípios constitucionais. *In verbis*:

[...] 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal *impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade* aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que '*densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação*'. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à *segurança jurídica*, que 'impõe imediatamente a *imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo*, mediante a formação e o respeito aos precedentes como *meio geral para obtenção da tutela dos direitos*'. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais '*é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária*.' (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo:

Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a *superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade*. 8. A *inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado* ³⁹(g.n.).

6 Peculiaridade do sistema de precedentes implantado pelo novo CPC

A aproximação do sistema do *civil law* ao do *common law*, no sentido de valorizar a jurisprudência no plano das fontes do Direito, é um fenômeno de amplas dimensões no mundo ocidental de tradições romanísticas, desde que há cerca de cinquenta anos Cappelletti e Garth se puseram a campo para encetar uma grande campanha de modernização do processo civil europeu *em busca de tornar mais justa, mais humana e mais efetiva a tutela jurisdicional*.

O método de precedentes é algo que se construiu lentamente na cultura anglo-americana, em função do sistema de equidade, cuja observância prescinde de autorização legislativa. Seus fundamentos mais significativos encontram-se nas garantias fundamentais de *igualdade e segurança jurídica*.

Essas mesmas garantias constitucionais têm inspirado o Direito brasileiro a adotar e aperfeiçoar ao longo de mais de meio século o sistema de valorizar a jurisprudência por meio de *súmula dos julgados* que se tornam repetitivos e que são capazes de *sintetizar teses consolidadas*, principalmente nos tribunais superiores do País. Trata-se, sem dúvida, de orientação diferente daquela que prevalece na formação dos precedentes nos países normatizados pelo *common law*, mas que se mostra mais adaptada à sistemática do *civil law*. É natural que seja diferente o tratamento da jurisprudência num sistema de direito consuetudinário — formado à base de precedentes estabelecidos *a partir de casos* —, daquele que se dá num sistema de direito escrito, no qual as posições dos tribunais se manifestam *a partir de interpretação e aplicação das leis* que constituem o ordenamento jurídico positivo.

Claro é que a cultura dos *precedentes* é mais antiga e mais elaborada no *common law*, o que nos permite importar do seu sistema alguns institutos

³⁹ STF, Pleno, RE 655.265/DF, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, ac. 13/04/2016, DJe 05/08/2016.

básicos como, *v.g.*, a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e a *distinção*, para introduzir em nosso ordenamento jurídico, com roupagem adequada, a *função normativa da jurisprudência*.

Entretanto, deve-se levar em conta a lição de Taruffo⁴⁰, que ressalta a inadequação de uma teoria geral do precedente que se restrinja a uma simples “*versão adaptada do common law*”. Lembra, em primeiro lugar que nem no *próprio common law* se depara com uma teoria geral única dos precedentes, já que é possível identificar *diferenças* importantes entre o sistema jurídico inglês e o americano. Além disso, persistem discordâncias, nas análises teóricas formuladas em torno de conceitos nucleares dessa teoria, como é o caso da *ratio decidendi*, o que tem ocasionado várias dificuldades práticas entre ingleses e norte-americanos. Por fim, aponta Sabrina Nasser de Carvalho⁴¹ para o destaque feito por Taruffo sobre as diferenças entre os regimes do *civil law* e do *common law* relacionadas à *organização judiciária*, à *teoria das fontes do direito*, à *concepção do papel do juiz*, à *cultura dos juristas* e a *prática*, “pois todas elas também concorrem para a impertinência da simples importação de uma teoria dos precedentes”.

É evidente, para o jurista italiano “a inadequação de uma teoria geral do precedente que seja apenas *uma versão adaptada* da teoria (ou de uma teoria) do *precedente de common law*”⁴² (g.n.).

Corretamente, preleciona Carvalho, em face da sistemática inovadora do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, voltada para a valorização da jurisprudência como fonte de direito, que:

A integração dos precedentes judiciais nos países de cultura *civil law* deve ocorrer sem que os operadores do direito se descurem das diferenças que marcam a sua polarização com o *common law*. Por esta razão, a aproximação entre eles deve ocorrer de forma gradual, *respeitando-se a tradição histórica e cultural do sistema jurídico de cada país* (g.n.). Isso, no entanto, não impede que eles se influenciem mutuamente, tornando-os permeáveis

aos benefícios e às vantagens que cada um pode oferecer⁴³.

O NCPC, ao inserir o sistema de precedentes em nosso direito processual civil, o fez a partir do mecanismo da identificação da *tese* e não do *caso*, mas traçou regras importantíssimas destinadas ao aprimoramento da técnica de formação dos julgados e de sua fundamentação, bem como de formulação dos enunciados da *súmula jurisprudencial*. Assim é que:

a) Aos tribunais se impôs o dever de *uniformizar* sua jurisprudência, mantendo-a *estável, íntegra e coerente* (art. 936). Se os julgados se destinam a formular, na medida do possível *precedentes*, a prevalecer para casos futuros iguais, é preciso que as exigências em questão sejam bem acatadas e fielmente cumpridas. É necessário, por exemplo, que os acórdãos sejam estruturados com clareza e precisão de linguagem e com rigor lógico na formulação da *tese* assentada com a potencialidade de precedente para outros processos em que também haverá de prevalecer.

b) Quanto à *fundamentação* das decisões judiciais, regras a seu respeito foram meticulosamente enunciadas no § 1º do art. 489, de modo a assegurar sua completude e coerência, bem como sua pertinência com as questões postas em debate no processo.

c) Ao sumular a jurisprudência, os tribunais deverão elaborar enunciados que evitem assertivas *excessivamente genéricas* e ater-se às *circunstâncias fáticas* dos precedentes que motivaram a criação de cada *enunciado* (art. 926, § 2º).

d) Nos recursos repetitivos, o relator, antes de conduzir a causa à apreciação do colegiado do STF ou STJ, cuidará de “*identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento*” (art. 1.037, I). Trata-se de medida destinada a evidenciar que a função desempenhada nos recursos extraordinários e especiais repetitivos é, acima de tudo, voltada à definição de uma *tese de direito*, cuja delimitação deve ser dada com rigorosa fundamentação. Para assentar a *tese*, configuradora de precedente, é indispensável a coerência e uniformidade da motivação, não se aceitando que o acórdão seja construído por votos de igual conclusão, mas de fundamentação dispersa entre argumentos dispares e irreduzíveis a uma visão unitária do problema resolvido no processo. A *tese, para ser vista como tal, haverá de ser única na conclusão e na fundamentação*.

e) Por outro lado, na aplicação do precedente a que o novo CPC confere força vinculante, o

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2009, pp. 542-543.

⁴¹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p. 445, nov/2015.

⁴² TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 543.

⁴³ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 446.

juiz tem de adotar especial atenção à técnica de *fundamentar* o decisório. É que o § 1º, do art. 489, em seu inciso I, considera *não fundamentada* a decisão que “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”. A par disso, o inciso VII, do mesmo dispositivo também considera *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”.

f) Em outros termos, “o órgão julgador, ao *aplicar precedente* ou *súmula*, deverá indicar claramente sua *ratio decidendi* e sua *relação com o caso* em julgamento”⁴⁴ (g.n.). E para “*deixar de aplicar o precedente* ou *súmula*, deve-se demonstrar que o entendimento ali cristalizado foi *superado* ou que há, no caso sob exame, *fundamento determinante diverso* daquele empregado no precedente ou no enunciado da *súmula*”⁴⁵ (g.n.).

As mesmas exigências e critérios se impõem aos demais casos aptos à formação de jurisprudência vinculante, como o *incidente de assunção de competência* (art. 947, § 3º) e o *incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 976).

⁴⁴ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Op. cit.*, p. 315.

⁴⁵ *Idem*, *ibidem*.

7 Conclusões

O novo Código de Processo Civil, na linha evolutiva do direito ocidental, encaminhou-se para a aproximação entre o *civil law* e o *common law*, em matéria de reconhecer força de *fonte de direito* ao precedente jurisprudencial.

Nesse plano figuram os regimes de julgamento dos *recursos extraordinário e especial repetitivos* e os incidentes de *assunção de competência* e de *resolução de demandas repetitivas*.

Essa política legislativa processual respalda-se nos direitos fundamentais que garantem a *igualdade* e a *segurança jurídica*, como cláusulas pétreas no Estado Democrático de Direito.

O sistema inspira-se nas tradições do *common law*, mas não se limita a uma simples *versão* do instituto anglo-saxônico. Respeita as peculiaridades da *construção histórica de nosso ordenamento jurídico*, dos *movimentos doutrinários*, bem como da *experiência que, em torno da matéria, a lei e os tribunais têm vivido* entre nós.

Para que o avanço programado possa se dar com segurança e adequação, o novo Código reformula, com rigor, a técnica e as exigências de formulação dos acórdãos dos tribunais, compatibilizando-as com a prática da função de atuar como *fonte de direito*. É da boa compreensão desse papel institucional, assim como da fiel observância dos preceitos que a regem, que depende o êxito dessa inovadora e relevantíssima programação normativa processual.

Ministério Público e investigação criminal: verdades e mitos

Guilherme de Souza Nucci*, André Vinicius Monteiro**, Juliana Burri*** e Rafael Barone Zimmaro****

1 Introdução

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da Constituição Federal). Inequivocamente, cuida-se de um braço relevante na estrutura do Estado, composto por integrantes concursados, de reputação ilibada e inegável conhecimento jurídico.

Dentre as suas várias atribuições, a principal, na área criminal, é a promoção, em caráter privativo, da ação penal pública (art. 129, I, CF), o que está claramente expresso no texto constitucional. Sob outro prisma, no âmbito da investigação policial, cabe-lhe o controle externo (art. 129, VII, CF), bem como a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII, CF).

Nesse cenário, emerge a polêmica questão referente à viabilidade jurídica de poder o Ministério Público promover *investigação criminal* independente, de forma autônoma, sem qualquer participação da polícia judiciária. Surgem diversas manifestações, muitas das quais em nítido desvio de perspectiva, criando mitos em torno desse relevante assunto; outras opiniões relevam-se parciais e investidas de puro corporativismo, seja a favor, seja contrariamente; dentre tanta discórdia, perdem-se os pareceres fiéis à real controvérsia, o que pretendemos resgatar neste artigo.

Uma introdução científica deve apresentar os propósitos pretendidos pelo autor, expondo os aspectos polêmicos e demonstrando os caminhos a ser trilhados, sem antecipar a conclusão. Entretanto,

por termos manifestado a nossa visão sobre o tema em obras já publicadas, permitimo-nos subverter a ordem natural.

O Ministério Público, por óbvio, não é instituição policial, não lhe cabendo as investigações criminais ordinárias; pode e deve, no entanto, conduzir algumas investigações em caráter excepcional, visando a garantir a efetividade da apuração de determinadas infrações penais, resguardando a atuação eficiente do Estado Democrático de Direito no cenário criminal.

Em torno dessa afirmação inúmeros aspectos despontam, merecendo análise para indicar as *verdades* e os *mitos* do debate nacional travado em torno de algo que poderia — e deveria — ser considerado de maneira equilibrada, no interesse de toda a sociedade, despiando-se de qualquer ranço corporativista.

2 Pelo amplo poder investigatório do Ministério Público

Os membros do Ministério Público, Federal e Estadual, manifestam-se favoravelmente, com base nos seguintes argumentos:

2.1 Quem pode o mais, pode o menos

Cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, razão pela qual pode investigar, livremente, para formar o seu próprio convencimento. Se pode ingressar com a demanda — o mais — pode dar impulso à investigação criminal — o menos.

Assim é o pensamento de Rogério Sanches Cunha (disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/04/11/por-que-sou-contra-a-pec-37-conhecida-como-pec-da-impunidade-o-proprio-apelido-ja-sugere>>), afirmando que, sendo titular privativo da ação penal pública, nada mais coerente do que poder investigar a fim de bem cumprir a sua missão. Por outro lado, lastreado na teoria dos poderes implícitos, ao atribuir uma função a determinado órgão, a Constituição federal, igualmente, confere os meios e os instrumentos necessários para o fiel cumprimento da norma superior.

Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de Processo Penal*. 17. ed., 2013, p. 84) escreve que, a partir do

* Livre-docente em Direito Penal, Doutor e Mestre em Processo Penal pela PUC-SP. Professor de Direito Penal dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP. Magistrado em São Paulo.

** Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP. Assistente jurídico do Tribunal de Justiça de São Paulo

*** Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Assistente jurídico do Tribunal de Justiça de São Paulo

**** Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Assistente jurídico do Tribunal de Justiça de São Paulo

momento em que a CF prevê a possibilidade de o MP requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência (lei complementar e 129, VI, CF), ela está, “a todas as luzes”, autorizando o exercício direto da função investigatória a quem é o verdadeiro legitimado à persecução penal. Diante disso, o autor indaga: por que aquele a quem se atribui o *fin* não poderia se valer dos meios adequados? A quem interessa o afastamento do MP da direção das investigações?

Denilson Feitoza (*Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis*, 6. ed., p. 202) afirma ser uma das competências do Ministério Público a propositura da ação penal pública condenatória e, portanto, um dos procedimentos administrativos de sua competência é o relativo à matéria criminal — procedimento administrativo investigatório criminal.

Outra não é a posição de Paulo Rangel (*Direito Processual Penal*, 16. ed., p. 98; *Investigação Criminal direta pelo Ministério Público*, 2. ed., p. 190), sustentando ser um *contra sensu* dar ao Ministério Público a legitimação para exigir que se faça a investigação, mas negar-lhe o direito de fazê-la, pessoalmente. Em outras palavras, equivaleria a dizer: “*pode o Ministério Público fazer o mais, porém lhe é negado fazer o menos*”. E continua:

A função persecutória preliminar, própria e direta, exercida pelo Ministério Público, é inerente à privatividade da ação penal pública que a Constituição lhe conferiu. É um antecedente lógico e possível, se assim entender o Ministério Público, diante da situação concreta que lhe for apresentada que possa impedir a apuração do fato-crime por ausência de investigação da polícia de atividade judiciária. [...] como já afirmamos, de que a teoria dos poderes implícitos não pode ser desconsiderada pelo intérprete [...] como proceder a novas pesquisas para a formação de sua convicção se não puder, sendo necessário, realizar, direta e pessoalmente, tais diligências? Se pode se dirigir, através de requisição, diretamente a qualquer autoridade ou funcionário para a colheita de informação, pode fazê-lo pessoal e diretamente com o mesmo fim. O ônus da prova é todo seu e não do indiciado, muito menos de futuro juiz que presidirá o feito [...].

Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves (*A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público: uma contribuição no combate ao crime organizado – Ciências Penais*, v. 14, p. 345, jan/2011, DTR\2011\1814) observa que a Lei Maior, ao dar ao Ministério Público, de forma exclusiva, a titularidade da ação penal pública,

admitiu “implicitamente” que pudesse colher os elementos de convicção necessários ao recebimento da denúncia e velar pela sua justa causa.

Hugo Nigro Mazzilli (As investigações do Ministério Público para fins penais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 5, v. 1, 2005, pp. 20-24) invoca a teoria dos poderes implícitos ao afirmar que, se a CF concedeu tarefas finais ao MP, bem como autonomia funcional à instituição, é possível concluir que os meios necessários para exercer essas funções são pressupostos necessários para que a instituição possa adimplir suas finalidades constitucionais.

Valter Foletto Santin (*O Ministério Público na investigação criminal*, 2. ed, p. 222) aduz que a noção de acompanhamento do inquérito traz consigo a faculdade de orientar e participar ativamente das investigações, especialmente porque a finalidade do inquérito policial ou outro procedimento investigatório é proporcionar elementos informativos para o exercício da ação penal.

2.2 Normas constitucionais e infraconstitucionais autorizam

Valendo-se de dispositivos constitucionais esparsos, em análise conjunta, afirma-se haver sustentação para a atividade investigatória do Ministério Público.

Explica Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de Processo Penal*, 17. ed., 2013, p. 84) ser o *Parquet* legitimado a investigar, tendo a questão assento constitucional, nos termos do art. 129, VI a VIII, da CF, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pela Lei Complementar 75/1993, consoante o disposto nos arts. 7º e 8º. Também o art. 38 da mesma Lei Complementar 75/1993 confere ao *Parquet* a atribuição para requisitar inquéritos e investigações. Na mesma linha, com as mesmas atribuições, a Lei 8.625/1993 reserva tais poderes ao Ministério Público dos estados.

Convém mencionar os dispositivos citados: a) art. 129, VI: *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*; b) art. 129, VII: *exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior*; c) art. 129, VIII: *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*; d) art. 7º da Lei

Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União): *incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas; e) art. 8º da Lei Complementar 75/1993: para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; V - realizar inspeções e diligências investigatórias; VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX - requisitar o auxílio de força policial;* art. 38 da Lei Complementar 75/1993: *são funções institucionais do Ministério Público Federal as previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, incumbindo-lhe, especialmente: I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; II - requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, podendo acompanhá-los e apresentar provas; III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas; IV - exercer o controle externo da atividade das polícias federais, na forma do art. 9º; V - participar dos Conselhos Penitenciários; VI - integrar os órgãos colegiados previstos no § 2º do art. 6º, quando componentes da estrutura administrativa da União; VII - fiscalizar a execução da pena, nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral.*

Sobre o tema, Paulo Rangel (*Investigação Criminal direta pelo Ministério Público*, 2. ed., p. 189) escreve que o poder de requisição traz implícita a legitimidade da

realização da diligência direta e pessoalmente pelo Ministério Público, devendo exercer controle sobre todas as atividades persecutórias nesse sentido, a fim de evitar que haja oferecimento de uma petição inicial penal inepta.

Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves (A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público: uma contribuição no combate ao crime organizado – *Ciências Penais*, v. 14, p. 345, jan 2011, DTR\2011\1814), após o exame de várias disposições legais sobre a matéria, conclui citando Clève:

[...] a legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A LC 75 de 1993 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia ser deduzido a partir da acurada leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar [...] (Clève, Clèmerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público*. Jus Navegandi. (Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5760/investigacao-criminal-e-ministerio-publico>>. Acesso em: 08/07/2010).

Renato Brasileiro de Lima (*Manual de processo penal*, 2011, p. 78) expõe:

[...] também a Lei Complementar nº 75/93, do Ministério Público da União, que se aplica subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados Membros, por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93, traz as normas esparsas a respeito. O artigo 7º, II, defere a apresentação de provas pelo Ministério Público em investigações instauradas pela Polícia Judiciária ou por autoridade militar, o que pressupõe a coleta direta destas provas em complementação àqueles inquéritos, e no item III, autoriza a mesma produção de provas em inquéritos administrativos. [...] podendo o Ministério Público o mais, ou seja, requisitar a instauração de inquérito e diligências investigatórias (hoje imperativo constitucional, previsto no art. 129, VIII), obviamente poderá o menos, ou seja, dispensá-lo, colhendo diretamente a prova [...].

Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens (*Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, 3. ed., p. 81) afirmam que,

[...] não somente há efetiva previsão constitucional e infraconstitucional atribuindo competência ao Ministério Público para realizar investigações criminais como, ainda, tais investigações se encontram em perfeita consonância com o dispositivo constitucional que impõe que

as 'outras funções' a serem desempenhadas pelo Ministério Público devem ser compatíveis com sua finalidade institucional (art. 129, inc. IX). Isto porque, conforme redação expressa do inciso I, do artigo 129, da Constituição Federal, compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (*Curso de direito constitucional*, 2006, p. 416) afirmam que cabe ao Ministério Público a

[...] investigação criminal direta – o inquérito policial é de conhecimento trivial, não sendo fundamental para o ajuizamento da ação penal. Por outro lado, a Constituição assegurou as prerrogativas de requisitar documentos e informações, bem como diligências investigatórias. Assim sendo, pode-se concluir que a investigação criminal pode ser promovida diretamente pelo Ministério Público.

2.3 Atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária

Cabe à polícia judiciária, federal e estadual, a investigação de crimes, mas de modo principal e não exclusivo. Preceitua o art. 144, § 1º, da Constituição Federal, que a polícia federal *destina-se a [...] IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*

Pacelli (*ob. cit.*, p. 84) esclarece ser a palavra *exclusivamente*, supra citada, apenas um lembrete a garantir a atribuição da Polícia Federal para investigar crimes no âmbito da União, descartando as demais polícias (ferroviária federal, rodoviária federal e militar). Por outro lado, reconhece não deva o Ministério Público presidir inquérito policial, mas tem o poder de instaurar as suas próprias investigações.

Rogério Sanches Cunha, ratificando tal entendimento, afirma ser a expressão *exclusividade* usada no sentido de retirar das polícias estaduais a função de polícia judiciária da União (disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/04/11/por-que-sou-contra-a-pec-37-conhecida-como-pec-da-impunidade-o-proprio-apellido-ja-sugere/>>).

Hugo Nigro Mazzilli (As investigações do Ministério Público para fins penais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 5, v. 1, 2005, pp. 20-24), no mesmo prisma, afirma que a polícia não detém a exclusividade das investigações criminais, anunciando por certo o art. 144 da CF ser a exclusividade da Polícia Federal somente em relação à polícia estadual no tocante às funções de polícia judiciária da União.

Mirabete (*Processo Penal*, 2001, p. 75) afirma que

[...] os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º, do CPP). Não ficou estabelecida na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis e estaduais. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinam as leis orgânicas estaduais [...].

2.4 A tendência mundial é o reconhecimento da atividade investigatória autônoma do Ministério Público

Valendo-se do direito comparado, Pacelli (*ob. cit.*, p. 84) afirma que a função investigativa do MP nem sequer é objeto de indagações em inúmeras legislações alienígenas (Alemanha, Chile, França, Itália), indicando que o problema parece não se situar no maior ou menor padrão de civilidade alcançado pela comunidade jurídica interessada na persecução penal.

Segundo Feitoza (*ob. cit.*, p. 202), no mundo, há apenas dois países inexpressivos em que a polícia tem exclusividade de apuração de infração penal. A tendência mundial é a de fortalecimento do poder investigatório do Ministério Público, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha, Itália e Portugal.

Hugo Nigro Mazzilli (Só a polícia é que pode investigar? – Carta Forense, junho de 2013, p. A17) atesta que somente Uganda, Quênia e Indonésia atribuem apenas à polícia a tarefa de investigar os crimes. No resto do mundo, a tarefa é saudavelmente compartilhada entre vários órgãos.

2.5 Preservação da imparcialidade do Ministério Público quando atuar na investigação criminal

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (*ob. cit.*, p. 84), inexistente violação da imparcialidade do Ministério Público, que seria responsável pela função de acusação, alegando que a investigação empreendida pelo *Parquet* não lhe impõe, previamente, determinada convicção. Uma vez encerrada a investigação, tanto ele pode requerer o arquivamento, quanto o oferecimento de denúncia. Se parcial fosse, tanto seria para o juízo negativo, quanto para o juízo positivo de acusação, o que parece suficiente a demonstrar a inexistência de parcialidade.

Quanto ao STJ, o autor aponta a Súmula 234, reconhecendo o Tribunal a inexistência de suspeição

ou impedimento para o oferecimento de denúncia quando o MP participar da fase investigativa.

Na ótica de Rogério Sanches Cunha (artigo citado), sobre a ausência de imparcialidade, embora no nível o Ministério Público presida o inquérito civil, ninguém aduz tratar-se de perda da imparcialidade. “Ora, se preserva a imparcialidade na investigação extrapenal, porque a perda na criminal?”, indaga o autor.

2.6 Desnecessidade do controle externo da investigação criminal produzida pelo Ministério Público

Pacelli (ob. cit., p. 84) observa que o fato de a tramitação do inquérito policial passar pelo juiz, enquanto eventual procedimento ministerial não se submeteria a esse controle, não é convincente, já que, além de se tratar de medida inteiramente desconectada com um modelo acusatório de processo, sabe-se, também, que o acompanhamento judicial da tramitação do inquérito é meramente burocrático.

Observa-se a ausência de menção expressa a respeito do órgão fiscalizador externo das atividades investigatórias do Ministério Público por parte da maioria dos defensores da autonomia do *Parquet* para investigar.

2.7 Investigação realizada por outros órgãos estatais demonstram a viabilidade da investigação criminal do Ministério Público

Rogério Sanches Cunha indaga: *se vários órgãos investigam — Comissão de Valores Mobiliários, Agências Brasileiras de Inteligência, COAF, Tribunal de Contas, Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana —, por que só o MP, titular da ação penal, deve ser impedido?* (Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/04/11/por-que-sou-contra-a-pec-37-conhecida-como-pec-da-impunidade-o-proprio-apelido-ja-sugere/>>).

Nesse âmbito, Denilson Feitoza (ob. cit., p. 202) argumenta que, tendo em vista o crescimento meteórico dos índices de criminalidade e a carência de recursos materiais, humanos e financeiros pelos quais passam todos os órgãos estatais brasileiros, não nos parece que o Brasil possa se dar ao luxo de reduzir o número de órgãos que têm capacidade, determinação e coragem de fazer investigações criminais.

Hugo Nigro Mazzilli (As investigações do Ministério Público para fins penais. *Revista Magister de*

Direito Penal e Processual Penal, n. 5, v. 1, 2005, pp. 20-24) ressalta que diversas infrações penais são apuradas em procedimentos diversos, alheios à atividade policial: CPI, inquéritos policiais militares, atividades de correição parcial, crimes eleitorais por abuso de poder econômico (art. 19, LC 64/1990), processos administrativos.

2.8 Indispensabilidade de apuração criminal isenta

A atividade de investigação criminal pode ser conduzida pelo Ministério Público quando a polícia não for capaz de sustentá-la *de per si* por várias injunções políticas e mesmo quando a própria autoridade policial for a parte investigada.

Nesse prisma, Paulo Rangel (*Investigação Criminal direta pelo Ministério Público*. 2. ed., p. 211) escreve:

[...] também, pelos administradores, integrantes do governo, que, por exercerem poder hierárquico sobre as atividades das autoridades policiais, muitas vezes, impedem que haja uma apuração isenta de qualquer conotação político-partidária [...] Nos casos em que a polícia esteja impossibilitada ou não seja o órgão mais adequado para fazer as investigações (infrações penais que envolvam autoridades que têm mando sobre a polícia ou infrações penais que envolvam policiais mais graduados), o Ministério Público não só pode como deve investigar crimes de ação pública [...].

Igualmente, Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves (A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público uma contribuição no combate ao crime organizado – *Ciências Penais*, v. 14, p. 345, jan/2011, DTR\2011\1814) menciona ser necessário reconhecer, como muitas nações já o fizeram, que a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público é uma das mais relevantes atribuições da instituição, eis que de extrema importância na apuração de vários delitos passíveis de persecução penal, como, por exemplo, as práticas de tortura encetadas no próprio âmbito policial e, sobretudo, aqueles que deixam de ser apurados, pela Polícia, em face de ingerências políticas, com especial destaque aos resultantes da delinquência organizada.

João Estevam da Silva (Ministério Público não deve se limitar ao desejo da polícia, *Revista dos Tribunais*, v. 699, p. 434, jan/1994, DTR\1994\72) argumenta tornar-se inexplicável que, possuindo os integrantes do Ministério Público poderes legítimos de requisição de informações junto a órgãos municipais, estaduais e federais, não possam eles empreender investigações

de alto nível e de molde a apurar, identificar e punir os responsáveis por formação de quadrilhas, ainda que seja ela composta até por policiais.

Rogério Greco (*Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*, 2. ed., p. 85) esclarece:

[...] a autoridade policial, que seria encarregada para o caso, por não estar revestida das garantias necessárias, pode não ter liberdade suficiente para proceder a todas as investigações [...] Quando o Ministério Público não possuía suas garantias também não era certo que todas as pessoas estariam sujeitas à mesma Justiça. Isso porque, com um simples telefonema, aquele Promotor de Justiça que, por exemplo, estivesse à frente de uma investigação que envolvia determinada pessoa politicamente influente, poderia ser transferido de sua Comarca, vindo a exercer suas funções em lugar distante das investigações. Isso, infelizmente, ainda pode ocorrer com a Polícia. Com um simples ato publicado no Diário Oficial, aquela autoridade policial, que estava fazendo um trabalho excepcional de investigação, pode ser retirada do caso. Dessa forma, o temor com a sua própria carreira poderá inibir que sejam realizadas, em algumas situações, diligências importantes, que pessoas influentes sejam devidamente investigadas etc.

Hugo Nigro Mazzilli (*As investigações do Ministério Público para fins penais. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 5, v. 1, 2005, pp. 20-24) sustenta que o Ministério Público pode investigar também em matéria penal, não como rotina, mas em caráter excepcional, como nas hipóteses em que a polícia não tenha condições ou não demonstre interesse na apuração de fatos que envolvam policiais ou autoridades que a controlam. Enfim, embora não devam nem possam ser usadas com tibieza ou covardia, as investigações do MP devem ser instauradas e presididas com elevado senso de responsabilidade."

2.9 Resoluções do Ministério Público autorizam a investigação criminal

Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves (A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público: uma contribuição no combate ao crime organizado – *Ciências Penais*, v. 14, p. 345, jan/2011, DTR\2011\1814) afirma que o Conselho Superior do Ministério Público Federal regulamentou o art. 8º da LC 75/1993, disciplinando a instauração e o procedimento investigatório criminal, através da Resolução 77, de 14/09/2004. Posteriormente, o Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução CNMP 13, de

02/10/2006, também regulamentou o art. 8º da LC 75/1993 e o art. 26 da Lei 8.625/1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

Nesse sentido, vários outros autores confirmam a existência de legislação infraconstitucional, especialmente resoluções do âmbito interno do Ministério Público Federal e Estadual, autorizando a investigação criminal e disciplinando o seu desenvolvimento.

2.10 Inviabilidade da investigação criminal do Ministério Público apenas em caso de indiciado preso

Eugênio Pacelli de Oliveira (ob. cit., p. 84) afirma que, em se tratando de réu preso, o Ministério Público jamais poderá empreender investigação paralela, diante das consequências inexoráveis da indispensável instauração do inquérito policial, exigida pelo fato da prisão.

Do mesmo modo, quando se tratar de diligências cujo empreendimento está acobertado pela exigência de autorização judicial, a ela se reportará o MP, tal como ocorre em relação à polícia investigativa.

3 Pela inviabilidade do poder investigatório do Ministério Público

Advogados e autoridades policiais sustentam diversos argumentos contrários à possibilidade investigatória do Ministério Público:

3.1 Parcialidade no polo ativo e quebra da igualdade das partes

José Carlos Fragoso expõe (São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público, disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo60.pdf>):

[...] o ordenamento jurídico processual brasileiro está fincado na concepção de que as investigações preliminares, que constituem a fase preparatória da *persecutio criminis*, devem ser realizadas pelas autoridades policiais, ainda que sob o controle do Ministério Público. Esta concepção tem em conta a necessidade de garantir-se a equitatividade do processo penal, em cujo curso se deve assegurar às partes a igualdade de armas. Assim, entre nós, nos crimes de competência da Justiça Federal, a Polícia Federal é o órgão encarregado de presidir as investigações, que serão, a seguir, encaminhadas ao Ministério Público Federal, que é o titular do direito de ação penal pública. Se estes papéis forem respeitados,

como tem sucedido com preocupante frequência, tem-se clara violação do preceito constitucional referente ao devido processo legal [...]. O grave inconveniente que se cria com este desrespeito às funções de cada instituição (Polícia, Ministério Público, Magistratura) reside na *parcialidade* que se estabelece. Se o Procurador da República se traveste de policial, pode ele adotar, desde logo, no início das investigações, um determinado ponto de vista, que tenderá a manter ao longo de todo o procedimento, tornando-se indiferente a qualquer outra alternativa probatória [...].

Segundo Ives Gandra da Silva Martins (Polícia Federal e Ministério Público, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10239/policia-federal-e-ministerio-publico>>), o sistema plasmado na Carta Máxima, de colaboração entre as duas instituições (MP e Polícia), é corretíssimo, pois define a área de iniciativa e controle das investigações policiais e diligências criminais por parte do Ministério Público, mas outorga a uma instituição neutra — a serviço do Poder Judiciário, também Poder neutro — a apuração preambular de eventuais delitos, que, na órbita judiciária, caberá ao Ministério Público conduzir. E, por outro lado, ao cidadão, garante o direito de defesa, que é o grande diferencial entre as democracias e as ditaduras, assegurando-lhe o direito de ser acompanhado por seu defensor constitucional, que é o advogado. E assevera, também, que

[...] admitir privilégios na investigação que descompassem o direito de defesa e o equilíbrio entre os defensores do cidadão e do Poder Público, é fulminar o amplo direito de defesa, assegurado pela Constituição Federal no art. 5º, inc. LV, assim redigido: 'LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'.

Antônio Evaristo de Moraes Filho (O Ministério Público e o inquérito policial, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, p. 105, jul/1997 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 2, p. 89, jun/2012, DTR\1997\524) demonstra que, mesmo em se tratando de fase inicial da persecução, quando se decide sobre a abertura, ou não, do processo, à luz dos elementos coligidos nas investigações preliminares, parece necessária, desde aí, a separação de funções de modo que um órgão, diferente daquele que efetuou colheita da prova, tenha a incumbência de optar entre a instauração do processo e o arquivamento do inquérito. Não se deve esquecer que, no estágio atual da nossa civilização, o simples sentar-se no banco dos réus já representa uma

espécie de pena, considerando-se o processo penal, em si mesmo, uma *cérémonie de dégradation*, celebrada na *place de supplices*, que é o tribunal criminal. Assim não seria razoável que o mesmo órgão que conduziu as investigações preliminares tivesse, também, a atribuição de decidir sobre a submissão do indiciado aos percalços de uma ação penal, que sempre atinge o *status dignitatis* do cidadão (MARQUES, Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*, 1961, v. II, p. 167).

Luiz Flávio Borges D'Urso (Constituição Federal versus poder investigatório MP. *Revista Cejap*, n. 8, v. 6, 2005, pp. 3-4) argumenta que, se fosse admitido ao Ministério Público comandar investigações penais, haveria um desequilíbrio na harmonia prevista na Constituição para a fase de elaboração dos autos por um simples motivo — sendo parte do processo, o MP possivelmente tenderia a procurar provas favoráveis aos acusadores. Isso contraria a lógica. Quem acusa não pode comandar a investigação, sob o risco de comprometer a isenção. Com base no inciso VIII, do art. 129, da CF, afirma que, se os elementos embasadores de uma denúncia são obtidos apenas com dados de investigação criminal conduzida pelo MP, a denúncia deve ser refutada, rejeitada. Não se deve, pois, aceitar uma denúncia com provas produzidas pelo *Parquet*.

3.2 A investigação criminal é atribuição exclusiva da polícia judiciária

Diz José Carlos Fragoso (São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público, disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo60.pdf>.) que

[...] o nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional veda completamente que o Ministério Público exerça as funções de polícia judiciária. Nos termos da Constituição Federal, a polícia judiciária da União é exercida, com *exclusividade*, pela Polícia Federal. É o que estabelece o art. 144, em seu § 1º: [...]. Em matéria penal, todavia, a Constituição Federal determina tão somente que o *Parquet* pode 'requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial' (cf. Inciso VIII, do art. 129) [...].

No tocante à atribuição da polícia judiciária para a investigação criminal, José Afonso da Silva (Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, v. 12, 2004, pp. 368-388), o § 4º do art. 144 da CF estatui que às policiais civis, dirigidas por delegados

de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Isso quer dizer que a CF reservou à Polícia Civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Em relação ao argumento de que a CF não deferiu à polícia judiciária o monopólio da investigação criminal, o autor afirma “é verdade, mas as exceções estão expressas na própria CF e nenhuma delas contempla o MP.” [...] Não há na CF nada que autorize o MP a instaurar e presidir inquérito criminal. Ele o tem feito por via do inquérito civil previsto no inciso III do art. 129, com notório desvio de finalidade, já que o inquérito civil é peça de instrução preparatória da ação civil pública consignada a ele no mesmo dispositivo e não evidentemente de instrução criminal.

Luiz Flávio Borges D’Urso (Constituição Federal *versus* poder investigatório MP. *Revista Cejap*, n. 8, v. 6, 2005, pp. 3-4) afirma que os promotores não podem inquirir pessoas suspeitas de autoria de crime, dado que conduzir inquéritos policiais e realizar diligências para investigar fatos são prerrogativas exclusivas da polícia judiciária. “A César o que é de César e à polícia judiciária o restrito poder de conduzir investigações criminais e produzir provas, como determina o texto constitucional”.

Luiz Roberto Barroso (disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>.), em parecer destinado ao Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), pronuncia-se pela clara divisão de atribuições entre a polícia judiciária e o Ministério Público. O art. 144, § 1º, I a IV, e § 4º, CF, atribui de forma expressa às Polícias Federal e Civil a apuração de infrações penais. Ao Ministério Público, a CF atribui a função de exercer o controle externo da atividade policial e não a de substituí-la (art. 129, VII). A CF não permite a figura de promotor investigador. O escopo do inciso VI do art. 129 da CF/1988 (que atribui ao Ministério Público poderes para expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los) está restrito aos inquéritos civis públicos e outros também de natureza administrativa, como os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou de representação

por intervenção. O inquérito criminal é disciplinado em inciso diverso (VIII) e quanto a ele a atuação do *Parquet* se limita à requisição de instauração do próprio inquérito e de diligências investigatórias.

3.3 As normas constitucionais e infraconstitucionais não autorizam a investigação criminal

Escreve José Carlos Fragoso (São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público, disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo60.pdf>.) que

[...] ninguém duvida de que o Ministério Público possa requisitar à autoridade policial o cumprimento de diligências. O Superior Tribunal de Justiça já o afirmou, mais de uma vez. É natural que assim seja, já que o Ministério Público é o destinatário da apuração, cabendo-lhe formular a *opinio delicti*. Assim, pode o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial, pode requisitar a realização desta ou daquela prova, pode acompanhar a atividade do Presidente do inquérito. Contudo, coisa bem diversa é dar-se ao Ministério Público o direito de ele próprio presidir uma investigação no âmbito da Procuradoria, exercendo atividades de polícia judiciária, *sem qualquer controle externo, e violando nitidamente a exclusividade que a Carta Política confere à Polícia Federal nesta matéria* [...]. A Constituição Federal e a lei complementar não conferiram jamais ao Ministério Público um poder tão amplo, tão inconstatável assim. Ser o destinatário das investigações, advenham elas de CPI, inquérito policiais ou peças de informação, com as atribuições que daí decorrem, é razoável e natural, e constitui a base lógica de nossa processualística penal [...].

Antônio Evaristo de Moraes Filho (O Ministério Público e o inquérito policial, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, p. 105, jul/1997 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 2, p. 89, jun/2012, DTR\1997\524) sustenta não haver autorização normativa para a investigação criminal, a ser conduzida pelo Ministério Público. O texto constitucional vigente e o da Lei Orgânica que o regulamentou parecem claros, adotando-se um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se permite que realize diretamente diligências, inclusive a colheita de depoimentos; já em sede penal, é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos, *podendo*

acompanhá-los. Aliás, é atribuição do procurador-geral de justiça designar membros do Ministério Público para “acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória” (art. 10, IX, e, da Lei 8.625/1993).

Sobre a autorização constitucional para a investigação criminal, José Afonso da Silva (Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, v. 12, 2004, pp. 368-388) menciona que o art. 129 define as funções institucionais do MP e lá não se encontrará nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente.

Além disso, o autor afirma (Comentário Contextual à Constituição, 2006, pp. 602-603), quanto aos poderes atribuídos ao Ministério Público, na Constituição Federal, tais como requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, que configuram os limites investigatórios dos membros do Ministério Público, que não podem mais do que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Requisitar a que órgãos? Àqueles que a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são a Polícia Federal e a Polícia Civil (art. 144, §§ 1º, I e IV, e 4º). As requisições têm de estar devidamente respaldadas por fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Nisso se resume a função investigativa do Ministério Público. Apesar disso, o Ministério Público, por atos normativos internos, vem dando-se o poder de investigação criminal direta. Isso vai para além de sua competência, porque a função investigativa — ou seja, as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais — foi atribuída à Polícia Civil (art. 144, §§ 1º e 4º). Não se tem aqui um modelo de Ministério Público correspondente ao italiano, onde a polícia judiciária funciona sob dependência e direção da autoridade judiciária por serviços de polícia judiciária previstos em lei e pelas seções de polícia judiciária instituídas junto a alguma Procuradoria da República, subordinados, pois, ao respectivo procurador da República (Ministério Público).

3.4 Resoluções editadas pelo Ministério Público sobre investigação criminal extrapolam a sua atribuição

Ives Gandra da Silva Martins (*O Ministério Público e o Projeto de Decreto Legislativo nº 128/07*,

disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10866/o-ministerio-publico-e-o-projeto-de-decreto-legislativo-n-128-07>>.) apoia a edição de decreto legislativo para suspender a aplicação do conteúdo da resolução editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, autorizando investigações criminais pela instituição. Diz: “parece-me, pois, que a edição do Decreto Legislativo é necessária, visto que a Resolução do CNMP ultrapassou os limites que lhe permitia a Constituição, adentrando competências funcionais das polícias e legislativas do Congresso Nacional. Por essa razão, no uso das prerrogativas que lhe outorga a lei suprema, cabe ao Poder Legislativo a sustação dos atos normativos que invadam suas competências, nos termos do art. 49, incisos V e XI, da Carta Maior.

Luiz Flávio Gomes (disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22131/investigacao-e-atividade-de-policia>>.) argumenta que

[...] a maior prova da nebulosidade nesse campo reside no seguinte: por falta de expressa disposição legal, que é exigência do Estado de Direito, primordialmente quando em jogo estão direitos fundamentais dos investigados, todo procedimento dessa natureza do Ministério Público está regulamentado por Resoluções ou Atos Normativos dos Procuradores Gerais. Esses atos, no entanto, não possuem o status de lei [...].

Em virtude do “déficit de legalidade”, o autor alerta para a ausência de uniformidade das investigações e identidade nos procedimentos, sem um “controle judicial periódico”. Não há como o Ministério Público assumir, neste momento, de forma independente, a atividade investigatória. Por maior boa intenção que exista, “ninguém pode dar passos maiores que as penas”.

Orlando Miranda Ferreira (Inquérito policial e o ato normativo 314 PGJ/CPJ, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 45, p. 257, out/2003, DTR\2003\492), sobre as resoluções administrativas no âmbito do Ministério Público, acoimando-as de ilegais e inconstitucionais, afirma que, se admitida fosse essa hipótese, permitindo-se que o Ministério Público praticasse atos de investigação e delas, inclusive, participando ativamente, em flagrante contradição com as normas constitucionais e em total desrespeito para com o investigado ou indiciado, necessário seria que à defesa também fosse cometida tal liberalidade, pois um e outro serão partes na relação processual a ser instaurada, assegurando-se assim a igualdade de armas ou do tratamento paritário. Isso significaria

desnaturar o caráter inquisitivo do procedimento investigatório, que não admite ser informado pelo princípio do contraditório.

3.5 O controle externo da polícia judiciária pelo Ministério Público indica a inviabilidade da investigação criminal autônoma por esta instituição

Cláudio Geoffroy Granzotto (*Investigação direta pelo Ministério Público: não consonância com a sistemática do Processo Penal Constitucional*, disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=719>) afirma ser o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público uma das formas de assegurar o sistema acusatório, na medida em que desvincula, por inteiro, o magistrado dos atos de investigação. Nesse sentido, o promotor atua como futuro órgão acusador quando acompanha e requisita diligências investigativas. Por outro lado, atua como *custos legis* quando garante que, durante a fase pré-processual, o acusado terá seus direitos constitucionalmente assegurados. Dessa forma, com esse tipo de atuação externa, não parcial, e sim controladora da legalidade, o *Parquet* afastaria, como regra, a presença do juiz no inquérito, não ficando este contaminado com a investigação policial. Logo, tendo um órgão encarregado de controlar a legalidade da investigação, o juiz não precisará fiscalizar o andamento do inquérito, não comprometendo sua imparcialidade. O controle externo exercido pelo *Parquet* não se aplica aos atos internos da Polícia, pois, se assim fosse, tornar-se-ia uma espécie de corregedoria. Esse controle se dá sobre a principal atividade da polícia, qual seja, a investigação, através de acompanhamento e requisição de diligências, dentre outras funções. Assim sendo, com a investigação direta a cargo do Ministério Público, essa atividade ficaria sem controle externo algum, comprometendo o sistema de *check and balances*, e conseqüentemente, gerando nítido prejuízo ao indiciado e à sociedade, eis que esta não teria um órgão que fiscalizasse a correta atividade investigativa.

3.6 Investigação criminal seletiva e desvirtuada

Fernando da Costa Tourinho (*Processo penal*, 33. ed., p. 344) mostra-se contrário à investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, apontando a seletividade dos casos escolhidos para tanto; noutros termos, os membros da instituição elegem somente os casos de repercussão, produzindo apenas as provas que lhes interessam. Ademais, trata-se de investigação

de gabinete, que não se conduz ao local do crime. Em suma, em matéria de investigação, cabe-lhe somente o inquérito civil público.

Luiz Roberto Barroso (disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>), em parecer destinado ao Ministro Nilmário Miranda, demonstra que a ausência de qualquer balizamento legal para esse tipo de atuação por parte do Ministério Público, para além de impedir a própria atuação em si, sujeita os envolvidos ao império dos voluntarismos e caprichos pessoais.

3.7 Outros países também optam pela inviabilidade da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público

Antônio Evaristo de Moraes Filho (O Ministério Público e o inquérito policial, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 19, p. 105, jul/1997 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 2, p. 89, jun/2012, DTR\1997\524) explica haver, no tocante à atribuição para conduzir estas investigações preliminares, dois sistemas principais: o inglês, pelo qual a incumbência é da polícia; e o continental, onde, no dizer do novo Código de Processo Penal (LGL\1941\8) italiano, *il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria* (art. 327). Na Inglaterra, o Ministério Público não pode proceder, diretamente, investigações. Lá prevalece o que Mireille Delmas-Marty denomina de duplo grau de apreciação das investigações preliminares, que são, inicialmente, valoradas pela polícia que as promoveu, e depois pelo *Crown Prosecution Service*. O Direito inglês entende que a separação das funções de colher a prova, e de formar a *opinio delicti* sobre ela, é mais consentânea com a garantia do processo equitativo (*process équitabile*), sendo que a partir do *Prosecution of Offence Act*, de 1985, foi considerado que as funções de investigar e de desencadear a ação penal são incompatíveis (*Procédure ... cit.*, p. 418). Em suma, na Inglaterra adota-se, desde a fase preparatória da persecução, o que Jean Pradel intitula de *séparatisme*, princípio pelo qual devem ser cometidas a órgãos ou agentes diferenciados as sucessivas funções no curso do procedimento penal. A acumulação de funções cria o risco da parcialidade, podendo um operador do Direito (policial, membro do Ministério Público ou magistrado) adotar um ponto de vista, desde logo, no início das investigações, e mantê-lo ao longo do procedimento, ficando indiferente em face de qualquer outra alternativa probatória.

Quanto à menção a legislação estrangeira, no tocante à capacidade investigatória do Ministério Público, José Afonso da Silva (Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, v. 12, 2004, pp. 368-388) esclarece que, se a Constituição tivesse silenciado sobre o tema, ainda se poderia discutir sobre a possibilidade de ser a matéria conferida ao MP, por via de lei, como se fez na Itália, onde se retirou o poder investigatório do juiz de instrução, passando-o, por lei, para os procuradores da República. A Constituição portuguesa tem dois artigos sobre o MP, mas não dispõe sobre sua competência, deixando a matéria para a lei. Na Espanha, não é ao MP que cabe a função investigatória, só por si diretamente. Lá a função de averiguação dos delitos cabe à polícia judiciária que, no entanto, no exercício dessa função, depende do juiz, dos tribunais e também do MP. Na Colômbia, a Constituição confere competência direta à Procuradoria-Geral da Nação. Tais indicações do Direito estrangeiro só têm a utilidade de mostrar que o regime da matéria no Brasil é próprio, peculiar e único, porque define os campos de atuação do MP e da polícia judiciária com precisão, e sem dependência recíproca, de sorte que a invocação de doutrina estrangeira sobre o assunto não traz a menor contribuição ao seu esclarecimento.

3.8 Quem pode o mais, pode o menos: afirmação inadequada ao contexto da investigação promovida pelo Ministério Público

José Afonso da Silva (Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, v. 12, 2004, pp. 368-388), quanto à teoria de quem *pode o mais, pode o menos* afirma não ter nenhum valor no campo do Direito Público, particularmente no Direito Constitucional. Prossegue:

O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer uma tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. [...] As regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal conferem esta à Polícia Judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas.

E continua o autor, dizendo ser a investigação um procedimento de instrução criminal em busca da verdade e da formação dos meios de prová-la em juízo. A ação é um ato pelo qual se invoca a jurisdição penal. Procedimento da instrução penal preliminar, como qualquer procedimento, é uma sucessão de atos concatenados que se registram e se documentam no inquérito policial, que vai servir de base para a propositura da ação penal. O resultado positivo da investigação do crime é que constituirá pressuposto da ação penal viável. Sem a investigação prévia da verdade e dos meios de prová-la em juízo, é impossível a ação penal. Dessa forma, como é possível estabelecer uma relação de mais e de menos entre esses elementos?!

3.9 A teoria dos poderes implícitos é inaplicável quando as normas constitucionais são expressas acerca da competência constitucional de órgãos estatais

Sobre a doutrina dos poderes implícitos, José Afonso da Silva (Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, v. 12, 2004, pp. 368-388) afirma ser inaplicável ao caso, pois inexistente uma relação entre meio e fim no tocante a investigação criminal e ação penal. O fim da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental — o inquérito (tecnicamente, instrução penal preliminar) — para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução definitiva.

Os poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos. “Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?” Não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro.

Luiz Roberto Barroso (disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>), em parecer destinado ao Ministro Nilmário Miranda, afirma que a competência para promover a ação penal não engloba a investigação criminal (art. 129, I, CF). São

competências diversas, não atribuída, esta, de forma expressa pela CF. Não se aplica, portanto, a lógica da Teoria dos Poderes Implícitos, pela qual o órgão a quem compete o mais, compete igualmente o menos. Em decorrência dos argumentos expostos acima, a atribuição de competência investigatória ao Ministério Público depende de prévia emenda constitucional. De toda sorte, a legislação infraconstitucional atualmente em vigor (especialmente a Lei Complementar 75/1993 e a Lei 8.625/1993) em momento algum atribuiu ao *Parquet* essa competência e ela simplesmente não pode ser extraída diretamente do Texto Constitucional.

3.10 Historicamente, jamais se atribuiu ao Ministério Público a investigação criminal autônoma

Luiz Roberto Barroso (disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>), em parecer destinado ao Ministro Nilmário Miranda, levanta a importante questão histórica para demonstrar que, no Brasil, a competência para realizar as investigações preparatórias da ação penal sempre foi da Polícia. Em várias ocasiões, tentou-se modificar esse regime, mas as propostas foram rejeitadas. Isso foi o que aconteceu quando, em 1935, se procurou instituir juizados de instrução, proposta apresentada pelo então Ministro da Justiça, Vicente Ráo. O mesmo se passou, em várias ocasiões, quando se tentou conferir atribuições investigatórias ao *Parquet*; propostas nessa linha foram rejeitadas na elaboração da Constituição de 1988, nas discussões que deram origem à lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, e também nos debates que envolveram as propostas de emendas constitucionais discutidas em 1995 e 1999. Especificamente nas discussões da assembleia constituinte, o texto aprovado pretendia exatamente manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária.

4 Pela possibilidade excepcional da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público

Há posições intermediárias, no tocante à viabilidade da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, frisando o seu caráter de excepcionalidade, mas útil e eficiente. Neste âmbito, inserem-se as decisões até hoje tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como alguns pareceres de membros do Ministério Público.

4.1 Visão sistemática das funções institucionais do Ministério Público

Por todos os demais, tome-se a exposição de Luiz Roberto Barroso (disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>), em parecer destinado ao Ministro Nilmário Miranda, demonstrando que o Ministério Público, na condição de titular da ação penal pública (CF, art. 129, I), não é um mero espectador da investigação a cargo da autoridade policial, podendo, por isso, não só requisitar diligências, como realizá-las diretamente, quando elas se mostrem necessárias. Mesmo porque doutrina e jurisprudência entendem que o inquérito policial é um instrumento facultativo e dispensável para o exercício do direito de ação. A Constituição atribuiu ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI). Essa competência abrange tanto a esfera cível quanto a criminal. Ainda, a Constituição atribuiu ao Ministério Público, de forma ampla, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), além de dispor que cabe ao *Parquet* requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. O sistema do art. 129 da Constituição visa a fornecer ao Ministério Público autonomia para levar a cabo a apuração dos fatos necessários ao oferecimento da denúncia, por meio inclusive da expedição de notificações para a coleta de depoimentos.

Não há conflito entre as normas constitucionais indicadas acima e o que dispõe o art. 144 da Carta, tanto porque tais normas têm caráter principiológico, como porque o art. 144 não conferiu exclusividade à Polícia no que diz respeito à investigação de infrações penais. Outras normas constitucionais fundamentam a atribuição dessa competência ao Ministério Público: (i) o art. 127, *caput*, que impõe ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis; (ii) o art. 129, II, que conferiu ao Ministério Público o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (iii) o art. 129, IX, que admite que o Ministério Público exerça outras funções compatíveis com sua finalidade; (iv) o art. 144, *caput*, que indica a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos; e (v) os arts. 1º, 3º e 5º, que cuidam dos direitos fundamentais, da dignidade humana e da cidadania, já

que a persecução penal rápida e eficiente é exigida por esses bens constitucionais.

Quanto à ordem infraconstitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625 de 1993), em seu art. 26, I, *a* e *b*, prevê a expedição de notificações para colher depoimento ou esclarecimentos, bem como a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos públicos.

A investigação pelo Ministério Público tem um caráter subsidiário e será empregada apenas quando for necessário, de modo que a competência da Polícia não é subtraída. De todo modo, o sistema pelo qual se atribui com exclusividade à Polícia a investigação criminal, reservando-se ao Ministério Público a função de mero repassador de provas, é anacrônico e contraproducente. A atuação direta do Ministério Público nesse particular pode conferir maior celeridade à atividade investigatória, permitindo ademais o contato pessoal do agente do *Parquet* com a prova e facilitando a formação de seu convencimento.

Diversas situações recomendam a intervenção do Ministério Público por sua independência em relação aos Poderes estatais. Além disso, não é raro apurar-se o envolvimento de policiais em episódios de corrupção ou mesmo com o crime organizado.

Em conclusão, diz o autor que o sistema constitucional reservou à Polícia o papel central na investigação penal, mas não vedou o exercício eventual de tal atribuição pelo Ministério Público. A atuação do *Parquet* nesse particular, portanto, poderá existir, mas deverá ter caráter excepcional. Vale dizer: impõe-se a identificação de circunstâncias particulares que legitimem o exercício dessa competência atípica. Bem como a definição da maneira adequada de exercê-la. Sobre esse ponto, cabe ainda uma última consideração. A legislação federal infraconstitucional atualmente em vigor não atribuiu de forma clara ou específica ao Ministério Público a competência de proceder a investigações criminais. Tampouco existe qualquer disciplina acerca das hipóteses em que essa competência pode ser exercida, de como o Ministério Público deve desempenhá-la ou de formas de controle a que deva estar submetida. Não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo? O risco potencial que a concentração de poderes representa para a imparcialidade necessária às atividades típicas do *Parquet* não apenas fundamenta

a excepcionalidade que deve caracterizar o exercício da competência investigatória, mas exige igualmente uma normatização limitadora. Desse modo, e *de lege ferenda*, é de todo conveniente disciplinar, por meio de ato legislativo próprio, as hipóteses e a forma em que será legítima essa atuação eventual e excepcional do Ministério Público.

Damásio de Jesus (“Poderes investigatórios do Ministério Público”, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10865/poderes-investigatorios-do-ministerio-publico>>.) afirma não ser o Ministério Público um órgão tradicionalmente direcionado à realização de investigações. Tanto é assim que o Código de Processo Penal lhe atribui a função de exercer a ação penal pública e intervir em todos os termos da ação penal. Ademais, para que o MP exercesse seu papel na defesa dos interesses metaindividuais e pudesse instruir eventuais ações civis públicas, a lei lhe municiou com o inquérito civil. A partir de então, iniciou-se, no âmbito do MP, a “cultura” de realizar atos investigatórios. Essa tendência, iniciada no campo da tutela de interesses difusos e coletivos, naturalmente se transpôs à esfera criminal, atividade marcante do *Parquet*. Atualmente, existem vários setores do MP dedicados à realização de investigações criminais.

4.2 Indispensabilidade de lei para viabilizar a investigação criminal do Ministério Público

Diz Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecedem a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988) que a investigação, realizada pelo Ministério Público, não tem formas certas. Não é verdade, como dizem alguns, que o inquérito policial prescindia de formalidades. Há no Código algum regramento (arts. 4º a 23). Inexiste rito, o que não significa a desnecessidade de ordenação lógica. É importante conciliar os procedimentos. Negar ao Ministério Público a possibilidade de perquirição dos fatos é não enxergar as inovações do ordenamento jurídico após 1988, é não enxergar que o Estado social de direito desenhado na Carta tem, como um dos mecanismos de funcionamento e equilíbrio, uma instituição independente da administração tipicamente exercida pelo Poder Executivo. Mas, por outro lado, não encontrar os limites de sua atuação, limites esses extraídos da ordem constitucional, é caminhar para outro extremo, admitindo-se instituição sem controle. Embora se reconheça a possibilidade de

o Ministério Público investigar sem recorrer à polícia judiciária e ao procedimento por ela formalizado — o inquérito —, não se tem refletido essa investigação na persecução penal como um todo, na estrutura e nas formas do Direito Processual Penal. Não é apenas necessário que o Ministério Público garanta ampla defesa em sua apuração. É importante e urgente que a reforma do Código de Processo Penal (LGL/1941/8) integre essa investigação preparatória da ação penal — pelo Ministério Público —, nas formas de persecução penal.

José Reinaldo Guimarães Carneiro (*O Ministério Público e suas investigações independentes: reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real*, 2007, p. 90 e ss.) afirma ser indispensável o avanço do Ministério Público na condução de investigações criminais, sob sua direção exclusiva, em face do aumento da criminalidade no País, devendo haver lei que lhes atribua tal competência.

5 O anteprojeto do Código de Processo Penal e a omissão quanto à investigação criminal conduzida pelo Ministério Público

O anteprojeto do Código de Processo Penal não traz dispositivo expresso quanto à possibilidade de o Ministério Público realizar, de forma direta, a investigação criminal. Entretanto, alguns aspectos merecem análise.

Inicialmente, constata-se uma diferença terminológica. No atual CPP, o Título II é denominado “Do Inquérito Policial”, no anteprojeto, porém, o Título II é denominado “Da Investigação Criminal”, sendo o seu Capítulo III o relativo a “Do Inquérito Policial”.

Infere-se, portanto, ser o inquérito policial uma espécie de investigação criminal, abrindo espaço para outras formas de investigação. É justamente esta possibilidade a presente no art. 9º do anteprojeto (inserido nas disposições gerais do Título II), que assim dispõe:

Art. 9º - A autoridade competente para conduzir a investigação criminal, os procedimentos a serem observados e o seu prazo de encerramento serão definidos em lei.

Conforme se verifica, o artigo não dispõe qual é a autoridade competente para conduzir a investigação, deixando tal questão em aberto, possibilitando, assim, que lei especial disponha, por exemplo, sobre

a competência do Ministério Público para conduzir investigação.

Nota-se a cautela dos autores do anteprojeto em não despertar a oposição imediata de quem não admite a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, mas também visualiza-se o nítido propósito de deixar a porta aberta a futuras alterações legislativas abordando tal prisma.

De todo modo, fica bem claro não existir, hoje, no Brasil, lei expressa, autorizando a referida investigação criminal, desenvolvida pelo Ministério Público, de maneira autônoma.

Constata-se, também, uma maior participação do Ministério Público quanto à instauração, desenvolvimento e arquivamento do inquérito.

O art. 20, § 1º, autoriza a vítima a solicitar diretamente ao MP a abertura de inquérito policial, cabendo, então, ao *Parquet* requisitar a instauração à autoridade policial.

Outrossim, o § 2º do mesmo artigo dispõe que, no caso de indeferimento do pedido de instauração de inquérito, a vítima poderá recorrer à autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público.

Quanto às investigações, o art. 26 amplia o rol de funções da autoridade policial quando da tomada de conhecimento da infração penal, incluindo a obrigação de realizar as diligências requisitadas pelo Ministério Público. Note-se que a requisição de diligências não passa pelo crivo do juiz de Direito, sendo feita diretamente pelo MP à autoridade policial (art. 35, II).

Em relação à prorrogação do prazo para conclusão do inquérito, exclui-se o juiz de Direito, sendo os autos remetidos diretamente ao Ministério Público, o qual decidirá sobre a renovação do prazo (art. 32, § 1º).

Findo o inquérito, novamente, ele deixa de ser remetido ao juiz, sendo, com o anteprojeto, enviado diretamente ao MP (art. 34).

Por fim, a determinação de arquivamento do inquérito passa a ser competência do Ministério Público, ficando, novamente, afastada a participação do Poder Judiciário (art. 37). Contra a decisão de arquivamento caberá recurso ao órgão ministerial hierarquicamente superior (art. 38, § 1º).

Em resumo, o anteprojeto mitiga a participação da magistratura no desenrolar das investigações criminais, transferindo parte de suas atribuições ao

Ministério Público, o qual, então, assume papel central no inquérito.

6 Conclusão articulada: as verdades e os mitos

6.1 Pró ampla investigação do Ministério Público

6.1.1 Quem pode o mais, pode o menos: mito

Esse aforismo constitui uma das mais citadas justificativas para a condução autônoma e independente da investigação criminal pelo Ministério Público. Quem pode o *mais* — promover a ação penal — certamente pode o *menos* — investigar criminalmente. Entretanto, somente se pode levantar esse prólogo quando há nítida lacuna no tocante ao *menos*.

No cenário criminal, a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a propositura, em caráter privativo, da ação penal pública; ao mesmo tempo, confere à polícia judiciária a atividade investigatória. Logo, a cada instituição destinou-se uma específica função, que não pode ser considerada nem o *mais* nem o *menos*.

Sob outro aspecto, somente para argumentar, poder-se-ia dizer que a principal atividade, no processo criminal, é julgar, que compete ao magistrado. Diante disso, quem pode o mais — julgar — pode o menos — propor a ação penal. Aliás, já houve época em que isto foi perfeitamente possível no Brasil: o procedimento judicialiforme (o juiz baixava portaria, que continha a acusação, e julgava o feito). Sem se pretender debater o conteúdo positivo ou negativo dessa situação, é fato que o *mais* nem sempre justifica o *menos*, pois ambos podem, perfeitamente, deixar de ter qualquer relação de causalidade direta e indispensável entre eles.

As indagações *de efeito emocional* — do gênero *a quem interessa impedir o Ministério Público de investigar?* — devem ser respondidas com singeleza: aos que prezam o sistema da legalidade, coibindo-se o abuso de qualquer órgão estatal, a que pretexto for, pois inexistem heróis e bandidos, numa visão maniqueísta de que somente algumas instituições são dotadas da perfeição em seus mais diversos matizes. A todos interessa o poder investigatório do Ministério Público, *se e quando* exercido dentro da mais absoluta legalidade, vale dizer, previsto em lei e sem usurpar função alheia.

6.1.2 Normas constitucionais e infraconstitucionais

autorizam: em termos

Inexiste uma única norma constitucional ou infraconstitucional, dentre todas as citadas pelos defensores da investigação criminal pelo Ministério Público, que a autorize expressamente. Na realidade, há uma construção lógico-sistemática, empreendida pelos membros do Ministério Público, juntando normas constitucionais e compondo leis infraconstitucionais.

Por outro lado, jamais se poderia afirmar ser esse conjunto de normas completamente estéril ao poder investigatório do Ministério Público. Pelo contrário, capta-se o intento legislativo em conferir ao *Parquet* a fiscalização, supervisão e controle externo da investigação policial, base primária para a apuração dos delitos em geral. A par dessa fiscalização — e por conta dela — viabiliza-se ao Ministério Público requisitar diretamente diligências investigatórias, o que suplanta a atividade policial, mas não a substitui.

Além disso, quando se tem em foco a própria atuação da polícia judiciária, nada mais lógico que o órgão controlador dessa atividade seja também o investigador. Temos defendido, há tempo, a atuação correcional tanto do juiz quanto do membro do Ministério Público em relação à Polícia Federal ou Civil.

6.1.3 Atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária: verdade

A investigação criminal, no Brasil, cabe à polícia judiciária principalmente. Os inquéritos policiais são presididos por delegados, bacharéis em Direito, concursados em provas e títulos, com posto definido na estrutura do Estado.

Mas vários outros organismos podem investigar criminalmente, desde que haja previsão constitucional ou legal. Esse é o caso da CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito, que possui poder investigatório próprio das autoridades judiciais (art. 58, § 3º, CF), dos militares, que podem produzir o inquérito policial militar (art. 7º, Código de Processo Penal Militar), dentre outros.

6.1.4 A tendência mundial é o reconhecimento da atividade investigatória autônoma do Ministério Público: mito

Inexiste qualquer estudo sério, amplo e abrangente para afirmar que a tendência, no mundo, é o reconhecimento da atividade investigatória independente por parte do Ministério Público.

Há quem mencione três ou quatro países, alguns da Europa, outros da América Latina, como

se pudessem espelhar o *mundo*. Há, ainda, a posição de quem ousa mais, mencionando que somente três países de terceiro mundo (Uganda, Quênia e Indonésia) atribuem somente à polícia judiciária a atividade de investigação. Sob quais bases científicas se extraem esses dados? Quais as fontes bibliográficas? Nada disso é mencionado, ao menos onde foram publicados tais informes.

Ademais, há mais de duzentos países no mundo (o número de países é variável, seja para a ONU, seja para outros organismos internacionais, mas se sabe haver mais de duzentos), levando-nos a questionar qual foi a pesquisa — ampla o suficiente — para concluir que três países subdesenvolvidos são os *únicos* a manter a polícia como órgão exclusivo de investigação.

Outro ponto é a afirmativa feita por Antônio Evaristo de Moraes Filho de que, na Inglaterra, o Ministério Público não tem atribuição de investigar, mas, sim, a polícia. Logo, não se precisa ir tão longe, pois há outros exemplos bem próximos da realidade brasileira.

6.1.5 Preservação da imparcialidade do Ministério Público quando atuar na investigação criminal: verdade

Quando a atuação do Ministério Público se concentra no controle externo, na fiscalização e na supervisão da investigação criminal, realizada pela polícia judiciária, certamente o que abrange o teor da Súmula 234 do STJ (“a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”), não se pode considerar abalada a sua imparcialidade.

Sob outro prisma, debate-se, há muito tempo, o princípio do promotor natural e imparcial, visando a assegurar a todo cidadão uma acusação imparcial e equilibrada, algo somente viável se o membro do Ministério Público puder conduzir-se, durante a investigação, a certa distância, sem qualquer envolvimento emocional, político ou pessoal.

Em nosso entendimento, quem investiga tem condições de manter a sua imparcialidade, no momento de optar pela propositura — ou não — da demanda criminal. Aliás, do mesmo modo que o juiz, durante a instrução, pode determinar a produção de provas, de ofício, sem macular a sua imparcialidade para julgar.

Somos coerentes em sustentar a viabilidade de se investigar, com isenção, bem como produzir provas com idêntica independência.

Vislumbramos, no entanto, por parte de muitos defensores da *imparcialidade* do Ministério Público, ao conduzir a investigação criminal, a adoção de *dois pesos e duas medidas*. Argumentam que o juiz, durante a instrução, não deve agir de ofício — muito menos, durante a investigação criminal — pois pode macular a sua imparcialidade. Ora, inexistente diferença entre seres humanos a tal ponto. Quando promotores atuam na condução da investigação criminal são considerados imparciais para propor (ou não) a ação penal. Mas quando juizes atuam de ofício para requisitar qualquer diligência, mesmo durante a instrução, são acimados de imparciais.

6.1.6 Desnecessidade do controle externo da investigação criminal produzida pelo Ministério Público: mito

A polícia judiciária não investiga livremente; o controle externo cabe ao Ministério Público, mas também ao juiz. Desde que o inquérito é registrado, torna-se um procedimento oficial, cuja supervisão se dá pelo magistrado, ainda que não seja o responsável direto pelas diligências ordinárias.

Qualquer deslize da autoridade policial pode ser comunicado ao juiz, solicitando-se providências. Medidas jurisdicionais, necessárias à investigação, como mandados de busca e apreensão, quebra de sigilo fiscal, bancário ou telefônico, decretação de prisão cautelar, entre outros, são da alçada do juiz, que acompanha a investigação.

A investigação criminal, a ser realizada pelo Ministério Público, em caráter excepcional, quando prevista em lei, *deve ser supervisionada* por órgão externo à instituição. Em nosso sentir, cabe ao juiz tal supervisão, afinal, é a autoridade destinatária dos pedidos de quebra de sigilo, mandados de busca, decretação de prisão etc., de modo que precisa estar ciente da referida investigação.

6.1.7 Investigação realizada por outros órgãos estatais demonstram a viabilidade da investigação criminal do Ministério Público: em termos

Além da polícia judiciária, outros órgãos estatais podem conduzir investigações criminais, como a CPI ou a autoridade militar. Entretanto, há muito exagero

na menção a diversos organismos, cuja função não se destina a tanto.

Exemplificando, a Receita Federal não investiga crimes, mas infrações tributárias. Por vezes, algumas delas representam, igualmente, infrações penais, razão pela qual terminam por substituir o inquérito policial, havendo provas suficientes para a ação penal.

Não se deve comparar a atuação do Ministério Público, na área penal, destinada, apenas, a apurar infrações criminais, às atividades de vários outros órgãos estatais que podem, *eventualmente*, nas suas tarefas cotidianas, deparar-se com um delito.

6.1.8 Indispensabilidade de apuração criminal isenta: verdade

É indubitável que devam as investigações criminais ser isentas, detalhadas e eficientes, não se podendo curvar a interesses escusos, seja no campo político, seja no funcional. Para isso, a atuação do Ministério Público é essencial, supervisionando a investigação policial, requisitando diligências para suprir falhas ou omissões da autoridade policial, dentre outras atividades.

Quando a polícia judiciária for o órgão investigado, convém ao Ministério Público promover autonomamente a investigação criminal.

6.1.9 Resoluções do Ministério Público autorizam a investigação criminal: mito

Em hipótese alguma, no cenário da legalidade, pode-se aceitar que resoluções ou outros atos administrativos tenham o condão de autorizar, regulamentar ou disciplinar procedimentos investigatórios produzidos, de forma autônoma, pelo Ministério Público.

Somente a lei pode abranger tais situações, o que ainda não existe no contexto nacional. Tanto é verdade a sua lacuna que surgiram tais resoluções de Conselhos ou Procuradorias.

6.1.10 Inviabilidade da investigação criminal do Ministério Público apenas em caso de indiciado preso: em termos

A investigação criminal, conduzida pelo Ministério Público, de fato, não pode ocorrer quando houver indiciado preso, especialmente tendo ocorrido flagrante. Afinal, cabe à polícia judiciária lavrar o auto de prisão em flagrante e concluir a investigação no prazo legal, encaminhando-a ao *Parquet* para o oferecimento da denúncia.

Entretanto, não é apenas nos casos de indiciados presos, que não deve o Ministério Público agir

autonomamente. Assim não deve ocorrer em situações rotineiras e antes que haja lei disciplinando o assunto.

6.2 Contra ampla investigação do Ministério Público

6.2.1 Parcialidade no polo ativo e quebra da igualdade das partes: em termos

Como já mencionamos, o membro do Ministério Público, atuando de maneira independente e autônoma, sem envolvimento político ou pessoal, pode manter-se equidistante o suficiente para cuidar da sua imparcialidade.

A mera investigação, quando conduzida de maneira isenta, não é suficiente para retirar-lhe o equilíbrio. Porém, a investigação realizada pelo *Parquet*, sem previsão legal e distante de qualquer órgão fiscalizador pode levar ao envolvimento indevido na causa, comprometendo a imparcialidade.

6.2.2 Indispensabilidade de lei para viabilizar a investigação criminal do Ministério Público: verdade

A investigação policial é baseada em lei, com procedimento formal e rígido, devidamente supervisionada pelo Ministério Público e pela autoridade judiciária.

Outra não pode ser a situação do Ministério Público, quando houver de conduzir a investigação criminal, sem que se possa lastrear essa atividade em meras resoluções administrativas.

Investigar qualquer pessoa é atividade séria e grave, necessitando de supervisão pelo Poder Judiciário, que ficaria encarregado de apreciar qualquer pedido cautelar urgente nesse âmbito.

O procedimento investigatório há de ser formal, registrado e de conhecimento público (a sua instauração), embora o conteúdo, conforme o caso, possa ser sigiloso.

6.2.3 As normas constitucionais e infraconstitucionais não autorizam a investigação criminal: em termos

As normas constitucionais demonstram ser o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública, devendo zelar pelo seu ajuizamento, uma vez que se adota o princípio da obrigatoriedade. Para tanto, necessita exercer o controle externo da atividade policial, requisitando diligências e fiscalizando o andamento da investigação.

Além disso, as normas infraconstitucionais evidenciam a legítima atuação do Ministério Público no controle e supervisão da atividade investigatória

criminal, podendo promover diligências direta e pessoalmente para compor o quadro de provas aptas a lhe conferir sustentáculo à propositura da demanda.

Em situações excepcionais, quando a própria autoridade policial mostra-se comprometida e suspeita da prática de algum abuso, deve o *Parquet* investigar e colher provas diretamente.

6.2.4 Resoluções editadas pelo Ministério Público sobre investigação criminal extrapolam a sua atribuição: verdade

A investigação criminal é um procedimento relevante, no cenário do processo penal, que invade a intimidade e a vida privada do indivíduo, além de lhe gerar constrangimentos de toda ordem (pessoal, patrimonial etc.). Cuida-se, pois, de uma sucessão de atos formais e rigorosamente previstos em lei, devidamente registrados e publicamente conhecidos. Não mais existe, há muito, investigação secreta no Brasil.

Diante disso, quando o inquérito policial é instaurado, além de registrado, é acompanhado e supervisionado pelo Ministério Público e pela autoridade judiciária. Qualquer eventual abuso cometido durante a investigação pode ser imediatamente levado ao conhecimento do Judiciário. Tudo regido por leis.

Resoluções e outros atos administrativos não são suficientes para disciplinar e regulamentar tão importante procedimento. Cabe ao Legislativo essa tarefa — jamais ao próprio Ministério Público.

6.2.5 O controle externo da polícia judiciária pelo Ministério Público indica a inviabilidade da investigação criminal autônoma por esta instituição: em termos

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, nos anos de 1987 e 1988, houve intensa movimentação para garantir o controle *interno* da polícia judiciária por parte do Ministério Público. Esse era o intuito da instituição, que, no entanto, contou com a oposição dos delegados. Travou-se, então, uma disputa no âmbito do Parlamento. Venceu a tese da supervisão *externa* da atividade policial.

Diante disso, garantiu-se a presidência do inquérito policial ao delegado, sob supervisão do Ministério Público e também da autoridade judiciária.

A previsão acerca do controle *externo* da polícia sinaliza que o Ministério Público não deve presidir as investigações criminais rotineiras, mas somente

supervisioná-las, não significando, entretanto, a exclusão da instituição de toda e qualquer investigação.

6.2.6 Investigação criminal seletiva e desvirtuada: em termos.

Trata-se de um mau vezo de alguns membros do Ministério Público — selecionar investigações determinadas, que lhes possam trazer prestígio e destaque na mídia —, que não pode ser tomado como padrão, comprometendo toda e qualquer iniciativa da instituição para investigar criminalmente alguns fatos excepcionais e relevantes.

Ao supervisionar os trabalhos investigatórios da polícia judiciária, cabe ao membro do Ministério Público captar os casos *realmente* relevantes, que merecem maior atenção, para que se possa destacar alguma investigação criminal em especial.

Esse é um dos principais motivos pelos quais se deve editar lei, regulando exatamente como e quando o Ministério Público pode investigar criminalmente.

6.2.7 Outros países também optam pela inviabilidade da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público: em termos

O direito comparado nem sempre é um instrumento legítimo para perquirir as mais adequadas soluções para um importante problema legislativo na área criminal do Brasil.

As nações possuem sistemas processuais penais diversos, cada qual com interesses próprios, não se devendo padronizar soluções somente porque atende um ou outro enfoque corporativo.

A forma como cada país promove investigações criminais depende do seu modelo constitucional, em todos os prismas (divisão de Poderes, instituições encarregadas da segurança pública, modelo processual penal, sistema de investigação, dentre outros). Logo, é inadequado supor que se pode aplicar no Brasil o modelo instituído neste ou naquele país.

6.2.8 Quem pode o mais, pode o menos: afirmação inadequada ao contexto da investigação promovida pelo Ministério Público: verdade

Como já esclarecido, esse provérbio somente tem sentido, em matéria processual, quando o *menos* representa uma situação lacunosa ou duvidosa. Não é o caso presente. A ação penal deve ser proposta pelo Ministério Público, mas a investigação, conduzida pela autoridade policial. Desse modo, o *mais* tem espaço preenchido, assim como o denominado *menos*.

Além disso, não há perfeita correlação entre a promoção da demanda e a investigação criminal, pois

é perfeitamente viável que uma seja conduzida por instituição totalmente diversa da outra.

6.2.9 A teoria dos poderes implícitos é inaplicável quando as normas constitucionais são expressas acerca da competência constitucional de órgão estatais: verdade

No mesmo seguimento da ideia de que *quem pode o mais, pode o menos*, não há que se falar em *poderes implícitos*, quando há expressa previsão constitucional para cada uma das funções estatais de persecução penal.

A Constituição Federal é clara ao dispor ser o Ministério Público o titular da propositura da ação penal pública, enquanto a polícia judiciária é a encarregada das investigações criminais.

Por outro lado, o controle externo da polícia, pelo Ministério Público, faz com que investigações criminais excepcionais possam ser realizadas pelo *Parquet*, complementando a policial ou tendo por objeto a própria atividade da polícia judiciária.

6.2.10 Historicamente, jamais se atribuiu ao Ministério Público a investigação criminal autônoma: verdade

Durante anos, reforma após reforma, buscou o Ministério Público obter a ampla autonomia para a investigação criminal, mas jamais conseguiu.

A mais relevante tentativa deu-se durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, onde, outra vez mais, rechaçou-se a tese, permitindo-se, somente, o controle externo da atividade policial, além de lhe conferir a exclusividade para a ação penal pública.

Nenhuma lei infraconstitucional, de maneira clara, autoriza o Ministério Público a investigar criminalmente de modo *autônomo e independente, quando bem quiser e o que bem almejar*. Tanto é verdade que o Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho Federal do Ministério Público e Atos de Procuradorias Gerais de Justiça editaram resoluções procurando disciplinar o tema.

7 Conclusão expositiva

O Ministério Público é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, na área criminal, a titularidade exclusiva da propositura da ação penal pública.

Além disso, pertence-lhe o controle *externo* da atividade policial, não podendo, jamais, substituir-se à autoridade policial na presidência e condução

do inquérito. Diante disso, é inadequado contornar as regras do sistema adotado pela Constituição para *criar* um procedimento investigatório autônomo e independente, que seria conduzido (presidido) pelo membro do Ministério Público.

Se é pacífico o entendimento de que o *Parquet* não pode presidir inquéritos policiais, também se deve acolher a ideia de inexistir qualquer tergiversação, permitindo-se que o Ministério Público instaure procedimento investigatório paralelo. Noutros termos, já que não pode presidir o inquérito, o *Parquet* desprezaria esse procedimento e promoveria um autêntico *inquérito paralelo*.

Em primeira conclusão, o Ministério Público não deve presidir inquéritos — atividade exclusiva da polícia judiciária — nem tampouco instaurar *procedimentos investigatórios* substitutivos do inquérito, de modo a contornar a norma constitucional, que lhe atribui apenas o controle *externo* da polícia.

Sob outro aspecto, o Ministério Público há de controlar a atividade policial com eficiência, possuindo, para tanto, o poder de requisitar diligências de maneira autônoma, além de requisitar a instauração de inquéritos policiais.

Da mesma forma que o Ministério Público não é imaculado, pairando acima do bem e do mal, a polícia também não é perfeita nem imperfeita, cometendo erros e podendo apresentar integrantes corruptos e inaptos, de modo que, ao investigar criminalmente, a própria polícia judiciária, cabe ao *Parquet* instaurar procedimento específico para colher provas e promover diligências. O mesmo pode dar-se caso exista um crime grave em apuração, onde se perceba a inatividade deliberada da polícia judiciária, comportando uma atuação independente do Ministério Público para colher as provas adequadas.

Em segunda conclusão, o Ministério Público possui atividade investigatória excepcional, quando voltada à própria atuação da polícia judiciária, o que lhe garante o controle externo constitucionalmente autorizado, bem como para casos criminais em que se observe a inaptidão da polícia para a sua condução, seja por injunções políticas, seja por outros fatores de pressão, aos quais estão, em tese, imunes os membros do Ministério Público.

O inquérito policial não é a única forma — mas a principal — de captação de provas pré-constituídas para instruir e sustentar a denúncia. Por certo, o

Ministério Público pode receber peças de informação de vários órgãos estatais, contendo relevantes dados sobre crimes cometidos, podendo — e devendo — complementar tais documentos mediante diligências suas, sem necessidade de inquérito policial. Ilustrando, num processo administrativo, instaurado no seio de uma repartição pública, para averiguar infração funcional, descobre-se o crime de peculato. Aplicada a sanção administrativa cabível, enviam-se os autos ao Ministério Público, para que tome as medidas adequadas na órbita criminal. Inexistirá inquérito policial para instruir a ação penal.

Em terceira conclusão, o Ministério Público pode valer-se de peças de informação, diversas do inquérito policial, para dar base à denúncia. Cabe-lhe, inclusive, complementar tais peças, promovendo diligências próprias, de maneira autônoma, para compor o quadro ideal de provas pré-constituídas.

A inexistência de leis específicas, regulamentando, claramente, eventual procedimento investigatório autônomo e independente, conduzido pelo Ministério Público, é patente. A mais certa prova disso é a edição de resoluções e atos do Ministério Público, em nível administrativo, para suprir tal lacuna. Mencione-se, como exemplo, a Resolução 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Não importa analisar o conteúdo desses atos administrativos, pois seria o mesmo que validá-los indiretamente e eles não apresentam o mínimo requisito de legalidade, diante do sistema constitucional brasileiro.

Em quarta conclusão, seguindo-se estritamente o princípio da legalidade, cremos fundamental a edição de lei, substituindo todas as resoluções e atos administrativos, para disciplinar e regular eventual investigação autônoma, se for a opção política do Poder Legislativo.

Há várias decisões proferidas por tribunais brasileiros, autorizando ou negando legitimidade ao Ministério Público para investigar criminalmente com plena autonomia. Porém, cuidando-se de questão de natureza nitidamente constitucional, aguarda-se a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Será a chave para disciplinar, de uma vez por todas, se o Ministério Público pode investigar de maneira totalmente independente e sem a edição de lei específica para tanto. Por ora, inexistente qualquer decisão do STF nesse prisma. As que foram captadas e até mencionadas por autores pró e contra a referida

investigação, quando a autorizam, deixam claro o caráter *excepcional* ou *subsidiário* da medida. Algumas se referem a denúncias instruídas por peças de informação, advindas de outros órgãos estatais, que não o Ministério Público, apenas complementadas por esta instituição.

Em quinta conclusão, o Supremo Tribunal Federal ainda não tomou a decisão substancial para o tema em questão: se o Ministério Público pode investigar criminalmente de modo *autônomo* e *independente*, sem prestar a menor atenção ao inquérito policial; se o Ministério Público pode escolher o caso criminal que bem entenda para investigar, deixando o restante, em nível ordinário e rotineiro, ao encargo da polícia judiciária; se o Ministério Público pode investigar criminalmente, hoje, *sem o amparo de lei específica*, baseando-se apenas em resoluções e atos administrativos editados pela própria instituição.

Há uma proposta de emenda constitucional (PEC 37), em andamento no Congresso Nacional, pretendendo inserir, no art. 144 da Constituição Federal, que cabe à polícia judiciária, de modo *privativo*, a investigação criminal. A partir disso, emergiram posições corporativas e nitidamente emocionais, pois de técnicas nada possuem, manifestando-se pró e contra a referida emenda. Da parte de alguns membros do Ministério Público — a minoria por certo — chegou-se a lançar a enganosa denominação de que a PEC 37 seria a PEC da *impunidade* ou da *corrupção*, valendo dizer que, quem a apoia, sustenta a impunidade ou é corrupto — ou adepto da corrupção. Lastimável, pois se conduz um debate de alto nível para o cenário do processo penal brasileiro a um lugar-comum de apego às massas ou à mídia.

Assim agindo, ingressa-se no âmbito da pobreza intelectual e da carência de argumentos, pregando-se o nítido maniqueísmo: o MP representa o *bem absoluto*; a polícia, o *mal absoluto*. Pura tolice, sendo mesmo desnecessário qualquer comentário científico a respeito.

Além disso, *ad argumentandum*, mesmo que aprovada a referida emenda, não vemos cessada a discussão em torno da investigação criminal tutelada pelo Ministério Público, pois ainda permanece a norma constitucional do art. 129, VII, conferindo ao *Parquet* o controle externo da atividade policial, com os poderes em lei confirmados para tanto. Afinal, não se pode *controlar* um ente estatal sem dispor dos adequados poderes para cumprir seu mister.

Em sexta conclusão, em nosso entendimento, a referida PEC 37 é desnecessária, pois o sistema vigente já é claro o suficiente para evidenciar que cabe à polícia judiciária investigar criminalmente, em primeiro plano, de maneira rotineira. Igualmente, cabe ao Ministério Público investigar os atos criminosos da polícia, bem como os casos criminais excepcionais, quando expressamente indicados em lei, a ser devidamente editada.

Em suma, se a polícia judiciária cumprir a sua função constitucional e legal, se o Ministério Público fiscalizar devidamente, se o Judiciário julgar seus casos em tempo razoável, os índices de criminalidade suportarão decréscimo em benefício da sociedade. Portanto, em lugar de instituições disputarem espaço para saber quem *manda mais* ou *pode mais*, haveriam de se unir, em espírito cívico, pelo bem do Brasil e da sociedade à qual servem. É impressionante o tempo que se perde cultivando vaidades e caprichos no âmbito forense, em vez de ceder espaço à eficiência investigatória no combate à criminalidade.

Bibliografia

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *O Ministério Público e suas investigações independentes: reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Comentários sobre o anteprojeto de investigação criminal. *Revista dos Tribunais*, v. 789, p. 457, julho/2001.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, p. 171, jul/1997.

CUNHA, Rogério Sanches. Por que sou contra a PEC 37 (conhecida como PEC da impunidade – o próprio “apelido” já sugere). Disponível em: <[\[atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/04/11/por-que-sou-contra-a-pec-37-conhecida-como-pec-da-impunidade-o-proprio-apelido-ja-sugere/\]\(http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/04/11/por-que-sou-contra-a-pec-37-conhecida-como-pec-da-impunidade-o-proprio-apelido-ja-sugere/\)>.](http://</p>
</div>
<div data-bbox=)

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Constituição Federal versus poder investigatório MP. *Revista Cejap*, n. 8, v. 6, 2005.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio Luiz. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal Teoria, Crítica e Práxis*, 6. ed. Niterói: Impetus.

FERREIRA, Orlando Miranda. Inquérito policial e o ato normativo 314 PGJ/CPJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 45, p. 257, out/2003.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo60.pdf>.

GOMES, Luiz Flávio. Investigação é atividade de polícia. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22131/investigacao-e-atividade-de-policia>>.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva.

GRANZOTTO, Cláudio Geoffroy. Investigação direta pelo Ministério Público: não consonância com a sistemática do Processo Penal Constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=719>.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus.

JESUS, Damásio E. de. Poderes investigatórios do Ministério Público. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10865/poderes-investigatorios-do-ministerio-publico>>.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Polícia Federal e Ministério Público. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10239/policia-federal-e-ministerio-publico>>.

_____. O Ministério Público e o Projeto de Decreto Legislativo 128/2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10866/o-ministerio-publico-e-o-projeto-de-decreto-legislativo-n-128-07>>.

MAZZILLI, Hugo Nigro. As investigações do Ministério Público para Fins Penais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 5, v. 1, 2005, pp. 20-24.

_____. Só a polícia é que pode investigar? Carta Forense, junho de 2013, p. A 17.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, p. 105, jul/1997 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 2, p. 89, jun/2012.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público Uma contribuição no combate ao crime organizado - *Ciências Penais*, v. 14, p. 345, jan/2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*, 17. ed. São Paulo: Atlas.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

SILVA, João Estevam. Ministério Público não deve se limitar ao desejo da polícia. *Revista dos Tribunais*, v. 699, p. 434, janeiro/1994.

SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, v. 12, 2004, pp 368-388.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Fundamentos jurídicos do processo penal*. São Paulo: Atlas, 1999.

SOUZA, José Barcelos de. Notas sobre o projeto referente ao inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, p. 257, abr/2002.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 33. ed. São Paulo: Saraiva.

A hermenêutica jurídica segundo Carlos Maximiliano

Flávio da Silva Andrade*

Resumo

O presente texto consiste numa resenha dos principais capítulos do livro de maior prestígio escrito por Carlos Maximiliano: *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Forense, 2011, 335 páginas). Trata-se de obra primorosa, que conquistou destaque nacional graças à seriedade da investigação, à profundidade das reflexões e à riqueza de informações sobre tão relevante tema.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Interpretação do Direito. Obra de Carlos Maximiliano. Síntese.

1 Nota introdutória

Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1873-1960) foi um dos juristas brasileiros de maior expressão no século XX. Natural de São Jerônimo/RS, bacharelou-se em Direito em Ouro Preto/MG, em 1898. Exerceu a advocacia (1898-1914 e 1918-1934), foi deputado federal¹ (1911-1914 e 1919-1923), ministro da Justiça e Negócios Interiores (1914-1918), consultor-geral da República (1932-1934), deputado da Assembleia Nacional Constituinte (1933-1934), procurador-geral da República (1934-1936) e ministro do Supremo Tribunal Federal (1936-1941).

Culto, com larga formação humanística, Carlos Maximiliano uniu o saber teórico ao prático, prestando relevantes serviços² nas diversas esferas em que atuou.

Contribuiu decisivamente para o aperfeiçoamento das letras jurídicas nacionais ao publicar, dentre outras, as seguintes obras: *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (1918), *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (1925), *Direito das Sucessões* (1937) e *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o Direito* (1944). Seu livro de maior relevância é, sem dúvida, o de 1925, em que, com percuciência e clareza, tratou do fenômeno hermenêutico. Essa obra alcançou grande projeção e se tornou clássica nas universidades brasileiras, sendo valiosa fonte de consulta até os dias atuais.

O presente texto tem o propósito de oferecer uma resenha sobre os principais capítulos do livro de maior prestígio escrito por Carlos Maximiliano: *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Forense, 2011, 335 páginas)³. Trata-se de obra primorosa, que conquistou destaque nacional graças à seriedade da investigação, à profundidade das reflexões e à riqueza de informações sobre tão relevante tema. É nítido o zelo com que o autor descortinou a matéria, trazendo valiosos subsídios aos operadores do Direito na tarefa de interpretar e aplicar as normas jurídicas.

2 A Hermenêutica Jurídica segundo Carlos Maximiliano

De início, no capítulo I, em sede de *introdução*, o juriconsulto gaúcho ensina que Hermenêutica⁴ é

* Juiz federal em Minas Gerais; ex-promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia e ex-juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Acre. Foi membro efetivo da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Rondônia. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.

¹ De acordo com Alessandro Hirata, na sua coluna *Notáveis do Direito*, publicada na revista eletrônica *Carta Forense*, em 02/04/2013, " [...] logo após receber o grau de bacharel, Carlos Maximiliano volta ao seu estado natal, o Rio Grande do Sul, onde advogou por diversos anos. O destaque na advocacia leva-o a uma vitoriosa carreira política. Candidata-se ao posto de deputado federal, tendo sido eleito para a legislatura de 1911-1914 do Congresso Nacional." Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/carlos-maximiliano-e-a-hermeneutica-do-direito-brasileiro/10798>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

² Segundo seu registro biográfico junto à Corte Suprema Brasileira, foi "grande auxiliar do governo em época bem agitada, em vista da guerra mundial, Carlos Maximiliano, nos quatro anos de sua

gestão, deixou bem evidenciada a ação que exerceu, conforme se verifica dos três relatórios que apresentou ao Chefe do Governo, e dos decretos que referendou constantes da Coleção de Leis. [...] organizou vários serviços, dentre eles o alistamento e processo eleitoral, o ensino secundário e superior da República". Ainda, "referendou o Código Civil Brasileiro e a Consolidação das disposições legais e regulamentares concernentes aos territórios das freguesias urbanas e suburbanas do Distrito Federal, que formaram as circunscrições judiciárias das pretorias". Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=230>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

³ Alessandro Hirata informa que, após sua segunda legislatura como deputado federal (1919-1923), Maximiliano voltou "a advogar e dedicar-se à sua produção científica. Nesses anos, produz sua obra mais emblemática, que o tornaria conhecido no repertório bibliográfico jurídico brasileiro: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*." (op. cit.)

⁴ O termo "hermenêutica" advém de *Hermes*, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir ou interpretar

uma ciência jurídica que “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. É a ciência que estuda os métodos e técnicas de interpretação do Direito, buscando sistematizá-los de modo a tornar mais fácil e eficiente o trabalho do exegeta. Nas palavras de Carlos Maximiliano, Hermenêutica “é a teoria científica da arte de interpretar”, isto é, “de determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (Maximiliano, 2011, p. 1).

O autor assinala que a razão de existir dessa ciência decorre do fato de as leis positivas serem formuladas em termos gerais, ou seja, por meio de regras ou princípios que não descem a minúcias⁵, o que exige o atuar do hermenêuta para estabelecer a relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, interpretando e aplicando o Direito de forma escoreta, tendo em mira o ideal de justiça.

Por outro lado, é diferente o conceito de Interpretação do Direito, pois, segundo Maximiliano, consiste na tarefa de descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões de um texto normativo. Trata-se de uma arte que possui suas técnicas, seus meios próprios para alcançar os fins colimados, os quais são sistematizados e desenvolvidos pela Hermenêutica.

Assim, conforme alerta do jurista, não se pode confundir Hermenêutica com Interpretação, pois “esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda” (Maximiliano, 2011, p. 1). Sendo mais abrangente o conceito de Hermenêutica, que diz respeito à sistematização dos processos aplicáveis para se determinar o sentido e o alcance das expressões jurídicas, não devem os dois vocábulos ser tidos como sinônimos.

Por sua vez, conforme lições do autor, explicitadas no capítulo II, a *Aplicação do Direito* diz respeito ao enquadramento de um caso concreto em uma norma jurídica adequada (Maximiliano, 2011, p. 1). Consiste na

subsunção de um fato determinado a uma prescrição legal. Esclarece que a Aplicação do Direito pressupõe:

a) A Crítica, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico; b) A Interpretação, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o suprimento das lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; d) o exame das questões possíveis sobre a ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo (MAXIMILIANO, 2011, p. 7).

Portanto, de acordo com o renomado autor, a Aplicação do Direito não prescinde da Hermenêutica, sendo esta um meio para se alcançar aquela, vista como a adaptação ou o enquadramento de um preceito a um caso real. Concebe a Aplicação do Direito, por conseguinte, como aquela atividade prática exercida pelo juiz após a definição da regra adequada à hipótese, servindo de ponte entre a doutrina e a prática, entre a ciência e a realidade.

Depois de traçar as linhas conceituais mestras sobre o objeto da obra, passa, no capítulo III, a discorrer mais detidamente sobre *interpretação*. Ensina que “interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; [...] mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão”. Diz que o exegeta deve “procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio” (Maximiliano, 2011, p. 7). Ressalta que a importância da interpretação

[...] não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta [...] (2011, p. 8).

Enfatizando a difícil⁶ tarefa do intérprete, esclarece que este deve primeiro “analisar o texto em si, o seu sentido e o significado de cada vocábulo”, fazendo após um exame conjunto ou sistêmico, ou seja, comparando o preceito com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas. Em seguida, perquire qual o fim da regra naquele texto, examinando também o objetivo da lei como um todo. Assim,

as mensagens das divindades. *Hermes* significa, portanto, “mensageiro dos Deuses”.

⁵ Esclarece que “ante a possibilidade de prescrever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios, estabelecer preceitos gerais, de largo alcance”, deixando ao aplicador do Direito a tarefa de enquadrar o fato humano a uma norma jurídica (Maximiliano, 2011, p. 11).

⁶ Anote-se, a propósito, que a tarefa de julgar é árdua e trabalhosa porque o juiz, além de buscar bem compreender os fatos, deve interpretar normas em aparente conflito, colmatar lacunas normativas e valorar provas para formar sua convicção.

determina o sentido e o alcance na norma jurídica, aplicando-a ou não ao caso concreto (Maximiliano, 2011, p. 8).

Nessa perspectiva, para interpretar e aplicar com acerto o Direito, enquadrando adequadamente o fato em uma norma, o autor salienta que é indispensável que o exegeta bem compreenda o preceito para determinar com precisão seu conteúdo e alcance. Essa missão se torna mais trabalhosa quando a lei é imperfeita, incompleta ou ultrapassada, o que reclama que o hermeneuta, empregando inteligentemente os métodos ou processos de interpretação, supere antinomias e promova a adequada colmatação de lacunas normativas, adaptando os preceitos às necessidades da vida atual e às exigências da época em que vive. Afirma que a lei é concisa enquanto a realidade é proteiforme, ou seja, muda de forma constantemente. Nesse ponto, Maximiliano assinala o relevante papel sociológico da interpretação, pois

[...] o intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementador da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito [...] (Maximiliano, 2011, p. 10).

Prosseguindo com desenvoltura no estudo do assunto, no capítulo IV é feita a abordagem da temática atinente à *vontade do legislador (mens legislatoris)*. Recordar-se que, para a corrente tradicionalista ligada à *Escola da Exegese em Direito Positivo*, “o objetivo do intérprete seria descobrir, através da norma jurídica, e revelar a vontade, a intenção, o pensamento do legislador” (Maximiliano, 2011, p. 15). Essa noção, porém, é combatida com a demonstração de que a vontade do legislador, embora real, é composta por opiniões múltiplas e por ideias amalgamadas, de duas casas legislativas, resultando muitas vezes em redações finais imprecisas ou ambíguas.

Com a experiência de quem foi deputado federal por duas legislaturas, Carlos Maximiliano lembra que os motivos que induziram alguém a propor a

lei podem não ser os mesmos que levaram outros a aprová-la; assinala que bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate, daí porque não podem querer o que não conhecem, limitando-se a acompanhar os líderes de bancada ou partido. Assim, conclui ser extremamente difícil determinar a denominada vontade do legislador, afirmando, com gracejo, que talvez fosse menos difícil aprender tal intenção volitiva quando o regime era monárquico (2011, pp. 18-20).

Desse modo, o jurista assevera que “reduzir a interpretação à procura do intento do legislador é, na verdade, confundir o *todo* com a *parte*” (Maximiliano, 2011, p. 24). Acredita que tal descoberta, ainda que nem sempre realizável, seria útil apenas como *elemento* de Hermenêutica, a ser considerado ao lado de outros mais relevantes (histórico, sistemático e o teleológico). Propõe, portanto, uma interpretação de perfil *objetivo*, na medida em que, “com a promulgação, a lei adquire vida própria” e se separa do legislador, devendo o exegeta tê-la como vontade da lei (*voluntas legis* ou *ratio legis*), vontade do Estado, olhando menos para o passado e mais para o momento em que vive (Maximiliano, 2011, p. 25).

Com maestria, no capítulo V, o escritor discorre sobre o brocardo *in claris cessat interpretatio* (lei clara não carece de interpretação). Assinala que

[...] o conceito de clareza é relativo: o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação.

Argumenta no sentido de que para se constatar a clareza de um preceito é preciso conhecer o seu sentido, isto é, interpretar. “A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a”, pressupõe o seu emprego (Maximiliano, 2011, p. 30). Assim, não obstante a interpretação se torne imperiosa diante de leis imperfeitas ou de preceitos falhos, ela também é necessária quando a lei não é defeituosa, pois nesses casos pode haver controvérsia justamente sobre se o texto é ou não claro, sobre o real sentido e alcance de um preceito em confronto com outro.

Na concepção do autor, portanto, o labor interpretativo sempre estará presente no mister de aplicar o Direito, embora seja menor quando as disposições normativas são mais claras e precisas. Sem embargo, amparado no pensamento de Savigny, defende que, mesmo quando bem feita a norma

⁷ A Escola da Exegese se impôs especialmente após as codificações, pregando a notação de fetichismo da lei. Todo o Direito estaria no código, havendo espaço para uma atividade intelectual de interpretação pelo juiz, que estava adstrito à vontade do legislador. Somente a interpretação autêntica da lei era admitida. A essa corrente de pensamento se contraporá a Escola do Direito Livre ou da Livre Indagação.

positiva, deve o intérprete desempenhar “o seu grande papel de renovador consciente, de adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente”, atento aos valores jurídico-sociais da sociedade em que se insere (Maximiliano, 2011, p. 32).

No capítulo VI, é traçado um paralelo entre *Interpretação* e *Construção*⁸. O autor entende que tais expressões não devem ser empregadas como sinônimos, pois aquela se atém mais ao texto da lei enquanto esta, ligada ao Direito norte-americano, vai além, ou seja, deduz a norma a partir do sistema, descobre-a, revela-a desde o todo orgânico. Maximiliano aclara a sutil diferença: “a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói” (2011, p. 33).

O autor também faz uma consideração comparativa entre *Interpretação* e *Crítica*, esclarecendo que esta precede aquela. Refere que a crítica, não na acepção literária, exerce o papel de averiguar a autenticidade e a constitucionalidade da norma positivada, buscando descobrir erros de redação, falhas de impressão e eventual revogação posterior. Maximiliano, que conheceu os meandros do Parlamento brasileiro⁹, diz que “merece exame o contraste entre a lei votada pelo Congresso e a que apareceu depois da sanção”, aconselhando que, se for detectada diferença entre a forma definitiva e a que preponderou nos debates, deve se recorrer aos registros dos trabalhos parlamentares para que prevaleça a verdadeira redação que triunfou (Maximiliano, 2011, p. 34).

Incurtionando no estudo dos *Sistemas*¹⁰ de *Hermenêutica e de Aplicação do Direito*, o autor, no

capítulo VII, aborda a *escolástica*, um modelo primitivo de exegese que se obstinava em jungir o Direito aos textos rígidos, a serem aplicados sempre segundo a vontade do legislador. Narra que esse sistema, adotado no Direito Romano, representava forte apego à forma e à letra da lei, reduzindo o aplicador do Direito a uma espécie de autômato que, imobilizado, ficava indiferente à realidade e aos progressos sociais. Maximiliano faz ainda referência à Pandectologia, que se dedicava à pesquisa das compilações de Justiniano, negando liberdade ao intérprete graças a um forte apego ao Digesto, como se não houvesse Direito acima ou além dele (Maximiliano, 2011, p. 36).

No desenvolvimento do assunto, o escritor expõe que o florescimento dos códigos colaborou para superar a velha escolástica. Todavia, conquanto a promulgação do Código de Napoleão no início do século XIX tenha contribuído na evolução do processo hermenêutico, o método de exegese adotado tinha uma índole meramente codicista, pois girava em torno de analisar a matéria artigo por artigo, buscando-se sempre a vontade do legislador (Maximiliano, 2011, p. 37).

A Revolução Industrial e as transformações na organização da sociedade provocaram o declínio do aludido sistema hermenêutico tradicional, surgindo um sistema que Maximiliano denominou de *histórico-evolutivo ou evolutivo*.¹¹ Em sua análise do novo modelo, aduz que se deve observar

[...] não só o que o legislador *quis*, mas também o que ele *quereria*, se estivesse no meio atual, enfrentasse determinado caso concreto hodierno, ou se compenetrasse das necessidades contemporâneas [...] (Maximiliano, 2011, pp. 38-39).

Defende que em diversas situações, ante a impossibilidade de se alterar os textos positivos, deve

no tempo. Tais correntes se subdividiram e não raro são chamadas por nomes diferentes.

⁸ Luís Roberto Barroso também enfoca a distinção entre interpretação e construção (*construction*). Ensina que “a interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas” (BARROSO, 2015, p. 305). Essa diferença ajuda a firmar a compreensão de que a hermenêutica também abrange o fenômeno da construção do Direito pelo juiz, ou seja, da criação judicial do Direito.

⁹ Nos períodos em que foi deputado federal, atuou em várias comissões legislativas, tendo presidido a Comissão de Constituição e Justiça, destacando-se por seus excelentes pareceres.

¹⁰ Embora empregue a expressão “sistemas”, o autor refere-se às escolas ou correntes de hermenêutica jurídica. O estudo do assunto não é tão simples, pois uma escola não sucedeu a outra de modo preciso no curso da história, tendo muitas vezes coexistido

¹¹ Trata-se da chamada Escola da Evolução Histórica ou Escola Histórico-Evolutiva do Direito, que surgiu na França, na voz de Raymond Saleilles. Para tal corrente hermenêutica, as normas jurídicas sujeitam-se à lei geral da evolução, de modo que o intérprete deveria, no momento da aplicação da norma, recriá-la no sentido de não apenas declarar a vontade do legislador, mas aquilo que ele pretenderia caso fosse formular o preceito no instante de sua aplicação.

o juiz, pela interpretação, adaptar a lei “às exigências sociais imprevisas, às variações sucessivas do meio.”¹²

Citando doutrina de Jean Cruet, enfatiza que:

O juiz, esse *ente inanimado*, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do Direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia-se dizer uma *lei natural da evolução jurídica*: nascido da jurisprudência, o Direito vive pela jurisprudência, e pela jurisprudência que vemos muitas vezes o Direito evoluir sob uma legislação imóvel. É fácil dar a demonstração experimental deste asserto, por exemplos tirados das épocas mais diversas e dos países mais variados (MAXIMILIANO, 2011, p. 39).

Nessa linha de raciocínio, pondera que o dever de decidir os litígios, sejam quais forem as deficiências da lei escrita, impele o juiz a desempenhar o papel de aperfeiçoador dos preceitos legais, adaptando-os às novas exigências sociais, sem que se cogite de violação do princípio da separação dos Poderes.

Entretanto, cabe destacar que, embora se filie a essa corrente exegética evolutiva, no sentido de se adaptar a norma imutável à vida real, numa perspectiva sociológico-teleológica, o renomado jurista contrapõe-se à ideia de se levar esse processo até as últimas consequências, na esteira de um pensamento mais radical da Escola do Direito Livre, sobre a qual se debruça mais adiante. No seu ponto de vista, é mais adequada uma postura moderada, que se detenha num meio-termo discreto, que tire do Direito, como conjunto, as deduções exigidas pelo meio social, mas sem afrontar arbitrariamente a letra da lei (Maximiliano, 2011, p. 41). O autor propugna a adaptação inteligente da norma às circunstâncias mutáveis da vida, preferindo-se o conjunto ao dispositivo isolado, o Direito à regra.

No capítulo VIII, intitulado *O Juiz e a Aplicação do Direito – Código Civil: Nova Lei de Introdução, Art. 4º*, há a apreciação da peremptória obrigação do magistrado de julgar apesar da lacuna normativa. O autor frisa a regra legal no sentido de que não é lícito ao juiz abster-se de julgar sob o pretexto de ser a lei omissa, ambígua ou obscura, sob pena de se caracterizar verdadeira

¹² Essa corrente de pensamento se aproxima, mas não se confunde com as ideias concebidas pela chamada Escola Sociológica do Direito, que propõe buscar nos fatos sociais o Direito aplicável ao caso concreto.

denegação de justiça. Realça que, no Brasil, assim como noutros países, decorre de lei o dever de julgar mesmo diante do vazio normativo, estabelecendo o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito pátrio¹³ que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”¹⁴ Maximiliano aduz que

[...] bem ameaçadas ficariam a tranquilidade pública e a ordem social, se ao juiz fosse lícito abster-se de julgar, ao invés de suprir as deficiências da lei com as próprias luzes e os ditames da razão e da equidade [...] (Maximiliano, 2011, p. 42).

Com acuidade plasmada em sua larga experiência profissional, o autor não deixa de enfrentar a temática das lacunas voluntárias da lei¹⁵. Diz que

[...] nem sempre é fácil estabelecer a diferença entre o silêncio propositado, que significa a recusa da ação, e a deficiência ocasional, que se deve suprir pelos meios regulares – analogia, Direito subsidiário, equidade. Em tal conjuntura surge a oportunidade para se revelar toda a argúcia e demais recursos intelectuais do hermeneuta [...] (Maximiliano, 2011, p. 43).

Como visto, o autor defende um processo hermenêutico de viés sociológico (atento às necessidades e exigências da sociedade de seu tempo) e teleológico (voltado a atingir a *ratio legis*, ou seja,

¹³ A Lei 12.376/2010 alterou a ementa do Decreto-Lei 4.657/1942, de modo que a antiga Lei de Introdução ao Código Civil agora se chama Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

¹⁴ Além dessa prescrição legal, o art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro dispõe que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Nesses dois dispositivos se funda o princípio da proibição do *non liquet*, devendo o magistrado contornar a omissão do legislador. Se há lacuna na lei, não há lacuna no Direito. Mais adiante o autor cuidará especificamente das aludidas fontes do Direito.

¹⁵ Como se sabe, além das lacunas involuntárias, decorrentes de descuido do legislador, há as lacunas voluntárias. Muitas vezes, intencionalmente, o legislador fica aquém do fim para que foi promulgada a lei, ou seja, ele cria uma lacuna voluntária ou intencional. Assim, a interpretação teleológica é de extrema importância para que se possa detectar, ou não, a existência de tal lacuna. Quanto ao assunto, Norberto Bobbio destacou que, “segundo o significado de lacuna que ilustramos, as voluntárias não são verdadeiras lacunas. Aqui, de fato, a integração do vazio, deixado de propósito, é confiada ao poder criativo do órgão hierarquicamente inferior” ou ao juiz, a quem caberá a missão de definir a regra específica aplicável ao caso concreto (BOBBIO, 1994, pp. 144-145).

o fim colimado pelo dispositivo). Em vários trechos de sua obra, como no capítulo X, em que cuida das *Amplas Atribuições do Juiz Moderno*, combate o agir frio e insensível do exegeta que aplica mecanicamente os preceitos; para além disso, propõe que o intérprete seja o intermediário entre a letra morta e a vida real, aduzindo que não se pode aguardar a reforma ou complemento dos textos obscuros ou ultrapassados para só então se decidir os conflitos (Maximiliano, 2011, pp. 50-51). No entanto, Maximiliano rejeita, no geral, a ideia de criação do Direito pelo intérprete.¹⁶ Afirma que o magistrado não cria ou formula o Direito, mas o interpreta apenas, função esta que é exercida somente nas hipóteses de dúvidas decorrentes de lacunas ou antinomias num caso forense (2011, pp. 48-49).

Para o eminente juriconsulto,

[...] o intérprete não cria prescrições, nem posterga as existentes; deduz a nova regra, para um caso concreto, do conjunto das disposições vigentes, consentâneas com o progresso geral [...] (Maximiliano, 2011, p. 39).

Ainda que adote essa posição mais cautelosa sobre o tema da produção judicial do Direito, reconhece que, em determinados casos, quando se permite que o juiz recorra à equidade e aos princípios gerais do Direito, acaba por se equiparar ao legislador¹⁷. Entende que essa solução é mais adequada do que sobrestar

o julgamento do feito à espera do agir do Poder Legislativo.

Avançando nesse assunto, Maximiliano, no capítulo XI, tece breve consideração sobre a figura do *Juiz Inglês*, independente, experiente, bem remunerado e que, quando visualiza o conflito entre a letra da lei e equidade, decide contra aquela. Afirma que o magistrado inglês prefere o Direito à letra da lei, “a ideia à forma, a noção superior e abstrata à regra positiva imperfeita” (Maximiliano, 2011, p. 54).

Nessa linha de discurso, no capítulo seguinte (XII), denominado *Livre Indagação*, apresenta o pensamento da Escola da Livre Indagação ou do Direito Livre, que propunha uma

[...] aplicação do Direito mais arrojada do que a doutrina, vitoriosa, da *escola histórico-evolutiva*; porquanto não se contentava com interpretar amplamente os textos; ia muito além, *criava Direito novo*.

Narra que esse movimento inovador da Livre Indagação, do Direito Livre, do Direito Justo teve origem na França e na Alemanha, no final do século XIX, nas vozes de François Geny e também de Eugen Ehrlich, desenvolvendo-se no sentido de garantir ao juiz a função criadora sempre que não se depare com preceito legal específico à situação concreta (Maximiliano, 2011, p. 55). O autor, porém, resiste em reconhecer essa função criadora do Direito pelo juiz, afirmando que, em verdade, o magistrado deduz a regra em forma de sentença para o caso concreto. Pontua que o legislador produz a norma e o juiz a aplica. Assevera que a diferença entre eles é que o primeiro cria a regra geral dirigida para o futuro e o segundo concebe uma regra ao caso concreto, voltada ao passado (2011, p. 58).

Na visão de Maximiliano, seria perigoso autorizar expressamente o juiz a transpor as raia de sua competência de aplicador do Direito, fazendo-o também criador de normas. No seu entender, “no Brasil, sobretudo, em que o Judiciário é o juiz supremo de sua competência, se fora autorizado a legislar em parte, não tardaria a fazê-lo em larga escala”, criando-se uma verdadeira ditadura judiciária (Maximiliano, 2011, p. 59). Assim, insiste na noção de que o magistrado deve deduzir a norma do conjunto normativo de forma a colmatar as lacunas detectadas; deve adaptar um preceito à realidade da época em que vive, melhorando o texto legal. Acredita que essa ideia moderada é mais

¹⁶ Conquanto haja quem entenda que o juiz tem legitimidade democrática apenas para aplicar normas, e não para produzi-las, prevalece o entendimento de que a jurisprudência é uma fonte criadora de normas jurídicas, sendo possível a criação judicial do Direito. Essa perspectiva fica clara a partir das decisões judiciais com efeitos vinculantes proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, bem assim nos enunciados de súmulas com efeitos vinculantes e nas decisões em mandados de injunção, já que hoje se adota uma diretriz mais concretista para se viabilizar o exercício do Direito. Os precedentes judiciais vinculantes são uma forma de criação judicial do Direito, pois a decisão tem força normativa, ou seja, tem força de lei. Ao discorrer sobre os métodos de desenvolvimento judicial do Direito, Karl Larenz demonstrou como os precedentes constituem resoluções essenciais para a constituição do “direito judicial”. Afirmou que a jurisprudência dos tribunais superiores, após algum tempo, acaba equivalendo a “direito vigente” (LARENZ, 1997, pp. 610-611).

¹⁷ Apesar de Maximiliano afirmar que a integração de lacuna por meio de analogia não seja criação de Direito novo, mas descoberta ou reconhecimento de Direito existente (p. 65), a verdade é que há uma atividade criadora do juiz quando atua integrando lacunas. Nessa situação não se pode imputar à lei, mas ao julgador, a criação da norma usada para solucionar o caso. Karl Larenz asseverou que a integração de lacunas é um contributo de conhecimento criativo, “sendo justificado falar de um desenvolvimento judicial do Direito, no sentido de uma nova criação” (LARENZ, 1997, pp. 572-573).

adequada do que a noção de criação de *Direito novo* pelo julgador.

Na sequência, no capítulo XIII, no ensejo da discussão acima, é analisada a interpretação *contra legem*. Maximiliano assevera que Hermann Kantorowicz, adepto da Escola da Livre Indagação, veio a propor que o magistrado buscasse o ideal jurídico dentro ou fora da lei, advogando que o juiz não devia se preocupar com o texto legal, de forma que podia decidir *proeter* e também *contra legem*, à luz de sua consciência jurídica. O autor, no entanto, não compactua com essa doutrina extremada, entendendo que não se pode desprezar a lei em favor de um critério pessoal do julgador¹⁸. O jurista pátrio, amparando-se na obra de Fritz Berolzheimer, afirma que permitir o abandono da lei,

[...] sob o pretexto de atingir o ideal de justiça, importaria em criar mal maior, porque a vantagem precípua das codificações consiste na certeza, na relativa estabilidade do Direito [...] (Maximiliano, 2011, p. 66).

Conclui que, se um preceito legal é imperfeito ou injusto, deve o hermeneuta habilmente adaptá-lo ao caso, à luz do conjunto normativo vigente, procurando sempre resolver os conflitos *com* a lei, e não *contra legem*.

No capítulo XIV, o autor chama a atenção para o equívoco da denominada *Jurisprudência Sentimental*. Faz a importante observação de que “o papel da judicatura não é guiar-se pelo sentimentalismo; e, sim, manter o equilíbrio dos interesses, e dentre estes distinguir os legítimos dos ilegítimos” (Maximiliano, 2011, p. 69). Novamente se apoiando no magistério de Jean Cruet, Maximiliano aduz, com toda razão, que, “quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria” (2011, p. 68), pois a discricionariedade e o subjetivismo tornam imprevisível o resultado, que é ditado conforme o arbítrio e a conveniência do juiz.

Particularmente interessante é referência à atuação do *bom juiz* francês Magnaud (1889-1904), que, nas palavras de Maximiliano,

[...] imbuído de ideias humanitárias avançadas, [...] redigiu sentenças em estilo escorreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso para os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas a sua jurisdição [...] (Maximiliano, 2011, p. 68).

Com efeito, fica clara a relevância da exigência constitucional de fundamentação ou motivação das decisões judiciais, devendo o juiz decidir à luz da lei e da Constituição da República, a partir da contribuição das partes, afastando-se o excesso de subjetivismo e o risco do decisionismo.¹⁹

Nos capítulos subsequentes, o autor passa a tratar dos *Processos ou Métodos de Interpretação*. Antes, porém, de apontar, definir e comentar os principais métodos de interpretação, assinala que esta é uma só, mas é exercida por vários métodos²⁰, aproveitando-se de elementos diversos.

Quanto à fonte de que se origina, aponta a *Interpretação Autêntica e a Doutrinal*. A primeira “emana do próprio poder de que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara”; a segunda é feita pelos estudiosos, ou seja, pelos juristas em seus pareceres ou obras científicas. “Aquela domina pela autoridade, esta pelo convencimento” (Maximiliano, 2011, p. 71). Maximiliano registra que a interpretação autêntica teve grande prestígio nas épocas de regimes absolutistas, em que imperava a ideia de que “interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei” (2011, p. 73). O juiz não podia exercer atividade interpretativa, ficando

¹⁹ Lenio Luiz Streck, de modo pertinente, critica o demasiado discricionarismo ou subjetivismo que às vezes baliza o processo hermenêutico nas Cortes de Justiça do Brasil. Recorda que o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja, não se podendo atribuir sentidos de maneira arbitrária ao texto legal. Referido autor, no excelente *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, assevera: “O fato de não existir um método que garanta a correção do processo interpretativo [...] não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto [...] de acordo com sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico. A ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco a atribuição de sentidos arbitrária” (STRECK, Lenio Luiz., 2007, 115).

²⁰ Oportuno assinalar que, em relação às formas de classificação dos métodos de interpretação, não há consenso entre os estudiosos, existindo diversos critérios de classificação. O autor, ainda no início do século passado, tratou com profundidade dos principais métodos hermenêuticos.

¹⁸ Nesse aspecto, quanto ao eventual abandono dos preceitos legais, o autor faz a seguinte indagação: “Se o próprio juiz lhes não obedece, não os aplica aos casos ocorrentes, como os prestigiar e impor à massa ignara, descuidosa ou rebelde?” (MAXIMILIANO, 2011, p. 66).

reduzido ao papel de “boca da lei”. Relata que esse método interpretativo, filho do absolutismo, entrou em declínio, tornando-se exceção em todos os países cultos (p. 74).

Por ser feita pelo próprio legislador, por meio de outra lei, chamada “lei interpretativa”, a interpretação autêntica não seria um genuíno método de interpretação, mas uma nova norma jurídica que impõe o sentido e o alcance de outra. Nos dizeres do autor, “a exegese autêntica transforma o legislador em juiz; aquele toma conhecimento de casos concretos e procura resolvê-los por meio de uma disposição geral.” De outro lado, declara que, rigorosamente, é a interpretação doutrinal que merece esse nome, pois é, na essência, “um ato livre do intelecto humano”. Este tipo de interpretação é dividido pelo renomado juriconsulto em judiciária, feita nos tribunais, e doutrinal propriamente dita, realizada por estudiosos e pesquisadores do Direito (Maximiliano, 2011, pp. 75-76).

Quanto aos elementos ou processos de que se serve, a interpretação é classificada pelo autor como gramatical (literal ou filológica), lógica, sistemática, histórica, teleológica e sociológica.

No que tange à *Interpretação Gramatical (Literal ou Filológica)*, ensina que se preocupa com a letra do dispositivo, com a linguagem do texto, ou seja, com a acepção dos vocábulos empregados nos preceitos normativos. O autor destaca as dificuldades que cercam esse método por conta das variações de significado das palavras conforme a época e o lugar em que o texto foi redigido (Maximiliano, 2011, p. 88).

Sob outro enfoque, Maximiliano assenta que a letra clara da lei não deve ser abandonada, se não é contraditada por nenhum elemento externo, se não existirem elementos de convicção em sentido diverso. Preleciona que o hermeneuta só deve se afastar do texto legal “quando ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude”, acrescentando que o abandono injustificado da fórmula legal constituiu perigo para a segurança jurídica (Maximiliano, 2011, p. 91).

Recomenda, no entanto, cuidado com a interpretação exclusivamente literal,

[...] porque a linguagem, embora perfeita na aparência, pode ser inexacta; não raro, a aplicados a um texto, lúcido à primeira vista, outros elementos de interpretação, conduzem a resultado diverso do

obtido com o só emprego do processo filológico [...] (Maximiliano, 2011, p. 91).

Chama a atenção para o perigo do apelo cego à letra dos dispositivos, pois pode conduzir a um formalismo ou engessamento que impede o papel renovador ou criador da jurisprudência, destinado a aprimorar a lei, adaptando-a à realidade social, moral e econômica de seu tempo (2011, pp. 97-98).

No tocante à *Interpretação Lógica* ou *Processo Lógico* o autor afirma que consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance das expressões contidas no texto legal, buscando estabelecer uma conexão racional entre elas.²¹ O exegeta centra-se nas normas em si, ou em conjunto, buscando obter a interpretação correta por meio do raciocínio dedutivo (Maximiliano, 2011, p. 100). O conceito de interpretação lógica, como se verá adiante, aproxima-se do de interpretação sistemática, tanto que muito teóricos optam por aglutiná-los num único método que denominam lógico-sistemático.

Maximiliano sustenta que a interpretação lógica precisa se sobrepôr à gramatical, pois deve o pensamento valer mais que seu invólucro verbal, conforme lição que extraiu do jurista italiano Nicola Coviello. Consigna, contudo, que, sendo possível, os dois métodos devem se completar reciprocamente na tarefa de descobrir a verdade e mais se aproximar do ideal de justiça (Maximiliano, 2011, pp. 103-104).

Em relação à *Interpretação Sistemática*, Maximiliano, em linhas gerais, assevera que consiste “em comparar o dispositivo sujeito à exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”. Ensina que [...] do exame das regras em conjunto deduz-se o sentido de cada uma”, pois o “direito objetivo não é um conglomerado caótico de normas”, mas “um conjunto harmônico de normas coordenadas” (Maximiliano, 2011, pp. 104-105). Afirma que a interpretação sistemática considera o Direito Positivo um todo coerente, enquadrando o dispositivo ao sistema.

Já a *Interpretação Histórica*, referida no capítulo atinente ao *Elemento Histórico*, é conceituada como aquela realizada a partir do descobrimento da origem

²¹ Esse é o conceito apresentado para a interpretação lógica propriamente dita, já que o autor, a meu ver sem razão, enquadra a interpretação sociológica como uma subdivisão da interpretação lógica. Daquela, portanto, cuidará a seguir, quando da abordagem dos denominados *fatores sociais*.

e das transformações históricas de um instituto ou preceito, de modo a bem compreendê-lo. O autor afirma que muitos preceitos atuais são reprodução ou desdobramento de regras preexistentes, sendo indispensável conhecer sua história para captar seu espírito e definir seu alcance. Deixa claro, portanto, que averiguar a trajetória histórica de uma lei ou disposição normativa tem grande utilidade para se entender o papel que é chamada a cumprir na atualidade. Assim, acentua a relevância de se buscar esclarecimentos em projetos de lei e nas respectivas exposições de motivo (Maximiliano, 2011, pp. 112-115).

Quanto à *Interpretação Teleológica*, tratada como *Elemento Teleológico*, é definida como aquela que busca a genuína razão ou espírito de uma lei ou preceito. Por meio dela o hermeneuta terá em vista o fim colimado pela norma jurídica (Maximiliano, 2011, p. 124). Maximiliano afirma que a descoberta do fim de um dispositivo ajuda na definição das hipóteses que nele se enquadram. Com pertinência, ressalta que “a *ratio juris* é uma força viva e móvel que anima os dispositivos e os acompanha no seu desenvolvimento”, de forma que “o Direito progride sem que se alterem os textos”, sendo possível conferir “espírito novo à lei velha”, dando-lhe sentido compatível com os tempos atuais em que vive o intérprete (2011, pp. 126-127).

O autor reputa ser o elemento teleológico o melhor e mais seguro na maioria das hipóteses, mas pondera que não há método infalível nem absolutamente apto a substituir os demais, daí exsurgindo a necessidade de o intérprete sempre agir com discernimento, cautela e bom senso.

Maximiliano cuida da *Interpretação Sociológica* ao tecer considerações sobre os *Fatores Sociais* (Maximiliano, 2011, p. 129). Diz que esse método de interpretação se baseia na adaptação do sentido da lei às realidades e necessidades sociais²². Aliás, é fácil notar que esse método hermenêutico foi o que mais permeou o pensamento do jurista gaúcho, que sempre teve em mira as manifestações da vida social. Ao longo de seu trabalho, coloca em destaque a necessidade

de o intérprete manter-se atento à evolução social e às realidades de seu tempo, tendo enfatizado, no capítulo terceiro, o papel sociológico do exegeta e da interpretação.

No capítulo XXXVI, intitulado *Intepretação Extensiva e Estrita*, Maximiliano expõe que, em relação aos efeitos ou resultados, a interpretação foi classificada do seguinte modo: a) declarativa ou compreensiva: que se limita a declarar o pensamento expresso na lei; b) extensiva: que amplia o alcance da norma para além dos seus termos, partindo do pressuposto de que o legislador escreveu menos do que queria dizer (*minus scripsit quam voluit*); c) restritiva: que parte do pressuposto de que o legislador escreveu mais do que realmente pretendia (*plus scripsit quam voluit*), diminuindo o alcance da lei (Maximiliano, 2011, pp. 161-163).

Em tom crítico, o autor aduz que, em verdade, não se deve falar em interpretação declarativa, pois esta não passa de exegese verbal. Assevera que a exegese extensiva ou restrita baseia-se no seguinte princípio triunfante da supremacia do espírito sobre o invólucro verbal das normas, conforme prescrição contida no Digesto:

Nem tudo o que está escrito prevalece como Direito; nem o que não está escrito deixa de constituir matéria jurídica. Anterior e superior à palavra é a ideia de quem preceitua [...] (Maximiliano, 2011, p. 163).

Destaca que a atribuição de efeito amplo ou restrito a um preceito orienta-se pelo fator teleológico, pois a adoção de um ou de outro tipo de exegese se inspira na *ratio legis*, atentando-se para o bem que o texto deve proporcionar e para os males que deve evitar (2011, p. 165).

No capítulo XXIII, sob o título *Disposições Contraditórias*, o autor cuida especificamente das antinomias²³ ou incompatibilidades detectadas nos repositórios jurídicos, apontando diretrizes sobre como superá-las. Diz ser presumido que o legislador produza normas a partir de um método, com cautela, de forma a garantir unidade de pensamento e coerência do ordenamento jurídico. As disposições

²² O legislador pátrio adotou expressamente essa perspectiva da interpretação sociológica em duas oportunidades: na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei 4.657/1942 (“Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”) e na Lei 9.099/1995 (“Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”).

²³ Calha recordar que antinomia é definida por Norberto Bobbio como “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” (BOBBIO, 1994, p. 88).

sobre determinado objeto devem ser compatíveis, harmônicas, como desejável num sistema jurídico. Assim, embora duas expressões à primeira vista se contradigam, deve-se analisar com muita atenção, pois “[...] é quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas” (Maximiliano, 2011, p. 110).

Maximiliano aconselha que,

[...] sempre que descobre uma contradição, deve o hermenêuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório.

Sugere que o exegeta busque sempre tentar harmonizar os textos, garantindo a coerência do ordenamento jurídico (Maximiliano, 2011, p. 111).

O jurisconsulto indica alguns preceitos diretivos formulados pela doutrina para auxiliar na tarefa de transpor aparentes antinomias:

a) Tome como ponto de partida o fato de não ser lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi feita. Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata.

b) Verifique se os dois trechos se não referem a hipóteses diferentes, espécies diversas. Cessa, nesse caso, o conflito; porque tem cada um a sua esfera de ação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente.

c) Apure o intérprete se é possível considerar um texto como afirmador de princípio, regra geral; o outro, como dispositivo de exceção; o que estritamente não cabe neste, deixa-se para a esfera do domínio daquele.

d) Procure-se encarar as duas expressões de Direito como parte de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente; de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra.

e) Se uma disposição é secundária ou acessória e incompatível com a principal, prevalece a última.

f) Prefere-se o trecho mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais de coexistência humana. Sem embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exequível, útil, ligado por uma correlação natural.

g) Prevalece, nos casos de antinomia evidente, a Constituição Federal sobre a Estadual, e esta contra o Estatuto orgânico do município; a lei básica sobre a ânua e a ordinária, ambas, por sua vez, superiores a regulamentos, instruções e avisos; o Direito escrito sobre o consuetudinário.

h) Se nenhum dos sete princípios expostos resolver a incompatibilidade, e são os dois textos da mesma data e procedência, da antinomia resulta a eliminação recíproca de ambos: nenhum deles se aplica ao objeto a que se referem. Se têm um e outro igual autoridade, porém não surgiram ao mesmo tempo, cumpre verificar, de acordo com as regras expostas, se não se trata de um caso de ab-rogação tácita de expressões de Direito (MAXIMILIANO, 2011, p. 111).

Seguindo no propósito de descortinar e bem delinear as bases da hermenêutica jurídica, Maximiliano não deixa de se debruçar especificamente sobre as seguintes fontes do Direito²⁴: equidade, jurisprudência, costume, ciência jurídica (doutrina), analogia e princípios gerais do Direito. Enfoca, a partir do capítulo XXXII, o papel e a importância de cada uma dentro da ciência hermenêutica, sobretudo no que toca a garantir a completude do ordenamento jurídico mediante a integração de lacunas.²⁵

Relativamente à *Equidade*, destaca sua relevância para a integração do sistema, afirmando, a partir dos dizeres de Géza Kiss, que nela

[...] tem algo de superior a toda fórmula escrita ou tradicional, sendo um conjunto de princípios imanentes, constituindo de algum modo a substância jurídica da humanidade, segundo sua natureza e seu fim, princípios imutáveis no fundo, porém cuja forma se adapta à variedade dos tempos e países [...] (Maximiliano, 2011, p. 141).

²⁴ O autor não faz a classificação das fontes do Direito, mas é certo que os teóricos as classificam de muitas formas: materiais ou formais, diretas ou indiretas, voluntárias ou involuntárias etc.

²⁵ A integração ou colmatação de lacunas é tema central do processo interpretativo e gerou constante debate entre as escolas de hermenêutica jurídica. É importante, assim, recordar que, conforme ensinamento de Bobbio, lacuna consiste na falta de uma norma reguladora, num espaço jurídico vazio, representando a incompletude do ordenamento jurídico. Além das lacunas reais ou próprias, tratou também das lacunas ideológicas ou impróprias, que são aquelas que “derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser”. O mestre italiano também entendeu por lacuna a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas falta de uma *norma justa*” (BOBBIO, 1994, p. 140).

Maximiliano ensina que a equidade desempenha²⁶ “o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais” (Maximiliano, 2011, p. 140). Assinala que deve ser invocada para se integrar uma lacuna tendo em conta a noção do justo, do equânime. Na sua ótica, também serve de ferramenta para que o aplicador da norma positiva tempere seu rigor excessivo e afaste situação de evidente injustiça²⁷. Traz consideração no sentido de que a equidade não deve ser aplicada para contrariar frontalmente uma prescrição positiva clara, mas para abrandar o rigor de um preceito ou para adaptá-lo “de modo ao progresso e a solidariedade humana”, tendo em mira um ideal superior de justiça (Maximiliano, 2011, p. 142).

A *Jurisprudência* é o conjunto de decisões constantes e uniformes dos tribunais sobre determinada questão de Direito. Ao longo da história, foi pouco a pouco adquirindo autoridade como fonte do Direito, de modo que, nas palavras do autor, “[...] assumiu o seu grande papel, que até hoje desempenha, de esclarecedora dos códigos, reveladora da verdade ínsita em normas concisas” (Maximiliano, 2011, p. 145). Para Maximiliano, atualmente a jurisprudência consiste em

relevante elemento de formação e aperfeiçoamento do Direito.

Consoante ensinamento do autor, a jurisprudência preenche lacunas com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito, traduzindo “o modo de entender e aplicar os textos normativos em determinada época e lugar.” Apoiado no magistério de Marcel Nast, professor da Universidade de Estrasburgo, Maximiliano esclarece que

[...] a jurisprudência tem, na atualidade, três funções, que se desenvolveram lentamente: uma função um tanto automática de aplicar a lei; uma função de adaptação, consistente em pôr a lei em harmonia com as ideias contemporâneas e as necessidades modernas; e uma função criadora²⁸, destinada a preencher as lacunas da lei [...] (Maximiliano, 2011, p. 146).

Consta também a observação de que a jurisprudência muitas vezes oscila, ou seja, passa por longas flutuações até atingir afinal a verdade. Essa fonte do Direito acaba, porém, por alcançar soluções adequadas para os conflitos trazidos ao Poder Judiciário. Nas expressões do autor, quando se consolida,

[...] evita que uma questão doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias [...] (Maximiliano, 2011, p. 147).

Considerando a relevância dessa fonte do Direito, Maximiliano propõe algumas diretrizes para seu uso eficiente e acertado, valendo salientar as seguintes: a) atentar para o fato de que a jurisprudência auxilia o trabalho do intérprete, mas não o substitui²⁹, devendo-se sempre se atentar para as particularidades do caso *sub judice*; b) para a correta aplicação da jurisprudência é preciso bem conhecer os fundamentos dos acórdãos,

²⁶ Deve-se consignar, porém, que o legislador brasileiro não elencou a equidade entre as fontes do Direito para fins de integração de lacunas decorrentes de omissões legislativas. O art. 4º da LINDB faz referência apenas ao uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito. O art. 127 do CPC ainda dispõe que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” Há previsão nesse sentido, por exemplo, no art. 108 do Código Tributário Nacional, no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho e no parágrafo único do art. 944 do Código Civil. Todavia, o art. 5º da própria LINDB traz prescrição que prestigia a interpretação teleológica e a sociológica (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”) e, de certo modo, impele o juiz buscar na equidade parâmetros para uma decisão justa e adequada. Ademais, nesse sentido, o art. 6º da Lei 9.099/1995 estabelece: “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.” Também o art. 1.109 do CPC, que versa sobre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, preconiza: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.” Portanto, pululam nos tribunais pátrios decisões que se orientam pela equidade ao fito de realizar justiça no caso concreto.

²⁷ Sobre o assunto já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedação para que busque a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução” (RSTJ 83/168).

²⁸ Não obstante antes tenha refutado o papel criador da jurisprudência, aqui o autor passa a admiti-lo. É inegável que há uma atividade criadora do juiz quando atua integrando lacunas, não se pode imputar à lei, mas ao magistrado, a criação da norma usada para solucionar certo conflito de interesses. Esse direito de criação judicial é reconhecido, dentre outros, por J.J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, pp. 704-705).

²⁹ A particularidade dos casos trazidos a julgamento nem sempre permite ao juiz fazer uso do travesseiro macio da jurisprudência, devendo ele se debruçar sobre a questão para construir a solução jurídica justa e adequada.

pois “um aresto não fundamentado é simples afirmação”; c) o precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme* e *constante*; d) o acórdão unânime goza de maior prestígio, mas sempre é preciso atenção para os fundamentos do voto vencido ou da sentença reformada, pois amanhã pode tal tímida e isolada compreensão se tornar triunfante e generalizada; e) os jurisdicionados contam com a estabilidade da jurisprudência, daí porque, “sem estudo sério, motivos ponderosos e bem examinados, não deve um tribunal mudar a orientação dos seus julgados”; f) sem fundamentos sólidos,

[...] não deve o juiz com facilidade se afastar da autoridade da jurisprudência dos tribunais, devendo sempre lembrar que o prestígio dos julgados cresce com a altura do tribunal [...] (Maximiliano, 2011, pp. 1.150-151).

Por sua vez, o *Costume* é definido como “uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei” (Maximiliano, 2011, p. 152). Trata-se, na dicção do autor, de uma viva, rica e importante fonte do Direito, a qual é prestigiada várias vezes pelo legislador brasileiro quando faz menção expressa aos usos e costumes locais. Segundo Maximiliano,

[...] exerce o costume duas funções: a de Direito Subsidiário, para completar o Direito Escrito e lhe preencher as *lacunas*; e a de elemento de Hermenêutica, auxiliar da exegese [...].

Esclarece que no primeiro caso tem ele força de lei, mas como elemento de Hermenêutica não é aproveitado por obrigação, mas apenas quando se revelar útil ou necessário no processo interpretativo (Maximiliano, 2011, p. 155).

De acordo com o jurisconsulto,

[...] há três espécies de costumes: o *secundum legem*, previsto no texto escrito, que a ele se refere, ou manda observá-lo em certos casos, como Direito Subsidiário; o *propter legem*, que substitui a lei nos casos por ela deixados em silêncio [...]; o *contra legem*, que se forma em sentido contrário ao das disposições escritas.

Salienta-se que o mais controverso é este último, pois implicitamente revogaria os textos positivos (Maximiliano, 2011, p. 156). Entretanto, destaca-se, no particular, que deve ser posto à margem, pois uma lei só é revogada por outra, não pelo costume, conforme prescreve o art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (“Não se destinando a

vigência temporária, a lei terá vigor até que outra modifique ou revogue”).

O autor reconhece, por outro prisma, que há textos legais que caem em desuso, tornando-se letra morta por se revelarem incompatíveis com o estado social e com as ideias dominantes numa época. Nesse caso, uma exegese atenta e orientada cientificamente pode concluir pela inaplicabilidade do preceito legal, mas deve haver cautela, pois seria perigoso generalizar essa solução.³⁰

No que toca à *Ciência do Direito*, aqui entendida como *Doutrina*, é vista como um relevante fator de exegese, pois auxilia a eliminar contradições aparentes e ajuda na construção de soluções adequadas para se atingir o ideal de justiça. Maximiliano põe em evidência o fato de que a “ciência antecede a jurisprudência”, inspirando soluções para os casos duvidosos. Na sua opinião, para ser um bom hermenêuta, o operador do Direito precisa conhecer bem todo o sistema jurídico em vigor; deve recorrer à doutrina consagrada e ter vistas largas a partir do conhecimento de outras disciplinas³¹, pois não há ciência isolada e integral (Maximiliano, 2011, pp. 159-160).

Voltando-se à *Analogia*, recorda que “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”³². Parte-se da premissa de que os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. De acordo com o autor, a analogia

[...] funda-se, não como se pensou outrora, na vontade presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o que exige que as espécies semelhantes sejam reguladas

³⁰ Tal preocupação tem inegável sentido, pois o uso contrário da lei ou seu desuso acaba por minar a força do texto explícito emanado da autoridade competente, podendo instalar a desordem.

³¹ Nesse particular, o autor faz interessante observação: “Os homens de ilustração variada e sólida, sobretudo nos tribunais superiores, dão melhores juízes, de vistas mais largas, do que meros estudiosos do Direito Positivo, que infelizmente constituem a maioria. Não é possível isolar as ciências jurídicas do complexo de conhecimentos que formam a cultura humana: quem só o Direito estuda, não sabe Direito” (MAXIMILIANO, 2011, p. 160).

³² Apoiado em consideração de Ferrara, justifica a razão de existir da analogia reside na impossibilidade de o Direito Positivo prever todas as hipóteses, devendo as disposições existentes serem aplicadas aos casos semelhantes: “A impossibilidade de enquadrar em um complexo de preceitos rígidos todas as mutações da vida prática decorre também do fato de poderem sobrevir, em qualquer tempo, invenções e institutos não sonhados sequer pelo legislador” (MAXIMILIANO, 2011, p. 170).

por normas semelhantes [...] (Maximiliano, 2011, p. 171).

No desenrolar dessa atenta reflexão sobre a analogia, assinala que se distingue em analogia *legis* e analogia *juris*. Naquela, à falta de uma disposição legal, recorre-se à regra que regula um caso semelhante; nesta, em vez de recorrer apenas a um preceito existente, lança mão de um conjunto de princípios jurídicos de um instituto em busca de solução para determinado caso (Maximiliano, 2011, p. 171).

O festejado jurista e político brasileiro assevera que “o manejo acertado da analogia exige, da parte de quem a emprega, inteligência, discernimento e rigor de lógica”, não comportando uma “ação passiva e mecânica”. Destarte, elenca, dentre outras, as seguintes lições: a) deve haver semelhança entre as hipóteses para se empregar a analogia; tais afinidades não devem ser aparentes, semelhança formal, mas real, de modo que se orientem pelo mesmo princípio básico, sendo “uma só a ideia geradora tanto da regra existente como da que se busca”; b) “o recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de Direito *comum*; não do *excepcional*, nem do *penal*”, não devendo se confundir Direito *excepcional* com o *especial* ou *particular*; c) “em matéria de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia”; d) “quando o texto contém uma enumeração de casos, cumpre distinguir: se ela é taxativa, não há lugar para o processo analógico; se exemplificativa apenas, dá-se o contrário, não se presume restringida a faculdade do aplicador do Direito”; e) “as leis de finanças, as disposições instituidoras de impostos, taxas, multas e outros ônus fiscais, só abrangem os casos que especificam”, ou seja, não comportam o emprego da analogia (Maximiliano, 2011, pp. 173-174).

Confirmando sua posição mais reservada quanto à criação judicial do Direito, Maximiliano ressalta que o processo analógico não cria Direito *novo*, mas apenas descobre o já existente. “O magistrado que recorre à analogia não age livremente, mas desenvolve ou adapta preceitos latentes, que já se achavam no sistema jurídico em vigor” (Maximiliano, 2011, p. 174).

Em arremate, o autor chama a atenção para o fato de que não é lícito equiparar a analogia à interpretação extensiva, embora elas apresentem um ponto em comum, qual seja, servem para resolver casos não expressos na lei. Com talento, Maximiliano aduz que

a analogia ocupa-se de uma lacuna, preenchendo-a a partir de preceito que regula hipótese semelhante; já a interpretação extensiva versa sobre uma norma existente cujo sentido é estendido ou dilatado para alcançar hipótese não contemplada no texto. Aquela pressupõe a falta de dispositivo legal, daí porque aplica o que regula caso semelhante; esta pressupõe a existência de preceito e estende seu alcance para abranger hipótese que está implícita (Maximiliano, 2011, p. 175).

Relativamente aos *Princípios Gerais do Direito*, extrai-se da explanação do autor que são postulados ou diretrizes mestras que se encontram implícita ou explicitamente no sistema jurídico, e que orientam produção e a interpretação das normas. Esclarece que, quando a analogia e o costume não forem suficientes para a integração de uma lacuna, quando a jurisprudência não auxiliar no preenchimento de um vazio normativo, terá pleno cabimento, em último grau, o recurso aos princípios gerais do Direito, que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico (Maximiliano, 2011, p. 246).

3 Considerações finais

Encerrando esta resenha, convém retornar ao capítulo XVIII, que traz considerações sobre as *Qualidades do Hermeneuta e sobre as causas de Interpretação Viciosa ou Incorreta*. O autor afirma que, para ser um exegeta completo, é mister que se tenha profundo conhecimento de todo o organismo do Direito, que se conheçam os institutos jurídicos e bem se compreendam os fatos, de modo que possa interpretar e aplicar a lei de modo escoreito, com justiça. Com sutileza, alerta para a circunstância de que as diversas tendências ou inclinações³³, as paixões e os preconceitos muitas vezes impedem o operador do Direito de raciocinar com a necessária acuidade e acerto. Afirma que a exegese viciosa e incorreta às

³³ Nesse aspecto, pontua, a partir da doutrina de Berriat Saint-Prix, que “a posição do intérprete contribuiu para a defesa de proposições inexatas. O advogado propugna a tese que melhor aproveita ao constituinte; o político, a que convém ao seu partido; o juiz sente-se preso pela ideia sustentada em processo anterior; o prático apegar-se aos precedentes; o divulgador alvissareiro de uma doutrina nova, dificilmente a repudia depois, não condescende em despojar-se da glória da descoberta ou da primazia; o escritor, criticado vigorosamente, não mais abandona os seus paradoxos vistosos, nem os cintilantes sofismas enganadores” (MAXIMILIANO, 2011, p. 85).

vezes decorre do fato de o julgador impressionar-se com a galeria da corte, o que hoje remete àqueles casos em que a decisão judicial é influenciada pela imprensa, pela opinião pública (Maximiliano, 2011, pp. 82-85).

Em todo o restante do livro, Carlos Maximiliano aborda outros diversos temas específicos sobre a ciência hermenêutica, expondo sobre o desempenho apurado do papel interpretativo pelos operadores do Direito, sempre mantendo a alta densidade teórica com uma saudável conexão com a realidade. Sobressai, ao cabo, o valioso ensinamento de que “a interpretação das leis é obra de raciocínio e de lógica, mas também de discernimento e bom senso, de sabedoria e experiência” (Maximiliano, 2011, p. 82).

O talento e o sólido embasamento doutrinário do autor permitiram que os assuntos fossem enfocados sob ângulos diferentes, sempre com a apresentação de contrapontos enriquecedores, o que tornou lapidar e extenso o estudo. Pela natureza e limites deste trabalho, não é possível tratar de todo o conteúdo da obra resenhada, mas fica a certeza de que nela o leitor encontrará vastos e profundos ensinamentos sobre um dos objetos mais relevantes da ciência jurídica contemporânea.

Enfim, estes breves apontamentos sobre a principal obra de Maximiliano mostram sua extrema utilidade aos cultores do Direito, ficando claro porque está inscrita no rol daquelas que contribuíram e contribuem para a construção e o aperfeiçoamento do pensamento jurídico nacional. Embora elaborado ainda no início do século passado, o livro impressiona pela larga amplitude do estudo e pela profundidade das reflexões encetadas, de modo que é natural manter singular atualidade, sendo até hoje adotado em todas as faculdades de Direito do País.

É certo que a destacada atuação profissional em diversos segmentos da vida pública fez com que Maximiliano se projetasse no cenário jurídico brasileiro, mas foi sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* que marcou seu nome na história do pensamento jurídico pátrio, merecendo o reconhecimento e homenagens pela relevante contribuição que deu na sistematização, no desenvolvimento e na difusão da ciência hermenêutica no Brasil. No ensejo, ficam aqui registrados os agradecimentos e a admiração do autor desta resenha.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Editora UnB, 1994.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- HIRATA, Alessandro. Carlos Maximiliano e a hermenêutica do direito brasileiro. Coluna Notáveis do Direito. *Revista Carta eletrônica Carta Forense*. Publicação de 02/04/2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/carlos-maximiliano-e-a-hermeneutica-do-direito-brasileiro/10798>>. Acesso em: 30 jul. 2015.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 13.340, de 28/09/2016.

Autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural; altera a Lei 10.177, de 12 de janeiro de 2001, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 29/09/2016.

Lei 13.342, de 03/10/2016 (mensagem de veto).

Altera a Lei 11.350, de 5 de outubro de 2006, para dispor sobre a formação profissional e sobre benefícios trabalhistas e previdenciários dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, e a Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, para dispor sobre a prioridade de atendimento desses agentes no Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV).

Publicada no *DOU* de 04/10/2016.

Lei 13.344, de 06/10/2016.

Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e revoga dispositivos do Código Penal.

Publicada no *DOU* de 07/10/2016.

Lei 13.345, de 10/10/2016 (mensagem de veto).

Altera a Lei 10.683, de 28 de maio de 2003, cria as Secretarias Especiais dos Direitos da Pessoa com Deficiência e de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 11/10/2016.

Lei 13.348, de 10/10/2016 (mensagem de veto).

Altera as Leis 12.722, de 3 de outubro de 2012 (ampliação da oferta de educação infantil, para incluir as crianças beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada – BPC e as crianças com deficiência) e 11.494, de 20 de junho de 2007, que “Regulamenta o Fundeb, e dá outras providências”.

Publicada no *DOU* de 11/10/2016.

Medida Provisória 746, de 22/09/2016.

Institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral; altera a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 23/09/2016.

Medida Provisória 747, de 30/09/2016.

Altera a Lei 5.785, de 23 de junho de 1972, para dispor sobre o processo de renovação do prazo das concessões e permissões dos serviços de radiodifusão.

Publicada no *DOU* de 03/10/2016.

Medida Provisória 749, de 13/10/2016.

Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro, pela União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, relativo ao exercício de 2016, com o objetivo de fomentar as exportações do País.

Publicada no *DOU* de 13/10/2016.

Decreto 8.853, de 22/09/2016.

Altera o Decreto 7.574, de 29 de setembro de 2011, que regulamenta o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Publicado no *DOU* de 23/09/2016.

Decreto 8.858, de 26/09/2016.

Regulamenta o disposto no art. 199 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

Publicado no *DOU* de 27/09/2016.

Decreto 8.870, de 05/10/2016.

Dispõe sobre a aplicação de procedimentos simplificados nas operações de exportação realizadas por microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Publicado no *DOU* de 06/10/2016.

Decreto 8.872, de 10/10/2016.

Dispõe sobre a vinculação das entidades da Administração Pública Federal indireta.

Publicado no *DOU* de 11/10/2016.

Decreto 8.874, de 11/10/2016.

Regulamenta as condições para aprovação dos projetos de investimento considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, para efeito do disposto no art. 2º da Lei 12.431, de 24 de junho de 2011, e revoga o Decreto 7.603, de 9 de novembro de 2011.

Publicado no *DOU* de 13/10/2016.

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Primeira Seção

Processual Civil. Administrativo. Conflito negativo de competência. Juizado especial federal x vara federal. Lide objetivando anulação de ato administrativo sem cunho previdenciário nem ar de lançamento fiscal. Irrelevância do valor da causa. Competência da vara federal comum. Art. 3º, caput e § 1º, III, da Lei 10.259/2001.

I. Dispensável o parecer da PRR/MPF (§ 1º do art. 238 do RI TRF1) se a questão se enquadra no rol do art. 5º da Recomendação CNPM 16/2010 e não há, ademais, vislumbre da presença das situações descritas no art. 82, I a III, do CPC/1973.

II. Consoante o art. 3º, *caput* e § 1º, III, da Lei 10.259/2001, tem-se não competir ao juizado especial federal, mas, sim, à vara federal comum, o processamento e o julgamento da demanda que, apesar de apresentar valor da causa compatível com o limite máximo próprio ao rito (art. 3º: 60 salários-mínimos), tem por objetivo, porém, a anulação de ato administrativo que não ostenta viés “previdenciário” nem atina com “lançamento fiscal”, relacionando-se, em realidade, com a pretensão de incluir companheiro homoafetivo na condição de dependente do autor (militar) junto ao FUSEx (Fundo de Saúde do Exército), plano de saúde contributivo que assegura assistência médico-hospitalar (Decreto Federal 92.512/1986), tema de todo estranho ao âmbito dos juizados especiais federais.

III. Precedentes: 1ª Seção do STJ, CC 99.196/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves e 1ª Seção do TRF1, CC 0074949-15.2009.4.01.0000/RO, *DJe* 04/03/2011.

IV. Conflito conhecido: competente o Juízo da 6ª Vara/DF.

(Conflito de Competência 0056453-25.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-*DJF1* de 11/10/2016, p. 67)

Terceira Seção

Apelação. DNIT. Indenização por danos morais. Ilegitimidade passiva. Sucessão do DNER. Ação ajuizada durante o período de inventariança. Legitimidade passiva da União. Jurisprudência. Sentença reformada.

I. Esta Corte possui orientação jurisprudencial firme no sentido de que a legitimidade da União para figurar no polo passivo de demandas em que se objetiva a reparação por danos morais e materiais decorrentes de acidente automobilístico em rodovias federais apenas se faz presente nas hipóteses de feitos em curso quando da extinção do DNER ou que venham a ser ajuizados durante o respectivo período de inventariança (13/02/2002 a 08/08/2003). Após referidos marcos temporais, a parte legítima para compor o polo passivo da relação processual é o DNIT, que, a partir de sua criação (Lei 10.233/2001), passou a ser o responsável pela manutenção das rodovias federais.

II. Tendo a presente ação sido ajuizada em 19/03/2002, é de se reconhecer a ilegitimidade passiva do DNIT a figurar no feito, devendo ele ser, por consequência, extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015, em relação à mencionada entidade autárquica.

III. Deve a União ser reincluída no polo passivo do feito, por se tratar da verdadeira legitimada a constar da demanda, com a consequente anulação dos atos processuais praticados pelo magistrado *a quo* desde a sua exclusão do feito.

IV. Recurso de apelação e remessa necessária tida por interposta aos quais se dá provimento, para declarar a ilegitimidade passiva do DNIT, com a consequente extinção do feito em relação a ele e para determinar a inclusão da

União no polo passivo da lide, com a anulação da sentença recorrida e dos demais atos processuais praticados desde o momento de sua indevida exclusão da demanda.

(Numeração única: 0001143-28.2002.4.01.3803, Apelação Cível 2002.38.03.001095-2/MG, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), unânime, e-DJF1 de 12/09/2016, p. 1.876)

Terceira Turma

Penal. Processual Penal. Operação de instituição financeira dedicada à contratação de operações de seguro sem autorização. Art. 16 da Lei 7.492/1986. Rejeição da denúncia. Decisão. Fundamentação. Incurção profunda sobre elementos de informação. Recurso provido.

I. Os fatos narrados na denúncia, respaldada em procedimento administrativo de fiscalização instaurado no âmbito da Susep, revelam a simulação, em tese, da operação de instituição financeira voltada à contratação de seguros sob a aparência de atividade de associação sem fins lucrativos com prestação de assistência mútua aos associados, pelo que não se está diante de manifesta ausência de indícios de materialidade ou de autoria, existindo elementos suficientes para configurar, em tese, o delito previsto no art. 16 da Lei 7.492/1986.

II. A decisão de rejeição da denúncia restou fundamentada em análise minuciosa dos elementos de informação que lastrearam o oferecimento da denúncia, realizando juízo de valor sobre as peças de informação do inquérito, em nítido julgamento antecipado de mérito da ação penal, em estágio processual prematuro, antes da fase instrutória e do contraditório judicial. Precedentes do STJ.

III. Recurso provido.

(Recurso em Sentido Estrito: 0046190-77.2015.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 31/08/2016, p. 1.462)

Penal e Processual Penal. Tráfico de cocaína. Transporte em aeronave. Apreensão em solo. Ausência de transnacionalidade. Incompetência da Justiça Federal. Anulação do processo. Apelação prejudicada.

I. De acordo com a denúncia, o réu foi preso em flagrante no dia 09/12/2007 no Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF, ao desembarcar de voo oriundo de Rio Branco/AC, com conexão em Brasília e destino a Belém/PA, portando 4.800g (quatro mil e oitocentos gramas) de cocaína.

II. "O fato de a droga haver sido transportada por via aérea não ocasiona, por si só, a competência da Justiça Federal. Prevalece, sob tal ângulo, o local em que apreendida." (RE 463500, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 04/12/2007.)

III. O eventual transporte aéreo da substância entorpecente não acarreta, por si só, a competência da Justiça Federal, pela aplicação, na espécie, do art. 109, IX, da Constituição Federal, pois, para tanto, faz-se necessária a demonstração da internacionalidade do tráfico, ou seja, de que a droga era oriunda do exterior ou que fosse destinada ao mercado externo, o que, no caso, não foi comprovado.

IV. Anulação do processo, de ofício. Remessa dos autos à Justiça Estadual do Distrito Federal.

V. Apelação prejudicada.

(Numeração única: 0011875-06.2008.4.01.3400, Apelação Criminal 2008.34.00.011940-4/DF, rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado), unânime, e-DJF1 de 09/09/2016, p. 642)

Quinta Turma

Processual Civil. Ação civil pública. Dissolução de pessoa jurídica (cooperativa) amparada em suposto desvio de finalidade. Reflexos de natureza fiscal. Ameaça de lesão ao patrimônio público decorrente da ausência de recolhimento dos tributos devidos. Adequação da via eleita. Legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal. Preliminar de ilegitimidade recursal da União Federal (Fazenda Nacional). Não conhecimento.

I. Não se conhece de preliminar amparada em premissa fática inexistente, como no caso, em que a suposta ilegitimidade recursal da União Federal (Fazenda Nacional) repousa no suposto reconhecimento, pelo juízo monocrático, da sua ilegitimidade ativa *ad causam*, hipótese não ocorrida, na espécie.

II. Nos termos art. 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, figurando, dentre as suas funções institucionais, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III, e Lei 4.347/1985, art. 5º, inciso I, c/c o art. 1º, inciso VIII), e a de “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte”, cabendo-lhe promover “a proteção dos direitos constitucionais, de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”, bem assim, o inquérito civil e a ação civil pública para “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” e de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (Lei Complementar 75/1993, arts. 5º, II, a, e 6º, inciso VII, b e d), bem assim, “promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto à ordem econômica e financeira” (art. 6º, inciso XIV, b).

III. Na hipótese dos autos, em se tratando de tutela jurisdicional onde se busca a proteção do patrimônio público e social, no sentido de se afastar lesão ao Erário decorrente da constituição supostamente irregular de cooperativa e a conseqüente ausência de recolhimento de tributos federais, afigura-se manifesta a legitimidade ativa do Ministério Público Federal e a adequação da via eleita, à luz dos dispositivos legais e constitucionais em referência, eis que os reflexos fiscais da pretensão formulada — pagamento dos tributos federais devidos — são meramente secundários, não se equiparando, assim, a ação fiscal de cobrança, na espécie.

IV. Apelações providas. Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos ao juízo de origem, para fins de regular instrução do feito.

(Numeração única: 0000650-10.2005.4.01.4300, Apelação Cível 2005.43.00.000650-0/TO, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 08/09/2016, p. 407)

Processual Civil. Ação cautelar de busca e apreensão interposta pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. Exploração do serviço de radiodifusão. Rádio comunitária. Possibilidade.

I. Afigura-se cabível, na espécie, o ajuizamento de ação cautelar de busca e apreensão pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, objetivando a apreensão de equipamentos radiofônicos de rádio comunitária clandestina, posto que a tutela cautelar aqui deduzida tem natureza eminentemente cautelar, na medida em que objetiva a proteção da segurança dos meios de comunicação, porquanto a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, sem a observância de requisitos técnicos, podem causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados. Precedentes.

II. Apelação parcialmente provida, para anular-se a sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento do feito.

(Apelação Cível na Medida Cautelar de Busca e Apreensão 0005940-38.2015.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 22/09/2016, p. 401)

Sexta Turma

Administrativo e Processual. Ação de obrigação de fazer. Transporte interestadual de passageiros. Benefício de utilização de duas vagas gratuitas a idosos de baixa renda. Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Extinção do processo, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Plena efetividade da norma que prevê a gratuidade. Possibilidade jurídica e interesse de agir da parte. Sentença anulada. Apelação provida.

I. A Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) prevê a reserva de duas vagas gratuitas, por veículo, para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, no sistema de transporte coletivo interestadual rodoviário de passageiros, e desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas.

II. A Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (Abrati) ajuizou a presente ação coletiva, objetivando desobrigar suas associadas de conceder o referido benefício, enquanto não houvesse a necessária regulamentação da matéria e a criação da respectiva fonte de custeio, no intuito de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

III. O Decreto 5.130/2004, com o objetivo de regulamentar o benefício em questão, embora tenha conferido amplo tratamento à matéria, foi omissivo quanto à criação da mencionada fonte de custeio.

IV. Posteriormente, foi editado o Decreto 5.934/2006, que estabeleceu mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei 10.741/2003.

V. A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) expediu a Resolução 1.692/2006, assim dispendo: "A ANTT, em Resolução específica, estabelecerá a revisão da planilha tarifária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em observância ao disposto no *caput* do art. 35 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, referente às duas vagas de que trata o *caput* do art. 2º desta Resolução, caso o benefício concedido aos idosos resulte comprovadamente em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos".

VI. Verifica-se, desse modo, que a legislação já previu mecanismos adequados para a recomposição de prejuízos eventualmente suportados pelas concessionárias prestadoras do serviço de transporte interestadual de passageiros, dependendo somente da efetiva comprovação do impacto econômico-financeiro negativo em decorrência dos descontos concedidos.

VII. Quando do ajuizamento da presente ação, esses atos normativos já tinham sido editados, prevendo mecanismos de recomposição de prejuízos eventualmente suportados pelas concessionárias prestadoras de serviços de transporte interestadual de passageiros, sobressaindo, assim, não apenas a possibilidade jurídica do pedido, mas, também, o interesse de agir da apelante.

VIII. Apelação provida, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à vara de origem, para regular processamento.

(Apelação Cível 0045142-27.2012.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 07/10/2016, p. 2.018)

Sétima Turma

Processo Civil. Conselho regional. Protesto judicial. Interrupção de prazo prescricional. Existência de interesse processual. Inaplicabilidade da Lei 12.514/2011. Embargos de declaração procrastinatórios. Não caracterização. Multa. Afastamento.

I. A questão posta em juízo já foi apreciada por esta colenda Sétima Turma, reconhecendo que: "O protesto judicial, regulado nos arts. 867 a 873 do CPC constitui procedimento especial e cautelar, requerido ao juiz e ordenado por este, com a finalidade de notificação do devedor. Como meio interruptivo do prazo de prescrição do crédito tributário, só se justifica na hipótese de a Fazenda Pública estar impossibilitada de ajuizar a execução fiscal, diante da iminência do término do prazo prescricional." (Comentário ao art. 174, parágrafo único, II, do CTN, in Oliveira,

José Jayme de Macedo; *Código Tributário Nacional: comentários, doutrina, jurisprudência*, 4. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 640) (AC 00184458520064013300, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, *e-DJF1* de 05/07/2013, p. 1.076).

II. Essa é a hipótese versada nos presentes autos, pois o recorrente demonstra que a finalidade do protesto judicial é evitar a consumação da prescrição da anuidade, dado o valor mínimo imposto pela Lei 12.514/2011, para o ajuizamento da execução fiscal (quatro anuidades).

III. Assim, a iminência da consumação do prazo prescricional autoriza a propositura do protesto judicial.

IV. Acrescente-se que a Lei 12.514/2011, em seu art. 8º, apenas vedou o ajuizamento de execução com valor inferior a quatro anuidades, não impondo tal restrição em relação à propositura de outras demandas judiciais cabíveis.

V. Ademais, a norma prevista no art. 174, parágrafo único, inciso II, do CTN, é expressa ao prescrever o protesto judicial como causa interruptiva da prescrição.

VI. Quanto à aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, por entender o magistrado *a quo* pela natureza protelatória dos embargos de declaração opostos pelo Coren/MG, registre-se que a referida penalidade somente deverá ser cominada quando existir evidente abuso praticado pela parte, caracterizando o manifesto intuito procrastinatório dos aclaratórios, o que não se vislumbra no caso em tela.

VII. Apelação parcialmente provida para anular a sentença e determinar o prosseguimento do protesto judicial, bem como para afastar a multa aplicada ao requerente.

(Apelação Cível 0000496-55.2015.4.01.3810/MG, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, unânime, *e-DJF1* de 02/09/2016, p. 3.398)

Oitava Turma

Constitucional, Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Reexame necessário. Processo extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita. Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Sustentação de ilegalidade da Resolução 585/2013 – CFF. Prescrição de medicamentos por farmacêuticos. Poder regulamentador. Leis 3.268/1957 e 3.820/1960. Pretensão que não se restringe à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo. Sentença anulada. Remessa oficial provida.

I. Na espécie, o juízo de origem entendeu que “a presente ação civil pública está sendo indevidamente utilizada como substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade”.

II. A realidade dos autos, no entanto, demonstra que o autor também pretende, no mérito, que seja reconhecida a ilegalidade da Resolução 585/2013/CFF, uma vez que o Conselho Federal de Farmácia teria extrapolado o seu poder regulamentador, em afronta a dispositivos de normas legais válidas, em especial das Leis 3.268/1957 e 3.820/1960.

III. Além do mais, “o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal” (Rcl 1898 ED/DF, STF, Segunda Turma, rel. Ministro Celso de Mello, *DJe* 151, publ. 06/08/2014), sendo essa, precisamente, a hipótese verificada no caso concreto.

IV. Remessa oficial provida.

(Numeração única: 0007846-97.2014.4.01.3400, Reexame Necessário 0007846-97.2014.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, *e-DJF1* de 21/10/2016, p. 1.726)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Primeira Câmara Regional Previdenciária

Previdenciário. Aposentadoria especial. Gari. Comprovação de exposição a agentes agressivos biológicos. Dano moral. Não ocorrência.

I. Até o advento da Lei 9.032/1995, consoante legislação vigente à época da prestação do serviço (Lei 3.807/1960; Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979; Lei 8.213/1991, art. 57, em sua redação original), era possível o enquadramento por atividade profissional elencada nos quadros anexos aos Decretos 53.831 e 83.080, bastando a comprovação do exercício dessa atividade — pois havia uma presunção legal de submissão a agentes nocivos —, ou por agente nocivo também indicado nos mesmos quadros anexos, cuja comprovação demandava preenchimento, pelo empregador, dos formulários SB-40 ou DSS-8030, indicando a qual agente nocivo estava submetido o segurado. Mas, em ambas as hipóteses, a comprovação da nocividade prescindia de prova pericial, salvo quanto ao agente ruído — para o qual a caracterização como nocivo dependia da averiguação da exposição a um dado limite de decibéis, o que só poderia se dar por avaliação pericial.

II. Após a entrada em vigor da Lei 9.032/1995, que alterou a redação do art. 57 da Lei 8.213, restou afastada a possibilidade de enquadramento por simples exercício de atividade profissional, somente sendo possível, a partir de então, o reconhecimento de um dado tempo de serviço como especial, por submissão aos agentes nocivos, o que continuou a ser comprovado pelos formulários SB-40 ou DSS-8030, sendo desnecessária a prova pericial.

III. A partir de 05/03/1997, com a entrada em vigor do Decreto 2.172/1997, que regulamentou o § 1º do art. 58 da Lei de Benefícios — introduzido pela Medida Provisória 1.523/1996 —, passou a se exigir, para a comprovação da especialidade do trabalho, o preenchimento dos aludidos formulários com base em prova pericial, consubstanciada em laudo técnico de condições ambientais do trabalho (LTCAT), expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, atestando a submissão habitual e permanente a agente nocivo, dentre os arrolados pelo mesmo Decreto 2.172 e, posteriormente, pelo Decreto 3.048/1999 (STJ, AgREsp 493458/RS, DJ de 23/06/2003, p. 425).

IV. No julgamento do ARE 664.335/SC, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal fixou as teses de que: a) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. 11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial *review*. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete; b) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

V. Depreende-se do voto condutor do aresto que, para que a utilização de EPI seja hábil a afastar o reconhecimento de determinado período como especial, deve haver prova cabal e irrefutável de que ele foi efetivamente eficaz, neutralizando ou eliminando a presença do agente nocivo, de modo que a dúvida a respeito da real eficácia do EPI milita em favor do segurado, e não basta para elidi-la a singela assinalação, em campo próprio do PPP, contendo resposta afirmativa ao quesito pertinente à utilização de EPI eficaz, sem nenhuma outra informação quanto ao grau de eliminação ou de neutralização do agente nocivo (Precedente: AMS 00099885120084036109, Desembargador Federal Nelson Porfírio, TRF3 – Décima Turma, e-DJF3 Judicial 1. Data: 24/02/2016. Fonte: republicação.)

VI. Em relação à permanência da exposição, saliente-se que somente pode ser exigida a partir de 28/04/1995, data de início de vigência da Lei 9.032/1995, que deu nova redação ao § 3º do art. 57 da Lei 8.213/1991, não sendo aplicável aos períodos anteriores à sua publicação. Precedentes. (AC 00072396920094013300, Juiz Federal Cristiano Miranda de Santana, TRF1 – 1ª Câmara Regional Previdenciária da Bahia, *e-DJF1*. Data:18/11/2015.)

VII. A controvérsia cinge-se ao interstício de 29/06/1983 a 31/12/2004. Conforme formulário PPP (fls.14-15), o autor exercia o cargo de agente de limpeza, realizando coleta de lixo, varrição de ruas, passeios públicos, desentupimento de bocas de lobo, recolhimento de animais mortos, limpeza e lavagem de feiras, praias, avenidas e passeios, atividades que se enquadram no item 1.2.11 do Anexo I do Decreto 83.080/1979; item 3.0.1 do Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e item 3.0.1 do Anexo IV do Decreto 3.048/1999. (Precedente AC 00041397220104013300, Juiz Federal Antonio Oswaldo Scarpa, TRF1 – 1ª Câmara Regional Previdenciária da Bahia, *e-DJF1*. Data: 25/01/2016 Página: 1.487)

VIII. Somando-se o tempo ora reconhecido especial ao já enquadrado administrativamente (1º/01/2005 a 10/10/2013), em 10/10/2013, DER do NB 166.939.690-5, o demandante já havia implementado o tempo necessário à concessão da aposentadoria especial (30 anos, 3 meses e 12 dias).

IX. Deferida a antecipação da tutela, uma vez que presentes os requisitos legais, consoante fundamentação supra, em face do caráter inequivocamente alimentar do benefício previdenciário, determinando-se ao INSS conceder aposentadoria especial ao autor, no prazo de 20 dias, com DIP no primeiro dia do mês em curso (1º/06/2016).

X. O indeferimento administrativo do benefício não gera dano moral. Para a sua incidência, é imprescindível a prova de ato abusivo da autarquia, decorrente de ação ou omissão dolosa, situação não verificada na hipótese. Na situação, o atraso no reconhecimento do direito subjetivo da parte-autora se resolverá no âmbito estritamente material e será compensado com o pagamento dos juros e da correção monetária.

XI. Apelação parcialmente provida. Sentença reformada. Pedido julgado parcialmente procedente. Condenação do INSS a conceder aposentadoria especial ao autor desde a DER (10/10/2013) e a pagar as diferenças vencidas desde então.

XII. Juros de mora e correção monetária conforme orientação seguida por esta Câmara, observando-se, destarte, os ditames do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação conferida pela Lei 11.960/2009, sem prejuízo da incidência do que será decidido pelo STF do RE 870.947/SE, com repercussão geral reconhecida, de modo que a deliberação daquela Corte haverá de refletir neste feito, seja para sua manutenção ou mudança.

XIII. Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com suas despesas processuais e os honorários do advogado da parte adversa cabendo ao juízo *a quo* a definição do percentual da verba honorária, cuja exigibilidade fica suspensa em relação à parte-autora, que litiga sob o pálio da gratuidade da Justiça (CPC/2015, art. 85, §§ 4º, III e § 14, c/c os arts. 86 e 98, § 3º).

(Numeração única: 229876820144013300, Apelação Cível 0022987-68.2014.4.01.3300/BA, rel. Juiz Federal Fábio Rogério França Souza (convocado), unânime, *e-DJF1* de 22/09/2016, p. 1.534)

Segunda Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Habilitação de sucessor. Impossibilidade de realização de perícia em face de óbito. Termo inicial da incapacidade fixado administrativamente pelo INSS. Benefício devido. Requisitos cumpridos. Sentença mantida.

I. Para a concessão de benefício por incapacidade, é necessária prova da invalidez permanente para qualquer atividade laboral — no caso de aposentadoria por invalidez (art. 42 da Lei 8.213/1991) — ou para o seu trabalho ou atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos — tratando-se de auxílio-doença (art. 60 da Lei 8.213/1991). Além disso, é necessária a comprovação da qualidade de segurado da Previdência Social, com o preenchimento do período de carência de 12 (doze) contribuições mensais.

II. No caso concreto, a autora faleceu antes da realização do exame pericial nesses autos, no entanto, o início da incapacidade em sede administrativa foi fixado em 24/02/2000, conforme conclusão da perícia médica

realizada pelo próprio INSS (fl. 23). Conforme consta à fl. 81, o recolhimento previdenciário ocorrido em 10/03/2000 foi da competência fevereiro/2000, dessa forma, não tendo a autarquia comprovado outra data para o início da incapacidade senão àquela, é de se reconhecer a incapacidade bem como ainda a qualidade de segurado na data de início da incapacidade, por conseguinte, indevido o ato que suspendeu o benefício por incapacidade da autora. Por oportuno, cumpre esclarecer que a doença detectada à fl. 23, “neoplasia maligna do colo do útero” – CID 53.9, dispensa o cumprimento de carência (Lei 8.2013/1991, art. 151).

III. Reexame necessário e apelação do INSS improvidos. Sentença mantida.

(Numeração única: 0001500-42.2006.4.01.3811, Apelação/Reexame Necessário 2006.38.11.001500-5/MG, rel. Juiz Federal Marcos Vinícius Lipiensi (convocado), unânime, e-DJF1 de 22/08/2016, p. 675)

Corte Especial

Processual Civil. Suspensão de antecipação de tutela. Agravo regimental. Procurador do Trabalho. Remoção para acompanhar cônjuge. Situação particular. Ausência de efeito multiplicador.

I. De acordo com o art. 4º da Lei 8.437/1992, “Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

II. Inexistência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, ou mesmo de perigo de ocorrência de efeito multiplicador, por se tratar de situação particular de procurador do Trabalho que pretende a sua remoção de Manaus/AM para Fortaleza/CE para acompanhar cônjuge, procuradora federal, que fora removida de ofício.

III. Agravo regimental a que se dá provimento.

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0007939-07.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, rel. p/ acórdão Des. Federal Jirair Aram Meguerian, maioria, e-DJF1 de 31/08/2016, p. 395)

Constitucional. Tributário. Arguição de inconstitucionalidade. Paes. Exclusão do sujeito passivo inadimplente sem notificação prévia. Medida legítima. Art. 12 da Lei 10.684/2003. Adesão. Opção. Princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Art. 5º, LIV e LV, da CF/1988. Violação. Não ocorrência. Analogia com tema já julgado na forma do art. 1.036 do NCPC. RE 560.477/DF. Arguição rejeitada.

I. O art. 12 da Lei 10.684/2003, que prevê a exclusão do sujeito passivo optante pelo Programa de Parcelamento Especial – Paes, independentemente de sua notificação prévia, não ofende os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório estabelecidos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, restando afastado o suscitado vício de inconstitucionalidade.

II. A exclusão do devedor acordante sem a sua prévia notificação não o priva, não o exclui e tampouco lhe veda o exercício, *a posteriori*, do direito ao contraditório e à ampla defesa. Ao aceitar as condições, extremamente favoráveis, de renegociação de seu débito, o devedor, ciente de todos os termos do programa de parcelamento, também aceita o rompimento dessa avença, unilateralmente, pela outra parte acordante, acaso incorra em inadimplência por três meses consecutivos ou seis meses alternados.

III. O acordo de parcelamento é favor legal, sendo uma opção do devedor aderir às condições previstas no referido programa, tornando desnecessária a notificação prévia do contribuinte inadimplente para a sua exclusão do programa. Aplicação, por analogia, do princípio contido no brocardo latino fundado no princípio da boa-fé: *pacta sunt servanda*, segundo o qual os pactos devem ser cumpridos e o não cumprimento das respectivas obrigações implica a quebra daquilo que foi pactuado.

IV. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou quanto à afetação infraconstitucional da matéria ora controvertida, em apreciação à situação similar envolvendo o Refis, haja vista demandar o enfrentamento da questão sob o pálio das disposições da Lei 10.684/2003, de modo que “eventual ofensa à Constituição, se ocorrente, é indireta” (RE 560477/DF).

V. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.530.832/PE, na sistemática de recurso representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, publicado no *DJe* de 05/08/2015, assentou o entendimento no sentido de que “a Lei 9.784/1999 tem aplicação apenas subsidiária aos processos disciplinados por lei específica. Na oportunidade, afastou-se a necessidade de notificação pessoal do contribuinte para a exclusão do Refis (REsp 1.046.376/DF, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 11/02/2009, *DJe* 23/03/2009). 6. A exclusão do sujeito passivo do parcelamento previsto na Lei 10.684/2003, que instituiu o Paes, não exige prévia notificação do contribuinte. Precedentes: (EDcl no AgRg no REsp 1.374.034/PE, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 23/10/2013) e (REsp 1.151.058/RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, *DJe* 28/10/2010).”

VI. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

(Numeração única: 0031139-14.2005.4.01.3400, Arguição de Inconstitucionalidade 2005.34.00.031482-0/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, rel. p/ acórdão Des. Federal João Luiz de Sousa, maioria, e-DJF1 de 05/09/2016, p. 180)

Primeira Seção

Previdenciário. Constitucional e Processual Civil. Desaposentação. Ação rescisória. Interpretação pouco controvertida. Repercussão geral admitida, mas não concluída. Decadência inexistente. Ação rescisória improcedente.

I. O INSS pretende a anulação de decisão que declarou direito à desaposentação e nova aposentadoria mais vantajosa à segurado que retornou ao trabalho após aposentadoria. Alega que o *decisum rescindendo* incorreu em violação frontal ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991.

II. Em tema de desaposentação, não há falar em decadência, porquanto cuida-se de pretensão de integralização de superveniente tempo de contribuição à jubilação e que se quer ver reconhecido para substituição da aposentadoria anterior, de igual natureza, mas em melhores condições pecuniárias.

III. Não obstante o posicionamento deste relator, que tem sistematicamente votado em sentido contrário, é majoritária a jurisprudência, a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o segurado aposentado, após novo período de contribuição, tem direito de ter o benefício de prestação continuada recalculado para inclusão de novas contribuições e obtenção de nova renda mensal inicial (Recurso Especial 1348301/SC, com efeito representativo de controvérsia, cf. art. 543-C, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 27/11/2013, *DJe* 24/03/2014).

IV. A matéria teve sua repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 827.833/SC, relator Ministro Roberto Barroso), mas o julgamento ainda não foi concluído, contando dois votos contra e dois votos a favor da desaposentação.

V. Em casos assim, não é razoável admitir-se a ação rescisória ao fundamento de violação à literal dispositivo de lei, porque não há decisão definitiva da Suprema Corte, seja para admitir, seja para rejeitar a tese da desaposentação, devendo manter-se hígido o julgado, que está conforme a jurisprudência predominante, aplicando-se, portanto, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

VI. Ação rescisória improcedente.

(Ação Rescisória 0062171-71.2013.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 31/08/2016, p. 433)

Administrativo. Processual Civil e Previdenciário. Ação rescisória. Parcelas vencidas. Reconvencão. Inexistência do direito à pensão especial de ex-combatente. Benefício recebido pela genitora. Reversão. Filha servidora pública aposentada. Óbito do ex-combatente em 1989. Vigência da Lei 3.765/1960 e da Lei 4.242/1963. Impossibilidade da reversão.

I. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ e também da Suprema Corte “a pensão deixada por ex-combatente é regida pelas normas vigentes na data do óbito de seu instituidor, não por aquelas aplicáveis à época do falecimento da viúva que recebia os proventos” (AI-AgR 499.377/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, STF, Segunda Turma, DJ 03/02/2006)

II. Falecido o ex-combatente em 1989 (fl. 43), o direito autoral deve ser examinado à luz do regime misto de reversão, com a cumulação dos requisitos previstos nas Leis 3.765/1960 e 4.242/1963. Precedentes do STJ.

III. O instituidor da pensão participou efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial (certidão à fl. 165), e a genitora da autora percebeu a pensão até a data de seu falecimento, 06/09/1997. A pensão auferida pelos ex-combatentes não se confunde com a pensão militar, sendo benefícios diversos que tratam de situações distintas, devidamente diferenciadas nas normas de regência.

IV. A Lei 4.242/1963, no seu art. 30, regulamentou os requisitos específicos para a concessão da pensão especial, quais sejam: a) ser o ex-militar integrante da FEB, da FAB ou da Marinha; b) ter efetivamente participado de operações de guerra; c) *encontrar-se o ex-militar, ou seus dependentes, incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência*; e d) *não perceber nenhuma importância dos cofres públicos*. Precedentes do STJ e desta Corte.

V. O julgado rescindendo aplicou as regras dos arts. 26, 30 e 31 da Lei 3.765/1960 que tratam de atualização de valores, cálculos e competência, de modo que os critérios para concessão da pensão são fixados pela Lei 4.242/1963 e não a regra do *caput* do art. 30 da Lei 3.765/1960, que prevê os requisitos para a concessão da pensão a dependente de ex-combatente *instituída em 1989 (antes da revogação pela Lei 8.029/1990)*. A regra a ser aplicada aos requisitos da pensão é aquela vigente quando do falecimento. Precedentes.

VI. A autora, na qualidade de servidora pública aposentada, não faz jus à pensão de ex-combatente. Uma, por dispor de meios para prover o próprio sustento, duas, por perceber importância dos cofres públicos. Caracterizada ofensa ao disposto no art. 30 da Lei 4.242/1963.

VII. Verificada ofensa à disposição literal de lei, o acórdão deve ser rescindido. Consubstanciada tal ofensa no não cumprimento dos requisitos legais à concessão do benefício, o pedido de reversão da pensão por morte de ex-combatente deve ser julgado improcedente. Inexistindo direito à percepção da pensão, não há que se falar em recebimento de parcelas atrasadas, ante a superveniente perda de interesse processual da autora.

VIII. Juízo rescisório: improcedentes os pedidos da ação rescisória e procedentes os pedidos da reconvencão oposta pela União. Juízo rescindendo: negar provimento à apelação da autora e manter a improcedência do pedido inicial, nos termos da sentença.

IX. A autora da ação rescisória arcará com honorários advocatícios em favor da ré reconvida no valor de R\$ 724,00, suspensa a execução dos honorários enquanto perdurar a situação de pobreza da autora, pelo prazo máximo de cinco anos, quando estará prescrita, com base no art. 12 da Lei 1.060/1950.

(Numeração única: 0021740-68.2008.4.01.0000, Ação Rescisória 2008.01.00.022477-9/BA, rel. Juiz Federal César Cintra Jatayh Fonseca (convocado), unânime, e-DJF1 de 06/09/2016, p. 15)

Segunda Seção

Penal e Processual Penal. Crimes do art. 90 da Lei 8.666/1993. Lei de Licitações. Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório. Superfaturamento. Máfia dos sanguessugas. Art. 288 do Código Penal. Prescrição da pretensão punitiva em relação a alguns dos fatos e insuficiência de provas quanto à prática do injusto penal. Inexistência do elemento subjetivo do tipo. Existência de dúvida razoável a favor dos réus. Absolvição com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

I. Inexiste violação à prerrogativa de função na hipótese em que prefeito não se encontra entre as pessoas objeto de investigação. O fato de, no decurso das investigações, fortuitamente, aparecerem possíveis ligações

entre prefeito, detentor de foro perante o Tribunal, que não figurava como alvo inicial do inquérito instaurado, não tem o condão de tornar ilícitos os elementos de prova coletados durante o inquérito policial e, do mesmo modo, na ação penal respectiva. Ressalte-se que neste processo, como, demais, ocorreu em todos aqueles relativos à denominada *máfia dos sanguessugas*, ao constatar possível envolvimento do nominado magistrado, o magistrado *a quo* determinou a remessa dos autos a este Tribunal. Não há, assim, que se falar em nulidade das provas colhidas.

II. Extinção da punibilidade dos réus quanto aos delitos do art. 90 da Lei 8.666/1993 e do art. 288 do Código Penal, supostamente cometidos na condução dos processos licitatórios relativos ao Convênio 1.494/2000, pois entre a data da consumação do fato, adjudicação dos objetos licitados (18/04/2001) e a data do recebimento da denúncia (15/06/2009), transcorreu prazo superior a 8 (oito) anos, pelo que incide a prescrição da pretensão punitiva, pela pena em abstrato, na forma do art. 110, §§ 1º e 2º, c/c o art. 109, IV, do Código Penal.

III. No crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993, pune-se a frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório mediante acordo ou qualquer outro instrumento para alcançar esse fim. É a eliminação da competição ou a promoção de uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo.

IV. Necessária a absolvição do réu diante da fragilidade dos indícios existentes, com base no princípio *in dubio pro reo*, que tem fundamentação no princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual se impõe a absolvição quando a acusação não lograr provar a participação do réu no evento criminoso.

V. As provas arregimentadas aos autos não dissipam as dúvidas acerca da contribuição dos réus para o evento criminoso, não havendo elementos no sentido de que ele tenha sequer previamente consentido para a prática ilícita. Não há como lhes imputar a responsabilidade penal, sobretudo porque o depoimento das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal aponta em sentido contrário àquele pretendido pela acusação.

VI. Ausente suporte probatório da existência de potencial consciência da ilicitude por parte do acusado, insustentável a imputação pela prática do delito de formação de quadrilha. A conclusão de ausência do dolo na conduta do réu, quanto aos delitos do art. 90 da Lei 8.666/1993, inibe qualquer possibilidade de imputação pela prática do delito do art. 288 do Código Penal.

VII. Extinção da punibilidade dos réus quanto aos delitos do art. 90 da Lei 8.666/1993 e do art. 288 do Código Penal, supostamente cometidos na condução dos processos licitatórios relativos ao Convênio 1.494/2000.

VIII. Absolvição dos réus da imputação dos delitos do art. 90 da Lei 8.666/1993 e do art. 288 do Código Penal, quanto aos fatos relacionados à condução dos processos licitatórios relativos ao Convênio 4.104/2001.

(Numeração única: 0024222-86.2008.4.01.0000, Ação Penal 2008.01.00.024522-0/MT, rel. Juiz Federal Iran Esmeraldo Leite (convocado), e-DJF1 de 09/09/2016, p. 29)

Penal e Processual Penal. Inquérito policial. Denúncia pelo art. 312 (peculato) c/c o art. 327, § 2º, e art. 288 do CP (formação de quadrilha) em continuidade delitiva (art. 71 do CP) e art. 359-G do CP (aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura). Escândalo dos gafanhotos. Competência da Justiça Federal. Ocorrência de litispendência. Prescrição. Crime de quadrilha. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Indícios suficientes de autoria e materialidade. Perdão judicial. Recebimento de denúncia que se impõe.

I. A denúncia imputa aos denunciados a prática dos crimes previstos no art. 312 (peculato) c/c o art. 327, § 2º, e art. 288 do Código Penal (formação de quadrilha) em continuidade delitiva (art. 71 do CP) e art. 359-G (aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura), todos do Código Penal.

II. Transcorrido prazo superior a 8 (oito) anos (sem que houvesse sido observada causa interruptiva da prescrição) entre a data da prática do crime e a data da sessão de julgamento em que se delibera pelo recebimento da denúncia, resta implementada a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao delito de formação de quadrilha.

III. Compete à Justiça Federal o processo e o julgamento de ação penal cujos delitos referem-se a desvio de recursos relativos a convênios, firmados entre o Estado de Roraima e a União — consoante destacou a denúncia —, indevidamente transferidos para a conta-corrente do Governo do Estado de Roraima, livremente movimentada por

empresa privada, para pagamento de servidores fictícios, incluídos em folha, cujo recebimento se fazia mediante procuração outorgada pelos supostos servidores, com repasse total ou parcial dos recursos recebidos, à autoridade que os indicava para inclusão em folha de pagamento.

IV. Havendo notícia da instauração de outra ação penal contra dois dos denunciados, mediante recebimento de denúncia pelos mesmos fatos ora em discussão, resta caracterizada a ocorrência de litispendência.

V. Na primeira fase da *persecutio criminis*, não se exige que a autoria e a materialidade da prática de um delito sejam definitivamente provadas, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal: a exposição do fato criminoso, suas circunstâncias, a qualificação do denunciado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há que falar em inépcia da peça acusatória.

VI. Índícios de autoria e de materialidade suficientes para o recebimento da denúncia, devendo a matéria ser definitivamente esclarecida durante a instrução penal.

VII. A concessão do perdão judicial, nos moldes do art. 13 da Lei 9.807/1999, demanda a análise aprofundada do conjunto fático-probatório dos autos, o que somente poderá ser avaliado após o curso da instrução criminal, sob crivo do contraditório e da ampla defesa, sendo incabível o exame da questão nesse momento processual.

VIII. Denúncia parcialmente recebida.

(Inquérito Policial 0023090-18.2013.4.01.0000/RR, rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado), unânime, e-DJF1 de 09/09/2016, p. 32)

Terceira Seção

Processo Civil. Administrativo. Embargos infringentes em ação rescisória. Contrato administrativo de obras e de recuperação de estradas. Prova. Valoração. Erro de fato. Não ocorrência.

I. “Para que a coisa julgada seja rescindível por erro de fato é imprescindível que exista nexo de causalidade entre o erro apontado pelo demandante e o resultado da sentença. Há erro de fato quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (art. 485, § 1º, CPC). É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (art. 485, § 2º, CPC). Já se decidiu que, se houve pronunciamento sobre a situação fática na decisão rescindenda, não cabe ação rescisória (STJ, 5ª Turma, REsp 267.495/RS, rel. Min. Félix Fischer, j. em 19/03/2002, DJ 15/04/2002, p. 246). Se o fato foi objeto de cognição judicial mediante prova no curso de raciocínio do juiz, não cabe ação rescisória. Mas se o fato foi suposto, no raciocínio, como mera etapa para o juiz chegar a uma conclusão, a ação rescisória é admissível. Não é adequado afirmar que a ação rescisória não é admissível nos casos de equivocada valoração da prova ou das alegações de fato. Ocorrendo valoração inadequada da prova a rescisória é cabível, desde que não tenha ocorrido valoração de prova que incidiu diretamente sobre o fato admitido ou não admitido. Se a equivocada valoração da prova repercutiu na compreensão distorcida da existência ou da inexistência do fato, e isso serviu como etapa do raciocínio que o juiz empregou para formar seu juízo, a ação rescisória é cabível”. (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *CPC comentado artigo por artigo*, RT, 2008, pp. 495-492.)

II. Nas duas instâncias ordinárias a prova foi exaustivamente examinada nas decisões, não se afigurando possível afirmar que se trata de valoração inadequada da prova, a justificar “erro de fato” na rescisória, por se tratar, no caso, de valoração de prova que incidiu diretamente sobre o fato admitido, objeto da demanda de então, ou seja, a mora.

III. Correta a conclusão do voto vencido, no sentido de que a rescisória pretendia rejuízo do caso para tão somente impugnar a prova pericial produzida antes, tanto que se pediu nova perícia e, ainda, foi apresentado também laudo unilateral do Ministério Público Federal.

IV. Tanto a sentença como o acórdão concluíram que o laudo pericial de então reconheceu a ocorrência das paralisações, dos atrasos nos pagamentos e dos lucros cessantes.

V. Embargos infringentes a que se dá provimento. Ação rescisória que se julga improcedente.

(Numeração única: 0031386-15.2002.4.01.0000, Embargos Infringentes 2002.01.00.036224-1/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, maioria, e-DJF1 de 27/09/2016, p. 29)

Primeira Turma

Processual. Administrativo. Interesse de agir. Coexistência de ação coletiva ajuizada pelo sindicato com ação individual. Ocorrência. Servidor público. Reajuste de 3,17%. Supressão. Acórdão TCU. Boa-fé. Reposição ao Erário. Desnecessidade. Precedentes. Verbas reavidas. Devolução. Possibilidade. Honorários mantidos.

I. No presente caso, a Administração procedeu a descontos na folha de pagamentos da apelada, para reposição ao Erário de verbas indevidamente pagas, a título do reajuste de 3,17%, em razão de subsequente reestruturação da carreira.

II. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a propositura de ação coletiva pelo sindicato da categoria ou entidades associativas e a proposta pelo filiado para a defesa de direitos individuais homogêneos não gera litispendência. No momento processual da execução, a parte será instada a optar entre uma e outra ação, podendo ambas as marchas processuais terem seu curso normal até lá.

III. Ante a presunção de boa-fé no recebimento a maior de verbas remuneratórias e a sua natureza alimentar, descabe a reposição ao Erário de verbas pagas por errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração ou em decorrência de decisão judicial transitada em julgado e posteriormente desconstituída por ação rescisória. Precedentes. (Súmula 106 do Tribunal de Contas da União; MS 256.641/DF; RE 1.244.182/PB; ARE 734242 AgR e AC 0002750-37.2005.4.01.3200/AM, TRF 1ª Região.)

IV. Configurada a boa-fé do receptor, a Administração se sujeita à integral devolução daquilo que houver reavido a esse título, sem a expressa anuência do receptor. O raciocínio é o de que, se a reposição ao Erário não era obrigatória, se revelam ilegítimas as ações desenvolvidas pela Administração com vistas a se reembolsar dos valores pagos de forma indevida.

V. Em face de condenação contra a Fazenda Pública, são razoáveis os honorários advocatícios estipulados em 10% do valor da condenação, conforme entendimento já pacificado na 1ª Turma, a fim de se atender ao disposto no art. 85, § 3º, NCCP. Na espécie, considerando o proveito econômico perseguido pela parte-autora, o valor de R\$ 500,00 arbitrado a esse título na sentença recorrida não pode ser considerado excessivo.

VI. Apelação desprovida.

(Apelação Cível 0009886-21.2010.4.01.3100/AP, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, e-DJF1 de 21/09/2016. p. 743)

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Desvio de função. Motorista da Polícia Federal. Exercício de atividades inerentes ao cargo de agente de Polícia Federal. Direito às diferenças remuneratórias do cargo. Sentença mantida.

I. 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.

II. Prescrição das parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 85 do STJ).

III. Em regra, cumpre ao administrador designar o servidor público para exercer as atividades que correspondam àquelas legal e previamente fixadas, podendo, apenas excepcionalmente, ser designado para atividades não pertinentes a seu cargo.

IV. Dá-se o denominado *desvio de função* quando o servidor é nomeado e investido em um cargo público e passa a desempenhar funções inerentes a outrem (Cármem Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, Saraiva, 1999, p. 233).

V. De acordo com as provas documentais e testemunhais constantes dos autos, o autor, ocupante do cargo de motorista oficial do Departamento de Polícia Federal, exerceu atividades típicas do cargo de agente de Polícia Federal, como condução e escolta de presos, transporte de drogas, entorpecentes e materiais apreendidos, e participação em operações de investigação da Polícia Federal, o que configura desvio de função, tendo o autor, portanto, direito ao pagamento das respectivas diferenças remuneratórias.

VI. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(Apelação/Reexame Necessário 0018351-75.2013.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 28/09/2016, p. 660)

Segunda Turma

Processual Civil e Administrativo. Servidor público civil. Processo administrativo disciplinar. Anulação da portaria que determinou a demissão do policial rodoviário federal. Contraditório e ampla defesa. Ausência de prova da materialidade da conduta típica. Excesso na punição. Pedido de reintegração acolhido. Juros e correção monetária. Honorários de sucumbência. Apelação provida.

I. Cuida-se de pedido de anulação da Portaria 1.471/2007, via da qual se tornou pública a demissão do autor, fundada em violação ao art. 117, IX e XII, da Lei 8.112/1990.

II. O apelante repisa os termos da inicial, alegando que foi notificado para se defender de alegada prática de ato tipificado no inciso IX do art. 117 da Lei 8.112/1990; que a fixação de pena com supedâneo nos incisos IX e XII do mesmo normativo implica em cerceamento do direito de defesa no processo administrativo. No mérito reclama a inexistência de prova material da conduta ilícita a si atribuída.

III. O fato de na notificação inicial não ter constado a incursão no inciso XII do art. 117 da Lei 8.112/1990, c/c inciso IX do mesmo regramento, não dificultou ou impediu a apresentação de defesa, tampouco a menção expressa do dito inciso no parecer da Consultoria Jurídica representou agravamento da pena anteriormente sugerida. Preliminar de cerceamento do direito de defesa na via administrativa rejeitada.

IV. O Judiciário não pode se intrometer no âmbito subjetivo, discricionário, do ato administrativo, ou seja, na análise da conveniência e oportunidade do ato. Entretanto, deve analisar o seu caráter objetivo, aferindo a sua legitimidade e legalidade. Para tanto, é necessário verificar o pressuposto de fato que autoriza a sua prática. Desta forma, a validade do ato depende da verificação de existência do motivo enunciado. *Se o motivo invocado pela administração for inexistente, o ato praticado será inválido.*

V. Se por um lado, como bem afirmou a Comissão Processante e a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, não se exige certeza absoluta para que seja aplicada sanção disciplinar apurada em processo administrativo, por outro também não é possível a aplicação da pena máxima de demissão diante de um quadro de incerteza, baseada em indícios.

VI. O único indício da prática do ato ímprobo pelo autor é o depoimento da vítima, isso porque a testemunha *dita ocular* (Bruno), arrolada pelo denunciante, categoricamente afirmou que não presenciou o momento que foi relatado pelo denunciante; que não viu, tampouco ouviu, o servidor pedir ou receber/guardar quantia em dinheiro; que o condutor do veículo (denunciante) relatou, em momento posterior, ter sido *vítima* do ato que afirma ter sido praticado pelo PRF.

VII. Além disso, ficaram constatadas divergências entre os depoimentos da testemunha na fase administrativa e judicial em pontos relevantes para o deslinde da questão fática.

VIII. Considerando a fragilidade da prova produzida nos autos, única, repita-se, produzida unilateralmente pela *vitima*/denunciante, a *prova* se revela ilegítima, mais notadamente quando usada para a aplicação da pena mais grave prevista no ordenamento administrativo a que se vincula a apuração que resultou na publicação da Portaria 1.471/2007.

IX. Não comprovada a materialidade, ante a inequívoca fragilidade da prova utilizada para demitir o autor, impõe-se a anulação do ato demissional e, por conseguinte, o restabelecimento da tutela antecipada, cassada pela sentença, para determinar à União que reintegre o autor no cargo de policial rodoviário federal.

X. Com a desconstituição do ato administrativo que demitiu o autor do cargo público de policial rodoviário federal, a reintegração importa no restabelecimento de todas as vantagens pretéritas, com efeitos financeiros e contagem do tempo de serviço no período em que ficou indevidamente afastado do serviço público para todos os efeitos legais, de acordo com o regime jurídico vigente no período do afastamento, isso porque o presente feito foi protocolado em 16/10/2007, com a finalidade de desconstituir ato administrativo consolidado em 28/08/2007 (Portaria 1.471/2007).

XI. As parcelas correspondentes à retribuição pecuniária vencida desde agosto de 2007 e não adimplidas até a efetiva reintegração devem ser acrescidas de juros e correção monetária que se fixa na forma prevista no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

XII. Configurada a sucumbência integral da União, a parte-ré fica condenada ao pagamento das custas iniciais (em reembolso) e finais (isenta), e, ainda, ao pagamento de honorários de sucumbência que se fixa em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a prolação do acórdão, na forma prevista no § 3º do art. 20 do CPC.

XIII. Apelação provida para, reformando a sentença, determinar a reintegração do autor no cargo de policial rodoviário federal, e, por conseguinte, condenar a União ao pagamento de parcelas remuneratórias vencidas desde 28/08/2007, acrescidas de consectários fixados na forma da fundamentação.

(Numeração única: 0036650-22.2007.4.01.3400, Apelação Cível 2007.34.00.036805-9/DF, rel. Juiz Federal César Cintra Jatthy Fonseca (convocado), unânime, e-DJF1 de 24/08/2016, p. 1.015)

Previdenciário. Processual Civil. Concessão. Aposentadoria por invalidez com acréscimo de 25%. Requisitos preenchidos. Qualidade de segurado. Carência. Incapacidade total e permanente para o trabalho e necessidade de auxílio de terceiros para a vida cotidiana. Atendidos. Termo inicial. Correção monetária. Juros. Custas. Honorários.

I. Os requisitos indispensáveis para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez são: a) a qualidade de segurado; b) a carência de 12 (doze) contribuições mensais; c) a incapacidade parcial ou total e temporária (auxílio-doença) ou permanente e total (aposentadoria por invalidez) para atividade laboral. No caso, o autor pretende a concessão do acréscimo de 25% em razão da necessidade do auxílio permanente de terceiros.

II. Na hipótese dos autos, verifica-se que anterior concessão de aposentadoria por invalidez desde 11/04/2007 comprova a qualidade de segurada da parte-autora, bem como o período de carência (fl. 74).

III. No que se refere ao requisito da incapacidade, o laudo pericial (fls. 69-72) atestou a incapacidade total e permanente da parte-autora em razão de paraplegia decorrente de acidente de moto ocorrido em 2007, sem possibilidade de reabilitação, sendo o autor cadeirante e necessitando da ajuda permanente de terceiros para a vida cotidiana.

IV. O art. 45 da Lei 8.213/1991 preconiza o acréscimo de 25% sobre o valor da aposentadoria por invalidez no caso de necessidade permanente de auxílio de terceiros. Verificada tal necessidade através de perícia médica, em razão da paraplegia, consoante situação prevista no Decreto 3.048/1999, anexo I (paralisia dos dois membros superiores ou inferiores), devida a concessão do acréscimo de 25% sobre o valor da aposentadoria por invalidez.

V. DIB: É devida a concessão da aposentadoria por invalidez com acréscimo de 25% a contar da data da concessão do benefício de fl. 74, observada a prescrição quinquenal.

VI. Consectários legais: a) correção monetária e juros moratórios conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; b) honorários 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão; c) sem custas, porque nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/1988), o INSS está isento delas quando lei estadual específica prevê o benefício, o que se verifica nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia, Bahia e Mato Grosso.

VII. A implantação do benefício deve se dar em 30 dias (obrigação de fazer), por aplicação do art. 497 do NCPC.

VIII. Apelação provida: pedido procedente nos termos dos itens 4 a 6.

(Apelação Cível 0046440-15.2015.4.01.9199/MG, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), unânime, e-DJF1 de 24/08/2016, p. 1.220)

Previdenciário e Constitucional. Hanseníase. Pensão especial. Lei 11.520/2007. Internação e isolamento compulsórios. Honorários. Defensoria Pública. Impossibilidade. Súmula 421 do STJ. Incidência.

I. As pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986, fazem jus, mediante requerimento, a título de indenização especial, a pensão especial, vitalícia e intransferível, nos termos da Lei 11.520/2007.

II. O pedido de pensão especial foi dirigido à Secretaria Especial dos Direitos Humanos que, após 7 (sete) anos, ainda não havia se pronunciado a respeito do direito, razão pela qual foi necessário o ajuizamento da presente ação. A demora na apreciação do pedido na via administrativa, no caso, configura violação às garantias da duração razoável do processo e dá ensejo à indenização por danos morais, que devem ser estabelecidos dentro do princípio da razoabilidade.

III. "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" (Súmula 421 do STJ).

IV. Apelação da parte-autora e da União não providas. Remessa oficial parcialmente provida.

(Apelação/Reexame Necessário 0002257-05.2011.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, unânime, e-DJF1 de 31/08/2016, p. 1.159)

Administrativo. Constitucional. Processual Civil. Servidor público. Fundação Nacional de Saúde. Indenização de campo. Art. 16 da Lei 8.216/1991. Prescrição quinquenal. Súmula 85/STJ. Relação de trato sucessivo. Reajuste equivalente em periodicidade e em percentual ao aplicado às diárias da categoria. Manutenção da correspondência no patamar de 46,87%. Art. 15 da Lei 8.270/1991. Súmula/AGU 54. Consectários legais.

I. A indenização de campo é verba percebida pelo exercício regular das atividades externas especificamente previstas na legislação de regência, possuindo, portanto, natureza de trato sucessivo, a afastar a aplicação da prescrição do próprio fundo de direito, o que traz a lume a prescrição apenas das prestações vencidas anteriormente ao quinquênio que antecede ao ajuizamento da ação.

II. As orientações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional são firmes no sentido de que o reajuste da indenização de campo, instituída pelo art. 16 da Lei 8.216/1991, deve ser realizado com a mesma periodicidade e no mesmo percentual da revisão aplicada às diárias, com fulcro no art. 15 da Lei 8.270/1991, de modo a manter a correspondência legal prevista entre as mencionadas verbas no patamar de 46,87%, sem que tal modo de agir acarrete em violação ao enunciado da Súmula 339 do STF, ao disposto nos arts. 37, XIII, e 169, § 1º, da Constituição Federal ou Emenda Constitucional 19/1998, por consistir em mero reconhecimento de direito previamente regulado por lei.

III. A Súmula/AGU 54, de 10 de novembro de 2010, eliminou a controvérsia existente ao dispor que “a indenização de campo, criada pelo artigo 16 da Lei 8.216/1991, deve ser reajustada na mesma data e no mesmo percentual de revisão dos valores das diárias, de modo que corresponda sempre ao percentual de 46,87% das diárias”.

IV. Hipótese em que os autores, no exercício dos seus cargos junto à Fundação Nacional de Saúde, perceberam a indenização de campo instituída pelo art. 16 da Lei 8.216/1991, no período anterior a julho de 2002 — quando entrou em vigor a Portaria/MPOG 406/2002, majorando tal verba para R\$ 26,85 (vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos) —, em importância inferior ao correspondente a 46,87% do valor da diária da respectiva categoria, fazendo jus, respeitada a prescrição das parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecede ao ajuizamento da ação, às diferenças entre o que foi efetivamente recebido e aquele valor majorado posteriormente, que atende à mencionada correspondência.

V. As diferenças remuneratórias devem ser pagas com acréscimo de juros moratórios e correção monetária, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VI. Apelação e remessa oficial parcialmente providas nos termos do item 5.

(Numeração única: 0022210-06.2002.4.01.3300, Apelação/Reexame Necessário 2002.33.00.022196-8/BA, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, e-DJF1 de 09/09/2016, p. 215)

Terceira Turma

Penal. Apelação criminal. Uso de documento falso. Passaporte. Direito de liberdade em confronto com a tutela à fé pública. Juízo de ponderação. Circunstância que diante do caso concreto leva à presença da dirimente de culpabilidade. Absolvção mantida. Recurso de apelação. Desprovemento.

I. No caso dos autos, cidadãos sírios foram flagrados no Aeroporto Internacional de Salvador com passaportes turcos (falsos) tentando embarcar em voo com destino a Frankfurt (Alemanha) e afirmaram em juízo que ingressaram no Brasil objetivando chegar à Alemanha, pois estavam fugindo da guerra na Síria, uma vez que retiravam seu sustento de um comércio da família, o qual, todavia, foi totalmente destruído por bombardeios e que, segundo eles, o país não oferece oportunidades de emprego ou estudo e que se permanecessem lá seriam obrigados a servir o exército.

II. A materialidade e a autoria do delito ficaram demonstradas pela apreensão dos passaportes, pelas Informações Técnicas 66/2012-Setec/SR/DPF/BA apontando a falsidade material do documento e pelos depoimentos dos acusados.

III. É de conhecimento notório que a Síria está envolta em uma longa guerra civil que dura mais de cinco anos e já deixou, segundo a Organização das Nações Unidas, mais de duzentos e cinquenta mil mortos.

IV. Não se trata de aceitação da prática de crime para alcançar objetivo legítimo, o que não mereceria a chancela do Judiciário brasileiro. A questão a ser analisada é exatamente se no quadro social em que os réus estão inseridos poder-se-ia exigir deles outra conduta. Indaga-se: eles praticaram o delito por livre escolha ou compelidos por uma situação de verdadeira barbárie humana?

V. Considerando-se que de um lado está em jogo o direito à vida e à liberdade e de outro a mácula à fé pública, afigura-se como justificável a conduta dos acusados. Não se pode negar ao cidadão a liberdade e o direito de buscar o seu pleno desenvolvimento mediante a obtenção da liberdade. Nas condições em que se encontravam os acusados não lhes poderia exigir outra conduta, o que leva à presença da dirimente de culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa diante da finalidade que os acusados pretendiam alcançar. (Precedentes do TRF da 2ª Região e do TRF da 4ª Região.)

VI. Sentença absolutória mantida.

VII. Recurso de apelação do Ministério Público Federal não provido.

(Apelação Criminal 0035720-37.2012.4.01.3300/BA, rel. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado), unânime, e-DJF1 de 23/09/2016, p. 509)

Processo Penal. Habeas corpus. Tráfico transnacional de drogas. Arts. 33, 35 e 40 da Lei 11.343/2006. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Aplicação da lei penal. Instrução criminal. Excesso de prazo. Inexistência. Prisão domiciliar. Paciente gestante. Gravidez de risco. Comprovação. Filhos menores. Requisitos do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. Atendimento. Parecer ministerial favorável. Ordem parcialmente concedida.

I. Conquanto a prisão preventiva seja exceção no ordenamento jurídico, sua decretação é possível como *in casu*, para garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal, pois há nos autos evidências de que a custodiada, ora paciente, possa concretamente reiterar a conduta criminosa.

II. *In casu*, a paciente teve sua prisão preventiva decretada em face do seu suposto envolvimento, juntamente com seu marido, na importação de pasta base de cocaína, entre outras ações de suporte ao tráfico. Situação fática que atesta, de forma robusta, a periculosidade concreta da custodiada, hábeis a autorizar a decretação da segregação cautelar, na forma autorizada pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

III. As condições subjetivas favoráveis alegadas pela impetrante em favor da paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

IV. Pela análise da situação da paciente, no entanto, verifica-se ser cabível a aplicação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal, visto a acautelada ser mãe de 3 (três) crianças menores de 12 (doze) anos e encontrar-se no início de uma gestação de risco.

V. "A prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando a agente for gestante a partir do 7º mês de gravidez ou quando a gestação for de alto risco ou ainda quando for comprovadamente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência (art. 318, III e IV, do CPP)" (STJ. HC 328.813/SP, Quinta Turma, rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo (convocado do TJ/PE), DJe de 08/10/2015).

VI. O princípio do melhor interesse do menor autoriza, portanto, a substituição da pena de prisão preventiva pela prisão domiciliar, a fim de que os filhos da paciente permaneçam em sua guarda e esta possa acompanhá-los no que for essencial. Parecer ministerial favorável à substituição em tela.

VII. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar. (*Habeas Corpus* 0042397-50.2016.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 23/09/2016, p. 563)

Penal. Processo Penal. Incitação ao racismo. Crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989. Competência da Justiça Federal reconhecida. Provas submetidas ao contraditório judicial. Materialidade e autoria comprovadas. Apelação não provida.

I. A Justiça Federal é competente para processar e julgar a presente ação penal, nos termos do art. 109, V, da CF. O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Os crimes foram praticados por meio da rede mundial de computadores, em *blog* pessoal do acusado, sítio de fácil e livre acesso a qualquer usuário que esteja conectado à internet em qualquer parte do mundo.

II. As provas produzidas durante a fase inquisitiva foram devidamente submetidas ao contraditório judicial com o ajuizamento da ação penal, em que as partes puderam ter livre acesso aos documentos e depoimentos colhidos perante a autoridade policial.

III. A materialidade e autoria do delito de incitação ao racismo ficaram comprovadas nos autos por documentos e pelo interrogatório do acusado colhido perante a autoridade policial. Apesar de o réu ser considerado revel, seu depoimento na fase pré-processual está corroborado pela prova documental, não havendo dúvidas de que agiu com consciência e vontade livre ao divulgar na rede mundial de computadores, por meio de sítio de livre acesso,

conteúdo preconceituoso e discriminatório contra as mulheres brasileiras, em forte apelo contra a miscigenação e também contra os judeus, subvertendo fatos históricos incontroversos como o holocausto, veiculando ideal antisemita.

IV. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Criminal 0041348-23.2011.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 07/10/2016, p. 1.467)

Quarta Turma

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Demandado que não existia no tempo do fato. Ausência de pedido de condenação. Provimento do agravo.

I. Segundo o libelo da inicial, a empresa LFB – Hemoderivados e Biotecnologia Ltda. e seu representante legal, e a empresa Octapharma Brasil Ltda. e seus representantes legais, entre eles o agravante, em conluio com servidores públicos do Ministério da Saúde, teriam fraudado o procedimento da Concorrência Internacional 1/2000, do qual resultou a celebração dos Contratos 90, 91 e 92/2001 e seus aditivos, tendo por objeto o fracionamento de plasma para a produção de hemoderivados a ser utilizados na rede pública de saúde.

II. Não há fundamento, sequer empírico, que se lhe justifique a inclusão na relação processual, pois os Contratos 90 e 92/2001 não foram firmados pela Octapharma Brasil Ltda., da qual é representante o agravante (Jaisler Jabour de Alvarenga), que à época da licitação e da adjudicação sequer estava constituída, sem falar que a inicial não a inclui no pedido condenatório.

III. A mais disso, não contendo a inicial a alegação de que os contratos foram descumpridos, excederia o razoável pretender a restituição de todos os valores pagos por serviços que foram realizados, tanto mais que a base legal que sustenta a pretensão (nulidade dos contratos) mostra-se aparentemente inconsistente, em se tratando de contratos exauridos na execução.

IV. Nas ações civis públicas de ressarcimento de danos ao Erário, a eventual indisponibilidade cautelar de bens imprescindíveis, além da demonstração da relevância da fundamentação, da prova de atos de dilapidação patrimonial, ou de indícios a isso tendentes, que tenham aptidão para pôr em risco a possibilidade futura de ressarcimento, se procedente a ação, situações não ocorrentes na espécie.

V. Provimento do agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0005301-98.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 02/09/2016, p. 2.898)

Improbidade administrativa. Ex-procurador do INSS. Anuência em relação à substituição de penhora por títulos da dívida pública (TDPs) em execução fiscal. Violação aos princípios da Administração Pública. Não comprovação da ocorrência de danos ao Erário. Prescrição. Não ocorrência.

I. Conhecidos os fatos, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, em 03/09/2004, e instaurado o Processo Administrativo Disciplinar em 1º/06/2007, o ajuizamento da ação de improbidade em 09/09/2011 se deu em tempo hábil, não colhendo a alegação de prescrição (art. 23, II – Lei 8.429/1992).

II. Imputa-se ao procurador do INSS (apelante) o cometimento de atos de improbidade (art. 10, X e 11, I – Lei 8.429/1992) à conta do fato de ter concordado, em execuções fiscais, com pedido da segunda requerida, de substituição de penhoras de móveis e imóveis, já efetivadas, por títulos da Dívida Pública Interna Fundada Federal do início do século XX, dados como prescritos e sem cotação em bolsa, ao arrepio das disposições dos Decretos-Leis 263/1967 e 396/1986, e do art. 11 da Lei 6.830/1980.

III. O diagnóstico (de improbidade) não se sustenta em face das suas circunstâncias, seja pelo art. 10, X (“agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”), seja pelo art. 11, I (“praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”).

IV. O suposto prejuízo econômico (lesão ao Erário) é mais aparente do que real, posto que depois (um ano) as penhoras foram retomadas, tendo a empresa aderido a parcelamento pelo Refis, em andamento, com o arrolamento de seis bens imóveis, com valores superiores aos anteriores, afastando a possibilidade real de prejuízo econômico.

V. O prejuízo mínimo correspondente a 40% do valor corrigido da avaliação atribuída a cada um dos imóveis penhorados, acaso leiloados, adotado pela sentença, não se afigura acertado. Se os bens sequer foram avaliados (em definitivo), menos ainda leiloados, não se pode falar, sem fazer suposições, em prejuízo acarretado ao executado em razão da sua substituição por outro bem.

VI. A (pretensa) validade dos TDPs chegou, em um primeiro momento, a ser abonada por decisões judiciais, e mesmo em pareceres de juristas célebres, havendo mesmo laudos técnicos de avaliação da Fundação Getúlio Vargas, o que levou muitos investidores à aquisição das suas apólices, a despeito das disposições do Decreto-Lei 263, de 28/02/1967.

VII. Nessas circunstâncias, não se vislumbra o dolo da improbidade na posição assumida pelo apelante, cuja manifestação, nos autos das execuções, ressaltou ao INSS o direito de, a qualquer tempo, uma vez identificados outros bens em valores suficientes e superiores na ordem de gradação, promover a respectiva penhora, ressalva que deixa patente a ausência do elemento subjetivo da má-fé, vindo ainda a ser inocentado administrativamente, por não existir norma interna da autarquia vedando a aceitação de tais “ativos” como objeto de penhora, o que somente aconteceu posteriormente, com a Ordem de Serviço 38, de 15/05/1998.

VIII. “[...] a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque a interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.” (STJ – 1ª Turma, REsp 980.706/RS. Rel. Min. Luiz Fux – DJe 23/02/2011).

IX. É indispensável, na interpretação do art. 11 da Lei 8.429/1992, que os núcleos desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade às instituições sejam vetores ou elementos condutores da improbidade. A ofensa a esses princípios da Administração Pública somente adquire o qualificativo da improbidade, para os efeitos do art. 11, quando se evidenciar como um meio de realização de objetivos ímprobos. A improbidade há que vincular-se sempre a valores e questões materiais.

X. O fato de a empresa, no exercício do direito de petição, ter dirigido ao INSS pedido de substituição de penhora de imóveis por títulos da dívida pública, juntando parecer da FGV e estudos de especialistas, não tem o condão de, por si só, caracterizar dolo ou má-fé, nem (consequentemente) improbidade.

XI. Provimento das apelações.

(Apelação Cível 0038118-70.2011.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 28/09/2016, p. 1.752)

Quinta Turma

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Agravo Regimental. Programa Farmácia Popular. Portadores de necessidades especiais. Implementação de políticas públicas de inclusão social (dispensação de fraldas geriátricas ou fornecimento a menor custo). Omissão do Poder Público. Controle jurisdicional. Possibilidade. Antecipação da tutela. Requisitos presentes. Satisfatividade da medida. Excepcionalidade. União Federal, estados, municípios e Distrito Federal. Responsabilidade solidária. Imposição de multa contra a Fazenda Pública. Cabimento.

I. A União Federal, solidariamente com os estados, o Distrito Federal e os municípios, está legitimada para as causas que versem sobre o fornecimento de medicamento, tratamento ou produto médico-hospitalar, em razão de, também, compor o Sistema Único de Saúde – SUS. Precedentes. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo Estado de Minas Gerais.

II. A Lei 7.853/1989 (art. 2º, inciso I, e alíneas) e seu regulamento (Decreto 3.298/1999) materializaram o direito à inclusão social das pessoas portadoras de necessidades especiais ao sistema público de saúde, visando dar eficácia plena aos comandos da Constituição da República Federativa do Brasil, que garante a todos (direito difuso e fundamental) o acesso à saúde (CF, art. 196), devendo o Estado, em casos que tais, efetivar esse direito sem qualquer discriminação (Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiências, promulgado pelo Decreto 6.949/2009, art. 25).

III. Presentes, assim, na hipótese dos autos, os pressupostos legais necessários para a concessão da antecipação da tutela jurisdicional, no sentido de se impor à União Federal a inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais como beneficiárias do Programa Farmácia Popular do Brasil, a que alude a Portaria 971, de 15 de maio de 2012, do Ministério da Saúde, devendo, ainda, juntamente com o Estado de Minas Gerais e o Município de Uberlândia/MG, disponibilizar, em igual prazo, às pessoas com deficiência, usuárias do Sistema Único de Saúde, fraldas em todos os tamanhos existentes no mercado, impõe-se a concessão da medida postulada, até o julgamento definitivo da demanda, nos termos dos arts. 294, parágrafo único, e 300, *caput*, do novo CPC. Tutela prestigiada pelo STF, nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada 818/MG.

IV. A orientação jurisprudencial já cristalizada em nossos Tribunais é no sentido de que “*a proibição de concessão de liminar contra a Fazenda Pública, limita-se às hipóteses taxativamente previstas na Lei 9.494/1997 e que importem em (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas; hipóteses não verificadas no caso em tela*”. (AMS 0013048-10.2014.4.01.3803/MG, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 27/05/2016.)

V. De igual modo, no tocante à imposição de multa pecuniária, a “jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser possível a imposição de multa, ainda que contra a Fazenda Pública, em se tratando de obrigação de fazer” (AgRg no REsp 951.072/RS, rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 30/03/2009), não se vislumbrando, ainda, na espécie, qualquer afronta ao princípio da razoabilidade no montante da astreintes, fixado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no cumprimento do *decisum* impugnado, sob pena de frustrar-se a sua finalidade — inibir eventual descumprimento do julgado.

VI. Agravos regimentais desprovidos.

(Agravamento Regimento na Apelação Cível 0009520-02.2013.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 08/09/2016, p. 425)

Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Ato da Câmara dos Deputados. Indicação de nome para ministro do Tribunal de Contas da União. Ausência de lesividade. Improcedência do pedido inicial. Sentença mantida.

I. Na espécie, dos autos, não restou demonstrada a necessária lesividade do ato administrativo impugnado em sede de ação popular, na medida em que a simples indicação pela Câmara dos Deputados de nome de deputado federal para ministro do Tribunal de Contas da União não é suficiente, por si só, para lesionar os bens jurídicos tutelados pela Lei 4.717/1965, mormente quando, na ação penal que macularia a conduta do indicado, foi declarada extinta a punibilidade por meio de decisão transitada em julgado, a justificar a improcedência do pedido inicial, nos presentes autos.

II. Remessa oficial desprovida.

(Numeração única: 0015720-51.2005.4.01.3400, Reexame Necessário na Ação Popular 2005.34.00.015745-1/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 08/09/2016, p. 407)

Constitucional, Civil e Processual Civil. Parto cesárea. Resultado de exame anti-HIV falso-positivo. Repetição. Demora injustificada na realização de novo exame sorológico. Resultado. Negativo. Impossibilidade temporária de amamentação do recém-nascido. Danos. Suspensão de pagamento de soldos por deserção. Responsabilidade civil objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o evento danoso. Indenização por dano material e moral. Agravo retido. Não conhecimento.

I. À luz do que dispunha o art. 523, § 1º, do CPC vigente na época em que proferida a sentença recorrida, não se conhece de agravo retido quando não consta, nas razões ou nas contrarrazões do apelo, pedido expresso para sua apreciação, como no caso. Agravo retido não conhecido.

II. Comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o evento danoso, caracterizada está a responsabilidade civil objetiva do Estado, no caso, da Universidade Federal da Bahia – UFBA, resultando daí o dever de indenização, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

III. Dano moral e material que se configuram, na espécie, diante dos transtornos decorrentes da impossibilidade temporária de amamentação, com reflexos negativos decorrentes da frustrada expectativa da mãe em praticar, oportunamente, o nobre e indispensável ato de amamentação, com incalculáveis prejuízos à formação e à própria vida da sua filha recém-nascida, em virtude da excessiva e injustificada demora na realização e divulgação de exame sorológico com resultado negativo para o vírus HIV, anteriormente constatado em exame rápido realizado durante o procedimento de parto cesárea.

IV. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que, inexistindo parâmetro legal definido para a sua fixação, deve o mesmo ser quantificado segundo os critérios da proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame, não podendo, contudo, ser ínfimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, com a consequente inibição do seu caráter pedagógico, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido, afigurando-se razoável, na espécie, a sua fixação no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V. Desprovimento da remessa oficial e do apelo da promovida. Recurso dos autores parcialmente provido. Sentença reformada, em parte, tão somente, para elevar o montante do *quantum* indenizatório, na espécie dos autos.

(Numeração única: 0020782-81.2005.4.01.3300, Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.020795-4/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 21/09/2016, p. 1.786)

Administrativo. Mandado de segurança. Ensino superior. Processo seletivo. Universidade Federal de Uberlândia. Uso de aparelho auditivo durante realização da prova. Possibilidade. Razoabilidade. Agravo retido prejudicado.

I. Prolatada a sentença de mérito, resta prejudicado o agravo retido interposto contra a decisão interlocutória que deferiu *in limine litis* o pedido de antecipação de tutela, visto que já não mais subsiste tal decisão, sendo integralmente substituída pela sentença ulteriormente proferida.

II. Ademais, não prosperam as razões recursais da universidade requerida, segundo as quais a candidata teria descumprido as normas do edital regulador do certame, na medida em que tal alegação não elide a conduta desarrazoada da autoridade coatora, que obistou o uso de aparelho indispensável a pessoa portadora de deficiência auditiva, restando comprovada nos autos a real necessidade de seu uso, conforme declaração firmada por profissional habilitado, na qual há o registro de que o não uso pode implicar em prejuízos no desempenho e concentração.

III. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(Apelação/Reexame Necessário 0034449-65.2014.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 05/10/2016, p. 1.876)

Processo Civil. Apelação. Ação civil pública. Publicidade do direito do idoso à gratuidade ou descontos em passagens interestaduais. Obrigação da empresa prestadora do serviço disponibilizar a informação. Direito do consumidor. Boa-fé objetiva. Direito de escolha. Procedência da ação.

I. Apelações interpostas pelo MPF e pela ANTT contra sentença que julgou improcedente ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal com o pedido de reconhecimento da obrigatoriedade da empresa transportadora fixar em local visível do ponto de venda de passagens a informação sobre a gratuidade ou direito de desconto em passagens interestaduais garantidos pela Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso.

II. A liberdade de ação do particular e a ausência de regra expressa que obrigue a publicidade de informação sobre garantia legal que outorga gratuidade na aquisição de duas passagens ou desconto nas demais em linhas de ônibus interestaduais não podem servir de fundamento para indeferir pretensão veiculada em ação civil pública destinada a reconhecer que o direito a tal informação constitui direito subjetivo dos idosos beneficiários, podendo ser garantida a pretensão pela via judicial.

III. A publicidade de tal benefício é devida em atenção aos princípios da boa-fé objetiva, do acesso à informação, da publicidade e da adequada prestação do serviço, que estão contemplados no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.987/1995, consistindo medida de transparência e fornecimento ou prestação adequada do produto ou serviço.

IV. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do direito à informação no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, preconiza que ela seja a mais ampla possível e atenta aos princípios da boa-fé objetiva, do dever de colaboração e de respeito à contraparte, o que, no caso examinado, se torna exequível com a afixação da informação sobre o direito à gratuidade e ao desconto nas hipóteses previstas na Lei 10.741/2003.

V. Fixação do prazo de 30 dias para que a empresa e as demais prestadoras do serviço sejam notificadas pela ANTT sobre a obrigatoriedade, fixando-se para a ré desta ação multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada ponto de atendimento que seja atuado em razão do descumprimento da obrigação determinada.

VI. Improcedente o pedido de condenação da ANTT por suposta omissão na fiscalização do cumprimento da regra de gratuidade e desconto em passagens deferida a idosos, uma vez que está comprovada documentalmente a atuação da autarquia.

VII. Honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a ser divididos entre o Ministério Público Federal e a ANTT, em razão da ausência de parâmetro objetivo ou condenação para a fixação de honorários em percentual.

VIII. Apelação do Ministério Público Federal provida.

IX. Apelação da ANTT provida.

(Numeração única: 0000386-09.2007.4.01.3302, Apelação Cível 2007.33.02.000386-1/BA, rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada), unânime, e-DJF1 de 17/10/2016, p. 511)

Sexta Turma

Apelação cível. Funai. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Estupro e morte praticados por indígena integrado à sociedade. Inaplicabilidade da tutela prevista na Lei 6.001/1973. Sentença mantida.

I. No caso em apreço, requerem os apelantes indenização por danos morais e materiais em razão do falecimento de sua filha, vítima de crime praticado por indígena.

II. A tutela prevista no art. 7º da Lei 6.001/1973 aplica-se apenas aos indígenas não integrados à sociedade. Em outros termos, praticado ato ilícito por silvícola não integrado à sociedade, a Funai será civilmente responsabilizada.

III. No caso dos autos, o indígena responsável pela prática do crime que vitimou a filha dos apelantes era plenamente integrado, como se constatou de sua sentença condenatória proferida em autos criminais, bem como dos documentos acostados aos presentes autos, que informam ser ele possuidor de título de eleitor e de alguma instrução formal, vivendo no mesmo distrito em que residiam os apelantes, não indígenas.

IV. Assim, corretamente laborou o juízo *a quo* ao afastar a responsabilidade civil da Funai, já que inaplicável o regime de tutela ao caso concreto.

V. Apelação dos autores a que se nega provimento.

(Numeração única: 0000759-05.2006.4.01.4101, Apelação Cível 2006.41.01.000759-4/RO, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), unânime, e-DJF1 de 05/09/2016, p. 631)

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Saúde. Tratamento médico domiciliar (home care). Responsabilidade solidária. Ilegitimidade passiva dos entes públicos. Prova documental. Princípios da reserva do possível, da separação dos Poderes e da isonomia. Violação não configurada. Honorários advocatícios. DPU. União. Exclusão. Súmula 421 do STJ.

I. Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar à população carente o acesso a medicamento e a tratamentos médicos. Preliminar de ilegitimidade passiva da União e Município de Cuiabá/MT rejeitada.

II. Cinge-se a questão em torno da discussão acerca da concessão de forma antecipada de inclusão de paciente ao Programa de Tratamento Domiciliar (*home care*).

III. A análise do fornecimento de tratamento médico pelo Judiciário deve ser criteriosa — em que se verifiquem (I) a imprescindibilidade do tratamento; (II) a ausência de outras opções eficazes; (III) a atual situação clínica do paciente e o grau de evolução da doença; e (IV) a hipossuficiência financeira do enfermo. Nesse sentido, o quadro fático dos autos, em abono à manutenção do deferimento, demonstra que a decisão impugnada, além de considerar a medida almejada, com base nos elementos probatórios acostados, necessária e urgente ao tratamento, registrou a sua reversibilidade e possibilidade, em não sendo concedido o direito pleiteado, de causar danos irreparáveis à saúde e até à vida do(a) paciente.

IV. O dever do Estado de garantir a saúde não exclui o das pessoas, *da família*, das empresas e da sociedade, a teor da expressa determinação do § 2º do art. 2º da Lei 8.080/1990.

V. Não ressaí razoável compelir o Estado a oferecer tal tratamento por um período indefinido de tempo, razão pela qual cabível a fixação de um prazo de 6 (seis) meses para a permanência da internação *home care* em análise, condicionada a sua renovação à comprovação, pelo paciente, da necessidade de sua continuidade — medida que, todavia, não poderá ser adotada na hipótese dos autos, à míngua de pedido expresso nesse sentido.

VI. A possibilidade da Defensoria Pública da União receber honorários de sucumbência em decorrência de sua atuação está expressamente prevista no art. 4º, inciso XXI, da Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009. (AC 0013140-23.2006.4.01.3300/BA, rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1, p.118, de 07/02/2012.)

VII. No entanto, afigura-se incabível a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União, porquanto tem aplicação, na espécie, o enunciado da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça, publicado no *DJe* de 11/03/2010, que possui a seguinte redação: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”

VIII. Recursos conhecidos; apelações da União e do Município de Cuiabá a que se nega provimento; remessa oficial parcialmente provida para afastar a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios à DPU (Súmula 421 do STJ).

(Apelação/Reexame Necessário 0017580-54.2014.4.01.3600/MT, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 23/08/2016, p. 577)

Processual Civil. Apelação cível. Direito Civil. Responsabilidade civil. Dano moral coletivo. Provedor. Ato de terceiro.

I. Trata-se de recurso de apelação em que a apelante visa à exclusão da condenação por dano moral coletivo em virtude da ausência de dano e, subsidiariamente, pela ausência de responsabilidade civil, por ter sido a conduta ilícita praticada por terceiro.

II. O dano moral não é suscetível de ser provado, mas deve ser aferido *in re ipsa*, isto é, por presunção de sua ocorrência, à luz das contingências históricas, políticas e sociais que envolvam o caso concreto e que indiquem como normativamente tutelado o conteúdo extrapatrimonial ofendido.

III. O dano moral coletivo, por sua vez, diz respeito à consequência de uma conduta que viole valores extrapatrimoniais pertencentes a uma categoria, classe ou grupo ligado por uma relação jurídica base (art. 81 do CDC). Neste sentido, seria a ofensa à honra objetiva, à reputação não de cada um dos membros pertencentes a um determinado grupo, mas à reputação de toda uma coletividade formada por indivíduos agregados por uma identidade comum.

IV. Na espécie, o dano moral coletivo se configura como consequência do conteúdo postado apenas em uma das comunidades, pois, ao contrário do ocorrido nas demais comunidades virtuais, nesta, a categoria das enfermeiras é diretamente ofendida, conduta essa que, potencialmente, por seu conteúdo ofensivo, implica menosprezo e difamação injustificáveis da categoria profissional como um todo, violando, pois, a honra objetiva das profissionais de enfermagem, já que o autor da descrição se dirige às enfermeiras de forma ampla, ocasionando, portanto, pela ofensa à reputação da classe, dano moral coletivo.

V. *“O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02”* (AgRg no AREsp 495.503/RS, rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 1º/06/2015)

VI. A responsabilização do provedor pelo dano moral oriundo de conteúdo postado por terceiro só se configurará caso a) o próprio provedor tenha sido aquele que fixou a publicação, isto é, que, exercendo controle editorial, disponibilizou definitivamente o conteúdo, ou b) em não exercendo controle editorial sobre a publicação, insistiu em manter o conteúdo ofensivo publicado por terceiro mesmo após ter sido, por força de decisão judicial, condenado a retirar o conteúdo da rede.

VII. *In casu*, uma vez que a apelante a) não exerce controle editorial sobre o conteúdo publicado por usuários, e b) cumpriu a decisão judicial que determinou a exclusão de uma das comunidades, não há que se falar em responsabilidade da apelante pelo dano moral coletivo.

VIII. Recurso de apelação conhecido e provido.

(Numeração única: 0038886-44.2007.4.01.3400, Apelação Cível 2007.34.00.039113-4/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 23/08/2016, p. 493)

Apelação cível. Sindicato e federação dos delegados da Polícia Federal. Ação ordinária. Defesa do interesse da categoria. Autorização expressa dos afiliados. Desnecessidade. Previsão no estatuto. Legitimidade ativa. Existência. Nomeação. Chefia de delegacia de Polícia Federal por não delegado. Possibilidade. Sentença reformada.

I. Conforme decidido pelo c. STF no RE 883642, em repercussão geral, reconhece-se “ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.”

II. “O Superior Tribunal de Justiça e esta e. Corte de Justiça Regional firmaram entendimento no sentido de que o sindicato ou associação regulamente constituído e em norma funcionamento possui legitimidade para postular em juízo em nome da categoria, na qualidade de substituto processual, independentemente de autorização expressa ou relação nominal dos substituídos, sendo suficiente a cláusula específica no respectivo estatuto.” Precedentes.

III. No caso em apreço, os apelados, entidades de natureza sindical, estão expressamente autorizados por seus estatutos sociais a representarem os interesses de seus filiados judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa dos apelados afastada.

IV. O art. 144, § 4º, da Constituição Federal, ao prever que a polícia civil será dirigida por “delegados de polícia de carreira”, não se aplica à carreira da Polícia Federal.

V. A Lei 9.266/1996, ao dispor sobre a regulamentação das classes de carreira da Polícia Federal, conforme alteração dada pela Lei 13.047/2014, não teve o condão de restringir de modo específico a chefia das delegacias de Polícia Federal a ocupantes dos cargos de delegado de Polícia Federal, diferentemente do que previu em relação ao diretor-geral de Polícia Federal, cuja nomeação se restringe a delegados federais de categoria especial.

VI. Quer isso significar que o legislador, se pretendesse restringir a ocupação das chefias de delegacia de Polícia Federal exclusivamente a integrantes da carreira de delegado de Polícia Federal, o teria feito de modo expresso, o que não ocorreu no caso em apreço. Deve, assim, ser preservada a discricionariedade da Administração na nomeação de agentes públicos para funções de confiança, caso das chefias de delegacia de Polícia Federal.

VII. Recurso de apelação da União e reexame necessário aos quais se dá provimento.

(Apelação/Reexame Necessário 0038875-39.2012.4.01.3400/DF, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), unânime, e-DJF1 de 16/09/2016, p. 4.136)

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Saúde. Tratamento médico. Leucemia. Vaga em leito de hospital de nível terciário. Preliminar: ilegitimidade passiva do Estado e responsabilidade dos Cacons. Princípio da descentralização do SUS. Responsabilidade solidária. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade. Defensoria Pública da União. Possibilidade. Sentença mantida.

I. Nos termos do art. 196 da Constituição da República, incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. Portanto, é possível o ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais. Afasto, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida pelos entes públicos.

II. Não há que se falar em responsabilidade pelo custeio do tratamento pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia – Cacons, em que pese estes possuírem competência para realizar tratamento de câncer e fornecer os respectivos medicamentos no âmbito do SUS, uma vez que o fornecimento necessário ao controle da patologia é obrigação única e exclusiva dos entes públicos e não das unidades de tratamento oncológico conveniadas.

III. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o *status* de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

IV. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação de fazer consistiu em determinar ao Município de Uberlândia, ao Estado de Minas Gerais e à União, dentro de suas áreas territoriais, de forma conjunta e solidária, que disponibilizassem, em caráter definitivo, uma vaga em hospital de nível terciário, com suporte em oncologia, preferencialmente na rede pública de atendimento à saúde (SUS) ou, se inexistente nesta, requisitem vaga em qualquer hospital particular não conveniado, para realização do tratamento vindicado à parte-autora, diagnosticada com leucemia.

V. Tendo o Estado, em seu sentido amplo, dado causa ao ajuizamento da ação, já que negado o custeio do tratamento médico vindicado pela parte-autora, deve ele arcar com os honorários de sucumbência. Incidência do princípio da causalidade.

VI. Consoante jurisprudência deste egrégio Tribunal, “a possibilidade de a Defensoria Pública da União receber honorários de sucumbência em decorrência de sua atuação está expressamente prevista no art. 4º, inciso XXI, da Lei Complementar n. 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009” (AC 0013140-23.2006.4.01.3300/BA, rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1, p. 118, de 07/02/2012).

VII. Recurso de apelação e remessa oficial de que se conhece e a que se nega provimento.

(Apelação/Reexame Necessário 0011193-59.2015.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 16/09/2016, p. 4.187)

Administrativo e Civil. Apelação cível. Concurso público. Técnico bancário da Caixa Econômica Federal – CEF. Aprovação. Candidata emancipada. Aquisição da plena capacidade civil. Direito à posse. Sentença reformada. Apelação provida.

I. A jurisprudência deste Tribunal, do TRF4 e da 2ª Turma do STJ possui entendimento no sentido de que a emancipação torna a pessoa capaz para a prática de todos os atos da vida civil e, em relação a candidato aprovado em concurso público, o de ser empossado e de exercer cargo público pretendido, desde que não exista lei específica a impor limite de idade para o exercício das funções pretendidas.

II. No caso dos autos, a impetrante participou e foi aprovada na 11ª colocação do concurso público para provimento do cargo de técnico bancário da Caixa Econômica Federal – CEF e não obstante ter nascido em 15/02/1992, estava, quando da convocação para apresentação e realização de exames médicos pré-admissionais, em 13/08/2009, devidamente emancipada por seus genitores, por meio de escritura pública de emancipação datada de 11/08/2009.

III. Vê-se, portanto, que, quando do atendimento da “Convocação para comprovação de requisitos e exames médicos pré admissionais Caixa”, a candidata preenchia o requisito da maioridade, uma vez que não obstante não possuir 18 anos completos fora regularmente emancipada, nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil, passando, então, a poder praticar todos os atos da vida civil.

IV. Incabível o argumento de que o candidato deveria ter impugnado o edital do concurso, seja porque fora emancipado, seja porque claramente falava que a maioridade deveria ser comprovada na data da contratação e a eliminação se deu no momento da apresentação de documentos e realização de exames pré-admissionais.

V. Não se trata de negar aplicação aos princípios da legalidade, isonomia e vinculação ao edital, mas, sim, de privilegiar os princípios da razoabilidade e eficiência, já que a Administração, por meio de concurso público, busca selecionar o candidato mais capacitado.

VI. Não se nega a existência de argumentos no sentido de que o candidato menor de 18 anos, mesmo que emancipado, não responderia criminalmente pela prática de eventual infração penal, mas somente administrativamente e civilmente, o que seria incompatível com o exercício de cargo público, em razão de o menor de 18 anos, para fins penais, responder pela prática de ato infracional (crime ou contravenção penal), sujeito a medidas sócioeducativas, a teor dos arts. 104 e 112 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

VII. Não obstante a jurisprudência permitir a limitação de idade para o exercício de funções de determinados cargos, ela exige para tanto que tal previsão esteja contida em lei, o que não se aplica ao caso posto, seja porque não há previsão legal no sentido de que para o exercício do cargo de técnico bancário o candidato teria que ter mais de 18 anos, seja porque não se vê complexidade nas atribuições do cargo de técnico bancário, para o qual se exige tão somente conclusão de curso de Ensino Médio, em instituição de ensino reconhecida pelo Ministério da Educação – MEC (item 2.3 do edital).

VIII. Este Tribunal possui entendimento no sentido de que “É possível, no entanto, a nomeação e posse antes do trânsito em julgado nos casos em que o acórdão do Tribunal seja unânime e tenha logrado sucesso em todas as demais fases do certame.” (AC 0056518-73.2013.4.01.3400 / DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 de 08/04/2016).

IX. Apelação conhecida e provida para, reformando a sentença, conceder a segurança para determinar à autoridade coatora que providencie a posse e entrada em exercício da impetrante no cargo pretendido de técnico bancário, em razão do preenchimento do requisito de idade exigido no edital e desde que não haja outro empecilho para tanto.

(Numeração única: 0010630-75.2009.4.01.3900, Apelação Cível 2009.39.00.010644-3/PA, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 16/09/2016, p. 4.089)

Remessa oficial. Administrativo. Mandado de segurança. Transporte aéreo. Acordo comercial. Exigência de regularidade fiscal como condição para homologação. Impossibilidade. Meio coercitivo e indireto de cobrança de tributos. Sentença mantida.

I. Busca o presente *mandamus* que “a Autoridade Coatora se abstenha de exigir a apresentação de certidões de regularidade fiscal e previdenciária como condição para a aprovação do acordo de compartilhamento de assentos celebrado com a US Airways, objeto do Processo 00058.015263/2014-61”.

II. Distintamente do que ocorre no âmbito licitatório e tributário, nessas hipóteses dos autos, em que empresas privadas realizam acordos comerciais privados (compartilhamento de assentos aéreos) a serem homologados pela Anac, a regularidade fiscal não pode ser exigida como condição para homologação da avença, vez que se estaria — desprovido de qualquer lastro legal — restringindo o desenvolvimento da atividade econômica e exercendo meio coercitivo e indireto de cobrança de tributos, o que, a toda evidência, configuraria violação ao princípio da legalidade e aos conteúdos das Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal.

III. Em caso semelhante a 5ª Turma desta e. Corte já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que “II - Afigura-se escorreta a sentença monocrática, que afastou a exigência de apresentação de certidão de regularidade fiscal como condição para a homologação de acordo de compartilhamento de assentos (codeshare), tendo em vista a ausência de qualquer razoabilidade, bem assim a inexistência de previsão legal da medida indicada na espécie. III - Ademais, é vedado à Administração Pública impor sanções administrativas como meio coercitivo e indireto para a cobrança de tributos, visto que dispõe de outros meios legais para tanto, não se afigurando válida a limitação de direitos dos administrados, em casos que tais, pelo que não merece reforma o julgado monocrático na espécie dos autos. IV - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.” (Apelação em Mandado de Segurança 00342099720094013400 – Data: 17/04/2015) (grifado.)

IV. Remessa oficial conhecida, mas, no mérito, não provida.

(Reexame Necessário 0023532-32.2014.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 20/09/2016, p. 801)

Apelação. Administrativo. Indenização. Contrato administrativo. Consecução de obra. Construção de fórum trabalhista. Verbas extracontratuais. Reequilíbrio econômico-financeiro. Lucros cessantes. Ausência de demonstração. Juros de mora. Sentença parcialmente reformada.

I. Não há que se falar em inépcia quando a parte-autora traz aos autos documentos suficientes para análise de sua pretensão. A inépcia em razão da ausência de documentos essenciais só se pode considerar ocorrida quando faltam aos autos documentos obrigatórios à propositura da ação, sem os quais se torna impossível o reconhecimento do direito requerido, o que não se deu no caso em apreço.

II. Trata-se de demanda originária de valores requeridos por contratada depois de concluído o Contrato Administrativo 40/2001 e seus aditamentos, que tinha por objeto a construção do Fórum Trabalhista de Macapá.

III. A sentença deve ser integralmente mantida no tocante aos valores reconhecidos como devidos pela Administração, vez que se fundamentou nos documentos constantes dos autos trazidos, diga-se de passagem, pela parte-autora.

IV. Em razão do ônus constante do art. 333, inciso I, do CPC/1973, à parte-autora cabia demonstrar que os documentos produzidos pela Administração encontravam-se equivocados, o que não logrou fazer ao longo da presente demanda, eis que se quedou a trazer aos autos, além de partes do processo administrativo relativo ao Contrato 40/2001 e seus aditivos, apenas documentos produzidos unilateralmente.

V. Quanto ao item “Reajuste das quatro últimas medições pelo IPC-BR”, não há que se falar em correção monetária das parcelas pretendidas à míngua de previsão contratual. Ademais, os valores das medições já foram pagos à parte-autora no momento aprazado, constando as prorrogações contratuais de termos de aditamento, os quais também previam valores adicionais a serem pagos à parte-autora.

VI. Em relação ao pleito 8, de realinhamento de preços das medições da obra, formulados pela parte-autora em razão de mudanças no projeto arquitetônico e elétrico promovidas exclusivamente pelo TRT e em razão de imprevistos ocorridos durante a consecução da obra (necessidade de emprego de demolição mecânica em vez de manual em razão de estruturas de concreto armado encontradas no terreno em que seria realizada a obra e necessidade de consecução de aterro por conta de desnivelamento do terreno superior a 2m em relação à via urbana), a situação mencionada de desequilíbrio econômico-financeiro não ficou cabalmente demonstrada nos autos, já que se nota, da documentação acostada aos autos, que o incremento dos valores e de prazo para conclusão da obra constaram de aditamentos contratuais, tendo sido inclusive objeto de pleitos formulados pela parte-autora e acolhidos em parte nos autos em apreço. Do mesmo modo, a parte-autora não demonstrou o que razoavelmente deixou de ganhar com o atraso na consecução do contrato, não se podendo, por isso, reconhecer-lhe direito a lucros cessantes.

VII. A respeito do critério de correção da dívida não tributária em face da Fazenda Pública, esta Corte Regional vem adotando a orientação do Superior Tribunal de Justiça estabelecida pela 1ª Seção daquela Corte no julgamento do REsp 1.270.439/PR, sob o rito dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que “O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.”

VIII. Ocorre que ao examinar e julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza”, inscritas no § 12 do art. 100 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 62/2009 e decidiu que “O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, ao reproduzir as regras da EC 62/2009 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento [...]”. Nesse contexto, a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança continuou em vigor até a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Corte Suprema, o que ocorreu no exame da questão de ordem na ADI 4.425/DF para definir que “fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional 62/2009, até 25/03/2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)”.

IX. Essa compreensão foi adotada por este Tribunal no julgamento da AC 7050-73.2009.4.01.3500/GO. Todavia, referido entendimento ainda não é conclusivo, uma vez que a Excelsa Corte reconheceu a existência de repercussão geral a respeito da validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança, conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 com redação dada pela Lei 11.960/2009, nos autos do RE 870.947/SE. Na ocasião, o Ministro Luiz Fux acentuou que, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, “a decisão do Supremo Tribunal Federal foi clara no sentido de que o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, não foi declarado inconstitucional por completo. Especificamente quanto ao regime dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública [...] a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, §12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional.”

X. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça foi estabelecido o Tema 905 de recurso repetitivo que discute a “aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora”. O STJ sobrestou o referido tema até a apreciação do RE 870.947/SE no Supremo Tribunal Federal.

XI. Nesse cenário, enquanto se aguarda a conclusão definitiva das Cortes Superiores a respeito da matéria, o melhor juízo é pela manutenção do entendimento estabelecido neste Tribunal, amparado em precedente repetitivo da Corte Cidadã (REsp 1.270.439/PR), no sentido de que nas condenações em matéria não tributária em face da Fazenda Pública deve incidir a taxa Selic, que engloba ao seu índice juros e correção monetária, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (30/06/2009), quando então os juros devem corresponder aos índices oficiais de remuneração

básica aplicados à caderneta de poupança, e a correção monetária ao IPCA, índice que melhor reflete a inflação do período.

XII. A jurisprudência do c. STJ, de modo pacífico, ao considerar a existência de sucumbência recíproca, leva em consideração o número de pedidos formulados e deferidos e não a diferença entre os valores pretendidos e os judicialmente obtidos. Tendo a parte-autora formulado oito pedidos, dos quais cinco foram atendidos parcialmente, é de se considerar correta a decisão que determinou que cada demandante arcasse com seus ônus processuais, já que a parcela de vitória de cada uma delas foi próxima.

XIII. Recurso de apelação da parte-autora a que se nega provimento e reexame necessário e apelação adesiva da União aos quais se dá parcial provimento para que a dívida receba atualização e correção monetária nos termos do item XI.

(Numeração única: 0000028-64.2005.4.01.3900, Apelação/Reexame Necessário 2005.39.00.000028-8/PA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 07/10/2016, p. 1.973)

Apelação. Visto de permanência. Estrangeiro irregular no País. União familiar. Dependência econômica. Universitário. Impossibilidade de requerimento administrativo, em razão de pendência de análise de concessão de visto ao genitor. Demora imputável à Administração. Inexigibilidade de esgotamento das vias administrativas. Conflito entre a soberania nacional e a proteção à família. Prevalência da dignidade da pessoa humana. Sentença mantida.

I. Filho de estrangeiro, de origem italiana, que ingressou no País com menos de 18 (dezoito) anos de idade para residir com o seu pai, seu guardião legal, que pretende ver reconhecido seu visto de permanência em razão de união familiar.

II. Situação de dependência econômica, visto tratar-se de menor de vinte e quatro anos, universitário, nos termos da Resolução Normativa 108/2014, do Conselho Nacional de Imigração.

III. A situação de irregularidade decorrente da demora da Administração e do Poder Judiciário em conceder visto de permanência ao genitor, com a consequente impossibilidade de obtenção de visto pela via administrativa, por descumprimento de requisito previsto na Resolução 36/1999, é hábil a justificar o recurso à esfera judicial para obtenção da concessão de visto de permanência ao apelado, sem que se afigure violação à separação dos Poderes, eis que respeitado o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (inafastabilidade da jurisdição).

IV. Embora a entrada e permanência de estrangeiro no País seja ato diretamente relacionado ao exercício da soberania nacional, nos termos dos arts. 21 e 22, inciso XV, da Constituição Federal e da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), não se pode olvidar que a própria Carta Constitucional tutela a família, a teor do disposto no seu art. 226, *caput*, à qual, diga-se de passagem, confere “especial proteção”.

V. O sopesamento de valores constitucionais deve conduzir à promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento expresso da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), o que não se daria com a deportação do apelado ao seu Estado de origem, com o consequente rompimento de seus estudos e submissão à dependência econômica de sua genitora, com a qual possuía problemas familiares que justamente culminaram com a concessão de sua guarda ao pai. Precedente.

VI. Apelação e reexame necessário aos quais se nega provimento.

(Apelação/Reexame Necessário 0041815-49.2013.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 07/10/2016, p. 2.023)

Sétima Turma

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Crédito rural. Transferência à União. Inscrição em dívida ativa. Possibilidade. Entendimento das turmas que compõem a Quarta Seção desta Corte. Penhora de imóvel. Pequena

propriedade rural. Bem dado em garantia do débito pelo embargante. Possibilidade. Art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/1990. Comissão de permanência. Juros remuneratórios. Cabimento.

I. O entendimento firmado pelas 7ª e 8ª Turmas desta Corte é no sentido de que os créditos rurais originários de operações financeiras — alongadas ou renegociadas, nos termos da Lei 9.138/1995 —, cedidos à União por força da Medida Provisória 2.196-3/2001, estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal, não obstante a natureza pública ou privada dos créditos em si, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei 6.830/1980. Numeração única: 0014927-59.2007.4.01.0000. AG 2007.01.00.014309-4/BA; Agravo de instrumento. Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso. Órgão: Oitava Turma. Publicação: 21/08/2015, *e-DJF1*, p. 1.945. Data Decisão: 19/06/2015.

II. Não há vedação legal para a inscrição em dívida ativa dos créditos cedidos à União por força da MP 2.196-3/2001. Sua cobrança, portanto, deve obedecer os ditames da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980). Jurisprudência desta Corte. (AC 2007.33.00.003349-0/BA, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 7ª Turma, *e-DJF1* p. 441.)

III. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que “em se tratando de exceção à regra da impenhorabilidade – a qual, segundo o contorno conferido pela construção pretoriana, se submete à necessidade de haver benefício à entidade familiar -, e tendo em conta que o natural é a reversão da renda da empresa familiar em favor da família, a presunção deve militar exatamente nesse sentido e não o contrário”.

IV. A exceção à impenhorabilidade e que favorece o credor está amparada por norma expressa, de tal modo que impor a este o ônus de provar a ausência de benefício à família contraria a própria organicidade hermenêutica, inferindo-se flagrante também a excessiva dificuldade de produção probatória. Sendo razoável presumir que a oneração do bem em favor de empresa familiar beneficiou diretamente a entidade familiar, impõe-se reconhecer, em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de *venire contra factum proprium*), a autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família, que eventual prova da não ocorrência do benefício direto é ônus de quem prestou a garantia real hipotecária.

V. Hipótese em que não há alegação alguma quanto ao não aproveitamento decorrente da oneração do bem como garantia hipotecária do crédito rural obtido pelo embargante.

VI. Permitida a aplicação dos juros remuneratórios segundo os índices contratados e respeitada a capitalização semestral nos contratos originários, e anual a partir da securitização, esse é o entendimento uniformizado no Superior Tribunal de Justiça, para quem “permite-se a capitalização mensal dos juros nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-Lei 167/1967 e Decreto-Lei 413/1969), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória 1.963-17 (31/03/2000) e que pactuada” (AGA 201000049057, Beneti, 3ª T., *DJE-07/05/2010*).

VII. “Admissível a cobrança de comissão de permanência — tão-somente no período de inadimplência — calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada, contudo, à taxa do contrato, sendo vedada, entretanto, a sua cumulação com juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios ou multa contratual” (AgRg o REsp 1299742/RS, Salomão, 4ª T., j. 19/04/2012), ficou claro que a cobrança de juros moratórios com remuneratórios e respectiva multa continua legítima e exigível.

VIII. Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta, às quais se dá provimento.

XIX. Apelação do embargante parcialmente provida.

(Apelação Cível 0018542-03.2010.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, unânime, *e-DJF1* de 02/09/2016, p. 3.247)

Tributário. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero. Imunidade recíproca. Reconhecimento. Possibilidade. Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte. Sentença mantida.

I. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero deve ser estendida a imunidade tributária recíproca, sem qualquer afronta ao Texto Constitucional.

II. Não incide ISS sobre a atividade desempenhada pela Infraero na execução de serviços de infraestrutura aeroportuária, atividade que lhe foi atribuída pela União [art. 21, XII, c, da CB/1988]. (RE 524.615 AgR – Relator Min. Eros Grau – Segunda Turma – Unânime – *DJe* 02/10/2008.)

III. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento.

(Numeração única: 0003135-24.2001.4.01.3200, Apelação/Reexame Necessário 2001.32.00.003138-9/AM, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, unânime, *e-DJF1* de 02/09/2016, p. 3.176)

Processual Civil e Tributário. IPI. Incidência sobre os importadores na saída de produtos de procedência estrangeira do estabelecimento, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil. Julgado do STJ: sistemática de recursos repetitivos.

I. Segundo os precedentes desta eg. 7ª Turma, incide o IPI sobre as operações de revenda de produtos importados que não tenham sido submetidos a processo de industrialização após a chegada no território nacional.

II. Contudo, o col. STJ no julgamento do REsp 1.403.532/SC, na sistemática de recursos repetitivos, firmou o entendimento de permitir nova cobrança do IPI na operação de saída da mercadoria do estabelecimento comercial importador, ainda que não tenham sofrido industrialização no Brasil, porquanto distintos os fatos geradores descritos no desembarço aduaneiro e na saída da mercadoria do estabelecimento importador (rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/10/2015, *DJe* 18/12/2015).

III. Apelação e remessa oficial providas para denegar a segurança.

(Apelação/Reexame Necessário 0005795-34.2015.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, unânime, *e-DJF1* de 16/09/2016, p. 4.496)

Processual Civil e Tributário. Ação ordinária. Pretensão inicial: declarar a validade de títulos da dívida externa para liquidação de obrigações tributárias vencidas. Processo extinto sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC/1973). Honorários advocatícios. Majoração. Art. 85 do CPC/2015.

I. O § 2º do art. 85 do CPC/2015 prevê que os honorários advocatícios serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, observados (a) o grau de zelo do profissional, (b) o lugar de prestação do serviço, e (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

II. A desvinculação com os parâmetros do referido dispositivo permite ao juiz fixar o valor dos honorários advocatícios por apreciação equitativa nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (§ 8º do art. do CPC/2015).

III. Por sua vez, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os percentuais de um a vinte por cento, conforme a previsão do § 3º, incisos I a V, do art. 85 do CPC/2015.

IV. Considerando a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC/1973), a natureza da demanda, o valor da causa (R\$ 18.070.170,40), o lugar da prestação do serviço, o grau de zelo e a atuação do procurador (contestação e cotas às fls. 169v e 170v), deve ser reformada a sentença para majorar os honorários advocatícios de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para 3% (três por cento) sobre o valor da causa, *pro rata* (4 autoras), conforme as balizas dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015

V. Apelação provida para majorar os honorários advocatícios para 3% (três por cento) sobre o valor da causa (R\$ 18.070.170,40), *pro rata* (4 autoras).

(Apelação Cível 0017972-37.2013.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, unânime, *e-DJF1* de 23/09/2016, p.942)

Tributário. Processual Civil. Mandado de segurança. Cooperativa. CSLL sobre ato cooperado. Recurso repetitivo (art. 543-C CPC/1973) – REsp 58.265/SP. Empréstimos aos cooperados. Ganho de capital e lucro inexistentes. Natureza indenizatória. Não incidência. Aplicações financeiras. Ato não cooperado. Incidência.

I. O STJ firmou o entendimento, por ocasião do julgamento do REsp 58.265/SP sob regime de recursos repetitivos (art. 543-C, CPC/1973), que no caso de atos cooperados praticados entre a cooperativa e associados ou com outras cooperativas não ocorre a incidência de CSLL (art. 79, *caput*, da Lei 5.764/1971). Todavia, incide a tributação sobre operações realizadas com terceiros não associados, como as aplicações financeiras, ainda que, indiretamente, tenham como objetivo a consecução do objeto social da cooperativa.

II. *“As sociedades cooperativas, quando da determinação do lucro real, apenas podem excluir do lucro líquido os resultados positivos decorrente da prática de “atos cooperativos típicos”, assim considerados aqueles praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais (artigo 79, caput, da Lei 5.764/1971) [...] Deveras, a caracterização de atos como cooperativos deflui do atendimento ao binômio consecução do objeto social da cooperativa e realização de atos com seus associados ou com outras cooperativas, não se revelando suficiente o preenchimento de apenas um dos aludidos requisitos. 9. Ademais, o ato cooperativo típico não implica operação de mercado, ex vi do disposto no parágrafo único, do artigo 79, da Lei 5.764/71.”* (REsp 58.265/SP, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 1º/02/2010).

III. Honorários advocatícios incabíveis na espécie (art. 25 da Lei 12.016/2009). Custas *ex lege*.

IV. Apelações e remessa oficial não providas.

(Numeração única: 0000001-11.2010.4.01.3802, Apelação/Reexame Necessário 2010.38.02.000027-8/MG, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, e-DJF1 de 30/09/2016, p. 2.290)

Tributário e Processual Civil. Ação ordinária. Saldo negativo de IRPJ. Declaração retificadora. Natureza substitutiva. Compensação. Sentença mantida.

I. Prescreve o § 1º do art. 9º da IN SRF 1.110, de 24 de dezembro de 2010, que a declaração retificadora *“terá a mesma natureza da declaração originariamente apresentada e servirá para declarar novos débitos, aumentar ou reduzir os valores de débitos já informados ou efetivar qualquer alteração nos créditos vinculados.”*

II. Confirma-se a bem construída e fundamentada sentença que, afastando o art. 74, § 3º, VI e § 12, I, da Lei 9.430/1996, determinou que as compensações apresentadas via PER/DCOMP tenham como base os créditos oriundos do saldo negativo apurado na DIPJ retificadora do ano-calendário 2006 e não os valores constantes da declaração originariamente apresentada.

III. Nos termos do art. 151, II, do CTN, o depósito do montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário, viabilizando, por conseguinte, a expedição da CPD-EN ao contribuinte, como no caso.

IV. Verba honorária mantida nos termos da sentença recorrida.

V. Apelação e remessa oficial não providas.

(Apelação/Reexame Necessário 0045081-06.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, e-DJF1 de 14/10/2016, p. 4.173)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental em agravo de instrumento. Penhora sobre o faturamento da empresa. Medida excepcional. Não preenchimento dos requisitos. Não comprovação da inexistência de bens livres e desembaraçados em nome da devedora. Falta de pesquisa junto a cartórios de registro de imóveis. Manutenção dos fundamentos da decisão agravada.

I. A penhora sobre faturamento configura-se como medida excepcional, autorizada quando restarem atendidos os pressupostos específicos, quais sejam, (a) comprovação de inexistência de bens livres e desembaraçados capazes de garantir os débitos em execução ou quando existirem apenas bens de difícil alienação; (b) nomeação de

administrador na forma prevista nos arts. 678 e 719, *caput*, do CPC; e (c) e fixação de percentual razoável, que não prejudique o regular exercício da atividade empresarial.

II. No caso em apreço, não há a comprovação da inexistência de bens livres e desembaraçados em nome da devedora, capazes de garantir os débitos em execução, especialmente imóveis, por meio de pesquisas junto a cartórios de registro de imóveis.

III. Não obstante os argumentos apresentados nas razões do regimental, a tese jurídica veiculada pela parte agravante não é capaz de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Agravo de Instrumento 0010706-86.2014.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, *e-DJF1* de 14/10/2016, p. 4.228)

Oitava Turma

Tributário. PIS – Cofins. Isenção sobre receitas decorrentes das operações comerciais realizadas na Zona Franca de Manaus. Decreto-Lei 288/1967. Art. 40 do ADCT.

I. A venda de mercadorias para a Zona Franca de Manaus — independentemente do fato de o comprador ser pessoa física ou jurídica — equivale a exportação de produtos brasileiros para país estrangeiro, com todas as benesses fiscais constantes na legislação de regência, conforme disposto no art. 4º do Decreto-Lei 288/1967, que está em vigor em razão do art. 92 do ADCT, acrescido pela Emenda Constitucional 42, de 19/12/2003, que prorrogou por mais 10 anos o prazo estabelecido no art. 40 do ADCT.

II. A legislação referente ao PIS e à Cofins prevê expressamente que essas contribuições não incidirão sobre as receitas decorrentes das operações de exportação de mercadorias para o exterior. Não incidem também sobre as receitas decorrentes das operações realizadas na Zona Franca de Manaus, por força do disposto no art. 40 do ADCT.

III. Nas causas em que não houver condenação ou vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios deverão ser fixados mediante apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 3º, *a, b e c*, e § 4º, do CPC/1973).

IV. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se nega provimento.

(Apelação/Reexame Necessário 0017479-53.2014.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, *e-DJF1* de 26/08/2016, p. 1.576)

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Imposto de Renda Retido na Fonte. Complementação de aposentadoria. Prescrição da ação de execução. Súmula 150/STF. Prazo quinquenal. Precedentes do STJ. Data da aposentadoria para aferição do termo a quo do prazo prescricional. Art. 2º-A da Lei 9.494/1997. Não aplicação à espécie. Ajuizamento da execução individual no foro do domicílio do beneficiário. Possibilidade. Eficácia ultra partes da coisa julgada. Limitação da execução aos filiados da Fenacef na ação de conhecimento. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Apelação parcialmente provida.

I. Consoante enunciado 150 da Súmula do STF, prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação, sendo cediço o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo de cinco anos para a homologação por parte do Fisco é decadencial e não prescricional (AgRg nos EDcl no AREsp 625.297/DF, Primeira Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* de 03/09/2015), prevalecendo, portanto, para efeito de aplicação da Súmula 150 do STF, o prazo previsto no art. 168, I, do CTN.

II. Para aferição do termo *a quo* do prazo prescricional quinquenal, deve ser levada em consideração a data da aposentadoria dos exequentes, posto que o direito à repetição do indébito surge apenas a partir da ocorrência do pagamento/retenção indevida, ou seja, na data da aposentadoria, quando esta ocorrer na vigência da Lei 9.250/1995;

ou a partir da vigência da Lei 9.250/1995, quando a aposentadoria ocorrer na vigência da Lei 7.713/1988, ou antes disso (TRF1, AC 2008.34.00.015058-3/DF, Sétima Turma, rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca, *DJe* de 25/04/2014).

III. Tendo em vista o disposto no art. 109, § 2º, da CF/1988, não se aplica à espécie a limitação territorial dos efeitos da sentença prevista no *caput* do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, uma vez que se trata de ação ajuizada no Distrito Federal. Precedentes deste Regional.

IV. “A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo” (REsp 1243887/PR, STJ, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 12/12/2011, em recurso repetitivo).

V. “A coisa julgada do mandado de segurança coletivo tem eficácia ultra-partes, o que impõe, em razão do próprio interesse coletivo, que a concessão da segurança aproveite a todos os afiliados da associação impetrante, ainda que se tenham filiado após o ajuizamento da ação” (AC 0004364-49.2011.4.01.3400/DF, TRF1, rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim, rel. p/ acórdão Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, *DJe* 17/05/2013, p. 577).

VI. A teor do entendimento jurisprudencial pátrio, “o art. 5º, LXX, b, da Constituição da República de 1988 autoriza que a associação impetre mandado de segurança coletivo em favor dos interesses de seus associados, o que configura substituição processual e não depende de autorização expressa ou de apresentação de lista de associados” (AMS 2009.34.00.004527-4/DF, TRF1, Oitava Turma, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, *e-DJF1* 17/12/2010, p. 2.311).

VII. Apelação parcialmente provida.

(Apelação Cível 0004359-27.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, *e-DJF1* de 23/09/2016, p. 1.222)

Processual Civil. Embargos de declaração. Juízo de retratação (art. 543-B, § 3º, CPC/1973). Cofins. Isenção. Sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Art. 6º da LC 70/1991. Revogação do benefício fiscal. Lei 9.430/1996. Constitucionalidade. Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

I. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o conflito aparente entre lei ordinária e lei complementar não deve ser resolvido pelo critério hierárquico, mas pela natureza da matéria regradada, de acordo com o que dispõe a Constituição Federal (REs 377.457/PR e 381.964/MG).

II. A isenção prevista na LC 70/1991 (art. 6º, II) configura norma de natureza materialmente ordinária, e, embora tenha sido aprovada sob a forma de lei complementar, a revogação por lei ordinária (Lei 9.430/1996, art. 56), por ser válida, deve prevalecer.

III. Ante os julgados da Excelsa Corte e desta 8ª Turma, prevalece o entendimento de que o art. 56 da Lei 9.430/1996, que revogou o art. 6º, II, LC 70/1991, é constitucional.

IV. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/1973, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

(Numeração única: 0001293-49.2006.4.01.3809, Embargos de Declaração em Apelação/Reexame Necessário 2006.38.09.001293-7/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, *e-DJF1* de 23/09/2016, p. 1.161)

Constitucional e Tributário. Agravo regimental em agravo de instrumento. Compensação de créditos. Precatório judicial. Art. 100, §§ 9º e 10, da CF/1988. ADI 4357/DF. Impossibilidade. Modulação dos efeitos. Precedentes desta Corte, do STJ e do STF. Agravo regimental não provido.

I. Vedada a compensação de créditos oriundos de precatório judicial com débitos constituídos pela Fazenda Pública contra o credor do precatório, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal. Precedentes.

II. Na modulação dos efeitos das ADIs 4357/DF e 4425/DF, ficou expressamente decidido que, a partir de 25/03/2015, não será mais possível a quitação de precatório por meio de compensação.

III. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0008155-07.2012.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 30/09/2016, p. 2.727)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental em agravo de instrumento provido. Decisão do relator (CPC/1973, art. 557, § 1º-A). IPI. Antecipação dos efeitos da tutela. Decreto 8.393/2015. Inclusão de produtos sujeitos à incidência do tributo em anexo da Lei 7.798/1989. Aparente ilegalidade, por violação ao art. 4º desse diploma legal. Agravo regimental não provido.

I. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Segunda Turma, no REsp 436.997/DF, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 1º/12/2003, firmou orientação no sentido de que “a Lei 7.798, de 10/07/1989, ao alterar a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e dar outras providências, em nenhum momento alude ao fato de que o tributo, no caso de empresas interdependentes, deva ser cobrado em ambas as etapas de circulação da mercadoria. Ao contrário, o art. 4º do referido diploma legal é taxativo ao prescrever que ‘os produtos sujeitos aos regimes de que trata esta Lei pagarão o imposto uma única vez’”. Desse mesmo julgado extrai-se o entendimento de que “não pode o Fisco, a pretexto de coibir virtuais mecanismos de evasão fiscal, manipular a seu bel-prazer as práticas comerciais, criando obrigação não prevista em lei e onerando a produção com o encargo adicional de IPI sobre o valor agregado na fase de circulação comercial do produto”.

II. “Embora o art. 8º da Lei 7.798/1989 permita que o Poder Executivo exclua ou inclua produtos na lista de seu Anexo III, esse ato não pode ter o propósito de criar novo fato gerador, fora das hipóteses previstas no art. 46 do CTN, com a inclusão, no rol de contribuintes do IPI, de outros que não aqueles elencados no art. 51 do CTN. A Lei 7.798/1989, no art. 4º, determinou que os produtos sujeitos ao regime que instituiu serão passíveis de cobrança do imposto uma só vez, o que afasta a pretensão do Fisco de cobrar o IPI tanto do estabelecimento industrial como do estabelecimento atacadista” (AI 0025165-59.2015.4.01.0000/DF, TRF1, Oitava Turma, e-DJF1 22/07/2016).

III. O Decreto 8.393/2015, ao incluir no Anexo III à Lei 7.798/1989 os produtos que menciona, em exame preambular, consubstancia permissão para que, como parece ocorrer na espécie, produtos nacionais sejam tributados tanto na saída do estabelecimento industrial como na saída do estabelecimento atacadista adquirente desses produtos, o que, em análise de cognição sumária, não está em consonância com o disposto no art. 4º da Lei 7.798/1989.

IV. Sem razão a União (FN) ao alegar que “o constituinte, ao outorgar a competência para a instituição do IPI, o fez de forma ampla, dando liberdade ao legislador infraconstitucional para tributar qualquer atividade relacionada com os produtos industrializados”, ou que “a delegação de competência ao Poder Executivo promovida pelo artigo 8º da Lei 7.798/1989 é perfeitamente legal e constitucional”.

V. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0065185-92.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 07/10/2016, p. 2.594)

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Ordem dos Advogados do Brasil. Cancelamento da inscrição principal (Tocantins) após o cumprimento do prazo exigido (dois anos) para o requerimento de alteração para outra localidade (Paraná), ao argumento de falsa declaração. Domicílio civil. Domicílio eleitoral para efeito de realização de exame de ordem. Exigência feita, unicamente, em norma infralegal (Provimento 81/1996, vigente à época). Ônus da prova (CPC/1973, art. 333, I). Êxito do impetrante. Falta de razoabilidade do ato impugnado. Apelação e remessa oficial não providas.

I. “Não se pode exigir do bacharel em direito aprovado em exame de ordem a demonstração de que é domiciliado no estado em que pretende a inscrição como advogado. Inteligência dos art. 8º e 10 da Lei 8.906/1994” (REOMS 0051860-19.2003.4.01.3800/MG, TRF1, 7ª Turma Suplementar, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel (convocado), e-DJF1, p. 1.021, de 16/12/2011).

II. “O domicílio civil, que orienta a vida do cidadão, é o local em que ele se fixa com ânimo de definitividade (art. 70, CC), onde ele vive e se instala, com a família e seus bens, formando laços de amizade, criando raízes, interagindo com o meio social. O domicílio eleitoral muitas vezes sequer corresponde à realidade, sendo certo que algumas pessoas o mantêm por mero comodismo ou mesmo como pretexto para visitá-lo periodicamente na tentativa de não se desvincular de todo do local onde em algum momento de sua vida residiram. Por outro lado, se o exercício da profissão de advogado em nada está relacionado com o cumprimento das obrigações eleitorais, a exigência de domicílio eleitoral coincidente ao da circunscrição da Seccional termina por desproporcionalmente restringir direitos sem respaldo legal, excedendo poder regulamentar, sobretudo porque a alteração do domicílio eleitoral é revestida de formalidades e prazos previstos especificamente para assegurar a legitimidade e legalidade do processo eleitoral” (AP 2006.81.00.015045-7/CE, TRF5, Primeira Turma, rel. Des. Federal Maximiliano Cavalcanti, DJE 08/10/2009, p. 387).

III. O apelado obteve êxito em desincumbir-se do ônus que lhe cabia (CPC/1973, art. 333, I, vigente na data de prolação da sentença), qual seja, comprovar a regularidade da sua inscrição principal na OAB/TO, o transcurso do prazo de dois anos antes de ser requerida a alteração para a OAB/PR, e que a exigência de comprovação do domicílio civil para efeito de registro profissional é regra disciplinada, unicamente, em ato infralegal. Logo, não merece reparo a sentença.

IV. Satisfeitos os requisitos previstos na Lei 8.906/1994, art. 8º, não se mostra razoável o cancelamento da inscrição profissional do impetrante, dois anos após deferida, sob a justificativa de que “além de não ter concluído seu curso de graduação no Estado do Tocantins, não comprovou que possuía domicílio civil no citado Estado à época em que lá realizou e foi aprovado no Exame de Ordem”.

V. Apelação e remessa oficial não providas.

(Apelação/Reexame Necessário 0030629-20.2013.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 07/10/2016, p. 2.544)



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

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Quinta Turma

Processual Civil. Ação civil pública. Acordo de Cooperação Técnica ECE – 120/2005 (AHE Belo Monte). Litispendência e coisa julgada material com ação de improbidade administrativa. Perda superveniente do objeto da ação. Preliminares rejeitadas. Convênio. Necessidade de prévio procedimento licitatório. Participação das empresas que realizaram os estudos na licitação para a concessão da outorga. Vedação legal. Art. 9º da Lei 8.666/1993. Cláusula de confidencialidade. Violação ao princípio da publicidade. Posterior revogação. Publicação dos estudos no Diário Oficial da União. Nulidade do acordo.

I. Consoante já se decidiu, a ação civil pública, fundada na Lei 7.347/1985, assim como a ação de improbidade administrativa, prevista na Lei 8.429/1992, são espécies do gênero ações coletivas, integrando o microsistema da tutela coletiva, sendo certo que seus pressupostos são diversos, podendo caracterizar eventual conexão/continência, mas não litispendência, dado inexistir a tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir.

II. No caso, enquanto que na Ação de Improbidade Administrativa 0000218-13.2008.4.01.3903/PA, o MPF pretende a indisponibilidade dos bens dos ex-diretores da Eletrobrás e das empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A. — até o montante que assegure o integral ressarcimento dos supostos danos com a realização do Acordo de Cooperação Técnica ECE 120/2005, no valor de R\$ 36.231,86 —, na presente ação civil pública, o MPF pretende a declaração de nulidade do mesmo acordo de cooperação técnica e a condenação das empresas ré de se absterem de contratar com o Poder Público e, subsidiariamente, de se absterem de participar de licitação e de contratação relacionadas ao Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte – AHE Belo Monte.

III. Rejeitada a preliminar de litispendência e coisa julgada material desta demanda com relação à Ação de Improbidade Administrativa 0000218-13.2008.4.01.3903/PA, tendo em vista que, apesar de terem o mesmo objeto (o Acordo de Cooperação Técnica ECE 120/2005), veiculam pretensões completamente distintas.

IV. Ainda que o Acordo de Cooperação Técnica 120/2005 tenha sido realizado e aprovado pelo Ibama, com a expedição da competente Licença Prévia 342/2010, permitindo a realização do leilão da respectiva concessão pela Aneel (Leilão 6/2009) e a própria implantação do empreendimento em curso, que já estaria com mais de 50% de obras executadas, subsiste o interesse de agir do MPF, com prosseguimento do feito, visando ao julgamento de mérito da presente ação civil pública, não havendo que falar, no caso, em perda superveniente do objeto da ação.

V. Não está em questão, a princípio, no caso presente, pois, o aproveitamento ou não dos estudos técnicos que se seguiram ao acordo objeto da presente demanda, isso porque, o fato de considerar nulo o convênio nada diz, *prima facie*, com a legitimidade, a higidez jurídica ou o aproveitamento técnico dos estudos dele decorrentes, o que desafiaria eventual ação autônoma onde a matéria pudesse ser suscitada e definitivamente esclarecida.

VI. Além disso, subsistiria, de qualquer sorte, o pedido autônomo de condenação das empresas envolvidas de não poderem contratar com o Poder Público e, subsidiariamente, condená-las a se absterem de participar de licitação e da contratação do complexo de Belo Monte. Rejeitada a preliminar de perda superveniente do objeto da ação.

VII. A controvérsia posta nos autos reside em saber se havia a necessidade ou não de procedimento licitatório para a celebração do Acordo de Cooperação Técnica ECE 120/2005, celebrado em 26/07/2005, entre a Eletrobrás e as construtoras (Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A), com a finalidade de concluir os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental

(EIA/Rima) para a realização do processo de licitação de concessão pública do Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte (AHE Belo Monte), conforme Cláusula Primeira.

VIII. É certo que a Lei 3.890-A/1961, que criou a Eletrobrás, permite que ela realize convênios com outras empresas com o objetivo de promover pesquisa e desenvolver projetos de exploração da produção de energia elétrica, ou seja, “para a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades”.

IX. O art. 15 do mesmo diploma legal também autoriza que a Eletrobrás se associe com outras empresas para cumprir o seu objetivo social, ou seja, “operará diretamente ou por intermédio de subsidiárias ou empresas a que se associar, para cumprimento de seu objeto social”.

X. A legislação de regência permite que a Eletrobrás se associe com outras empresas que possuam interesses recíprocos aos da estatal, e não contrapostos, para o cumprimento de sua finalidade social, dentre elas, a realização de estudos e pesquisas no setor elétrico, conforme se vê do § 1º do referido art. 15.

XI. A própria Lei 8.666/1993, entretanto, é expressa no sentido de que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

XII. Quando se tratar de convênios entre entidades públicas não há que se falar em licitação, mas quando o convênio tiver sido promovido entre entidades estatais e empresas particulares, a realização da licitação é medida que se impõe, com o fim de possibilitar a participação do maior número de interessados no objeto do convênio, a não ser que o ajuste seja firmado com entidade privada sem fins lucrativos, o que não se verificou na espécie.

XIII. No caso, o questionado Acordo de Cooperação Técnica ECE 120/2005 consistiu em um convênio celebrado entre a Eletrobrás e as construtoras com o fim de viabilizar a instalação do AHE Belo Monte, onde os custos dos estudos ficaram por conta e risco das empresas de engenharia (Cláusulas Terceira e Quarta), enquanto que, nas Cláusulas 5.1 e 7.1.4 do acordo, restou expressamente estipulado que as empresas fariam jus ao recebimento do valor correspondente ao reembolso dos estudos por elas incorridos, pela empresa ou consórcio vencedor, caso não venham a participar da licitação para a outorga da concessão ou não se sagrem vencedoras, observado o parágrafo único do art. 14 da Resolução 395/1998 da Aneel.

XIV. Nos termos da Cláusula 5.1 do acordo, as empreiteiras contratadas foram ressarcidas dos gastos realizados nos estudos, uma vez que não se sagraram vencedoras na licitação da UHE Belo Monte e esse fato onerou os cofres públicos.

XV. O art. 9º da Lei 8.666/1993 veda expressamente a participação, direta ou indireta, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, do autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica (inciso I) ou da empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado (inciso III).

XVI. Ainda que o TCU tenha se pronunciado, por ocasião do julgamento do TC 007.658/2008-0, pela natureza jurídica de convênio do Acordo de Cooperação Técnica 120/2005, bem como a Terceira Turma, no julgamento da ação de improbidade administrativa, revelou-se, no caso, a indispensabilidade da realização do prévio procedimento licitatório, por força do art. 116 da Lei 8.666/1993.

XVII. A autorização expressa prevista no acordo da participação das construtoras rés na licitação posteriormente realizada para a outorga da concessão do UHE Belo Monte, por si só, contaminou todo o ato de flagrante nulidade e ilegalidade, posto ser inadmissível que a parte interessada num empreendimento de tamanho vulto participe dos estudos que viabilizariam a sua futura realização.

XVIII. A nulidade que contamina o ato é ampla e irrestrita nos dois sentidos (a participação das empresas no procedimento licitatório e o próprio acordo questionado), uma vez qualquer estudo que seja produzido por quem almeja participar do processo licitatório, que terá como base precisamente o projeto de viabilidade por ela

elaborado, abre-se à interferência nada recomendável, seja do ponto de vista jurídico, seja da moralidade pública, da atividade anteriormente desenvolvida.

XIX. O fato concreto de as empresas não terem vencido a licitação não afasta a contaminação do estudo que foi previamente desenvolvido, pois as empresas produziram os estudos obviamente com a perspectiva de se sagrarem vencedoras.

XX. A despeito da posterior revogação da cláusula de confidencialidade prevista no Acordo de Cooperação Técnica, por meio de termo aditivo, não há qualquer razão ou fundamento legal que justifique a presença da referida cláusula de confidencialidade de informações que deveriam subsidiar a realização do EIA/Rima, cuja finalidade é flagrantemente contrária a qualquer intenção de sigilo, que é a de possibilitar a participação de todos os interessados em assumir a execução do empreendimento final.

XXI. Considerando que houve a publicação no *Diário Oficial da União* dos termos do Acordo de Cooperação Técnica ECE – 120/2005 e que restou demonstrada a ineficácia da cláusula de confidencialidade nele contida, não há que se falar em violação ao princípio da publicidade.

XXII. Apelação a que se dá provimento para declarar a nulidade do Acordo de Cooperação Técnica ECE 120/2005 e condenar as empresas réis de se absterem de contratar com o Poder Público e de participar de licitação e de contratação relacionadas ao Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte – AHE Belo Monte.

(Numeração única: 0003843-98.2007.4.3900, Apelação Cível 2007.39.00.003843-0/PA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime)

Constitucional. Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Exploração de recursos energéticos em área indígena. UHE Teles Pires. Licença de instalação. Autorização do Congresso Nacional e audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Inexistência. Violação à norma do § 3º do art. 231 da Constituição Federal. EIA/Rima viciado e nulo de pleno direito. Agressão aos princípios de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput). Antecipação da tutela. Concessão. Violação ao art. 2º da Lei 8.437/1992 e ao art. 63 da Lei 6.001/1973. Não ocorrência. Controle judicial do ato impugnado em sede de suspensão de segurança e de agravo de instrumento. Ausência de relação de prejudicialidade. Desistência recursal. Supremacia do interesse público e difuso. Indeferimento. Competência jurisdicional. Empreendimento hidrelétrico de abrangência regional. Preliminares de nulidade processual por ausência de citação de litisconsorte passivo necessário e de julgamento extra petita. Rejeição.

I. Nas ações coletivas, em que a controvérsia instaurada envolve a defesa de interesses difusos, como no caso, onde a proteção postulada pelo Ministério Público Federal e Estadual gravita em torno de direitos indígenas e ambientais, há supremacia desses interesses coletivo e difuso-ambiental sobre o direito intersubjetivo das partes, a desautorizar a homologação da desistência recursal, formulada nos termos do art. 501 do CPC, de forma a possibilitar a manifestação da Corte revisora acerca da questão jurídica ventilada nos autos, em dimensão intergeracional. Caracteriza-se, na espécie, a *transcendência das questões discutidas no recurso judicial*, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual brasileira (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-B, *caput*) e pela jurisprudência dos tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral (*Néstor Saquês, apud Bruno Dantas, in Repercussão Geral*, RT – SP. 2009). Nas ações coletivas de interesse difuso-ambiental, o fenômeno processual da transcendência ou repercussão geral é da própria natureza da demanda ontologicamente irradiada por interesses transindividuais e intergeracionais, a não admitir-se a desistência recursal por mero interesse subjetivo das partes no contexto da relação processual, dominada pelo interesse público-ambiental.

II. A orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “*em havendo superposição de controle judicial, um político (suspensão de tutela pelo Presidente do Tribunal) e outro jurídico (agravo de instrumento) há prevalência da decisão judicial*” (REsp 476469/RJ, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 297). Inexistência, no caso concreto, de relação de prejudicialidade

do agravo de instrumento, em virtude de decisão proferida pela Presidência do Tribunal, em sede de suspensão de segurança.

III. De outra banda, a proliferação abusiva dos incidentes procedimentais de suspensão de segurança, como instrumento fóssil dos tempos do regime de exceção, a cassar, reiteradamente, as oportunas e precavidas decisões tomadas em varas ambientais, neste País, atenta contra os princípios regentes da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), sob o comando dirigente do *princípio da proibição do retrocesso ecológico*, no que fora sempre prestigiado internacionalmente pelo Projeto REDD PLUS (Protocolo de Kyoto, COPs 15 e 16 – Copenhague e Cancún) com as garantias fundamentais do *progresso ecológico e do desenvolvimento sustentável*, consagradas nas convenções internacionais de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (ECO-92 e Rio + 20), agredindo, ainda, tais decisões abusivas, os acordos internacionais, de que o Brasil é signatário, num esforço mundialmente concentrado, para o combate às causas determinantes do desequilíbrio climático e do processo crescente e ameaçador da vida planetária pelo fenômeno trágico do aquecimento global e do aumento incontrolável da pobreza e da miséria em dimensão mundial.

IV. Excepcionalmente, a regra constante do art. 2º da Lei 8.437/1992 tem sido mitigada por nossos tribunais, conferindo legitimidade à concessão de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, sem a oitiva do Poder Público, quando presentes os requisitos legais para essa finalidade, como no caso. Precedentes.

V. Nessa mesma linha de entendimento, em se tratando de medida assecuratória de direitos indígenas e difusos-ambientais, como na hipótese em comento, a sua concessão liminar não caracteriza violação à regra do art. 63 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), por autorização expressa dos arts. 11 e 12, *caput*, da Lei 7.347/1985 c/c o comando normativo do art. 5º, inciso XXXV, do Texto Magno.

VI. *Nos termos do art. 2º da Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, as demandas ali previstas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. No caso concreto, versando a controvérsia instaurada nos autos de origem em torno de dano ambiental de âmbito regional ou nacional, decorrente da construção da Usina Hidrelétrica Teles Pires, a competência é do Juízo Federal da Capital do Estado de Mato Grosso, por aplicação subsidiária do art. 93, inciso II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na forma autorizada do art. 21 da Lei 7.347/1985.*

VII. *A nulidade processual decorrente da ausência de citação de litisconsorte passivo necessário somente se opera após a adoção da medida prevista no parágrafo único do art. 47 do CPC. Na espécie dos autos, o comparecimento espontâneo da litisconsorte (ora recorrente) aos autos, aliada ao posterior requerimento formulado pelos demandantes, nesse sentido, supre eventual omissão, no particular. Preliminar que se rejeita.*

VIII. *Amparando-se o pedido de antecipação da tutela formulado no feito de origem na suspensão da licença de instalação do empreendimento hidrelétrico descrito nos autos, sob o fundamento de irregularidades na sua concessão, o reconhecimento de sua invalidade, como fundamento para concessão da medida postulada não caracteriza julgamento extra petita. Rejeição da preliminar de nulidade, sob esse argumento.*

IX. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O *princípio do desenvolvimento sustentável*, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o *direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações*” (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade

e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a *Carta Ambiental da França* (02/03/2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

X. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

XI. Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

XII. Na hipótese dos autos, a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia Legal (Municípios de Paranaíta/MT, Alta Floresta/MT e Jacareacanga/PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º).

XIII. De ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, o EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires fora elaborado pela empresa pública federal – EPE, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com capital social e patrimônio integralizados pela União (Lei 10.847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º), totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração Econômica (PAC) do Poder Público Federal, que é o empreendedor, o proponente e o executor desse projeto hidrelétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do Ibama, como órgão da Administração indireta do próprio Governo Federal. Nesse contexto, o licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na Região Amazônica, é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, *caput*).

XIV. Agravo de instrumento desprovido, para restabelecer a eficácia plena da decisão recorrida, na dimensão do art. 512 do CPC.

(Agravo de Instrumento 0018341-89.2012.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 07/08/2012, p. 823)

Meio ambiente. Responsabilidade civil por dano ambiental. Teoria do risco integral. Necessidade de deferimento de tutelas de urgência sem a prévia oitiva dos réus. Correta determinação de depósito prévio para acautelar futuras medidas

reparatórias. Nulidade de acordo celebrado pelo Núcleo de Conciliação do TRF 1ª Região em processo que tramita perante o primeiro grau de jurisdição. Supressão de instância. Decisão liminar em reclamação perante o STJ. Fixação liminar da competência do Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais. Agravo desprovido.

I. Patente a incompetência da Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação do TRF 1ª Região para promover acordo em processo que tramita perante o primeiro grau. Caracterizada a supressão de instância, ao celebrar e homologar acordo em processo em curso ainda no primeiro grau de jurisdição.

II. Como se constata pela movimentação processual da ação civil pública, o acordo foi celebrado quando pendiam de julgamento no âmbito deste Tribunal meros agravos de instrumento, sendo que os autos da ação originária, ainda em curso na primeira instância, foram encaminhados ao Núcleo de Conciliação em 20/06/2016, portanto, mais de mês de já homologado o acordo nesta instância (05/05/2016), conforme andamento processual da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

III. Conforme se retira da própria ata de audiência, o acordo foi homologado, naquele ato, não obstante, contraditoriamente, houvesse sido deferido o prazo de 60 (sessenta) dias para a manifestação do Ministério Público Federal.

IV. No acordo homologado impõe-se a presença de membro do Tribunal de Contas da União no “Comitê Interfederativo” previsto no acordo à revelia das competências constitucionais desse órgão, e mesmo na ausência de representante da Corte de Contas no referido ato.

V. O acordo também foi homologado sem a presença da Defensoria Pública da União, não obstante a indiscutível existência de danos às pessoas e mesmo populações hipossuficientes.

VI. O desembargador federal presidente do TRF 1ª Região proferiu o Despacho Presi 1.778, no qual consigna que “é condição necessária para o envio dos autos às unidades de conciliação o prévio despacho do juiz ou de relator do processo, deferindo ou não as solicitações das unidades ou os pedidos das partes para conciliar”, o que não ocorreu no caso presente.

VII. Reconhecidas, outrossim, as nulidades suscitadas pelo Ministério Público Federal, por falta de intimação do *Parquet* com remessa dos autos e falta de legitimidade da advocacia pública para transacionar direitos dos atingidos.

VIII. A eficácia do provimento de urgência deferido neste agravo foi expressamente preservada na decisão proferida na Reclamação 31.935/MG em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, estando o prosseguimento de seu julgamento em absoluta conformidade e respeito à decisão daquela Corte Superior.

IX. Nulidade da decisão que extinguiu o presente agravo.

X. Com base na teoria do risco integral, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva. O nexo de causalidade entre os réus Samarco Mineração S/A (poluidor direto), Vale S/A (poluidor direto e indireto) e BHP Billinton (poluidor indireto) e o evento danoso encontra-se plenamente comprovado nos autos e justificado na decisão agravada.

XI. Cabível a aplicação do art. 4º da Lei 9.605/1998 que estabelece que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” uma vez que cabe aos réus o ônus de comprovar que a Samarco pode, sem a participação das controladoras, arcar com todos os custos indispensáveis para a recuperação dos danos. Está sobejamente demonstrada a ocorrência do dano, embora seu caráter dinâmico impeça, por ora, a mensuração de sua magnitude, pois novas consequências do evento ocorrido aparecem dia após dia e assim continuarão por tempo indeterminado.

XII. Agiu corretamente o magistrado ao deferir as medidas requeridas sem a prévia oitiva da parte contrária. Quando a tutela de urgência indica a necessidade de concessão imediata da medida, o juiz poderá fazê-lo de plano, sem prévia oitiva da parte contrária e sem que o ato judicial incorra em qualquer ofensa ao princípio do contraditório.

XIII. Os prazos conferidos à agravante para efetivação das medidas de contenção e reparação dos danos poderão, a critério do juízo *a quo*, ser readequados à complexidade da execução de cada providência determinada de modo também a evitar que a respectiva multa diária por descumprimento prevista em sua decisão (fixada em R\$ 150.000,00 – cento e cinquenta mil reais) se revele injusta, desproporcional, ou, eventualmente, insuficiente.

XIV. A análise dos documentos juntados permite concluir que a agravante comprovou tão somente o depósito de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) por força de outras ações judiciais ou medidas administrativas,

não se afigurando exorbitante, diante da enormidade dos danos causados, a determinação de depósito prévio no valor de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) para acautelar futuras medidas reparatórias.

XV. Diante da dimensão do dano, o acautelamento inicial do valor de dois bilhões de reais se afigura necessário para garantir a execução do plano de recuperação dos danos e terá o condão de organizar a destinação dos recursos que serão despendidos nas ações de recuperação do meio ambiente e da situação socioeconômica das populações atingidas.

XVI. Permanece a obrigação da agravante de demonstrar junto ao juízo de primeiro grau o atendimento da obrigação pecuniária imposta, assim como das demais obrigações, facultando-se ao magistrado readequar prazos e sanções pecuniárias, considerados os ditames legais e as específicas circunstâncias do caso concreto.

XVII. As consequências potencialmente nocivas da sobreposição de restrições (dispersão de esforços e recursos, eventual inviabilização da empresa e possíveis efeitos deletérios de ordem social e trabalhista) foram mitigadas pela definição da competência do Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais por meio de decisão proferida nos autos da Reclamação 31.935/MG e serão, por óbvio, objeto de consideração por parte do magistrado de primeiro grau.

XVIII. Cabe ao Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais centralizar a execução do plano de recuperação dos danos e organizar a destinação dos recursos que serão despendidos nas ações de recuperação do meio ambiente e da situação socioeconômica das populações atingidas, tanto mais diante da suspensão, pelo STJ, do acordo entabulado entre as partes.

XIX. Nego o pedido de vista da Defensoria Pública na União, seja porque ainda não integra a lide da primeira instância, seja porque e principalmente a sua atuação agora, com o recurso absolutamente maduro para julgamento, iria atrasar precisamente os interesses que incumbe defender.

XX. Não havendo relação de prejudicialidade entre o presente recurso e a Reclamação 31.935/MG, em curso no Superior Tribunal de Justiça, nego o pedido de adiamento do julgamento do agravo formulado pela União.

XXI. Voto para reconhecer a nulidade da homologação do acordo havido e, em consequência, dando prosseguimento ao julgamento do presente recurso de agravo, negar-lhe provimento.

XXII. Embargos de declaração opostos pela agravante e pelo Ministério Público Federal prejudicados.

XXIII. Dê-se imediato conhecimento acerca deste julgamento à ministra relatora da Reclamação 31.935/MG, no Superior Tribunal de Justiça, assim como ao juízo *a quo*.

(Agravo de Instrumento 0002453-41.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, *e-DJF1* de 02/09/2016, p. 3.059)

Administrativo. Ibama. Área de Proteção Ambiental – APA do Planalto Central. Parcelamento de solo rural. Auto de infração. Termo de embargo. Imposição de multa. Imóvel adquirido antes da criação da APA. Irrelevância. Desmatamento. Legislação ambiental violada. Responsabilidade solidária do adquirente. Sentença mantida.

I. Apelação interposta pela autora contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial, que pretendia a anulação de auto de infração e termo de embargo, bem como da multa imposta, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sob a alegação de que o parcelamento da área onde localizado seu imóvel foi anterior à criação da Área de Proteção Ambiental do Planalto Central.

II. A documentação que instrui os autos comprova que a autora adquiriu o imóvel segundo parcelamento de área rural vigente à época da aquisição, quando já estava em vigor legislação específica de implantação do Núcleo Rural Lago Oeste, em área destinada a ocupação rural pelo PDOT Distrital.

III. A Lei Distrital 548, de 23/09/93, autorizou a criação do Núcleo Rural Lago Oeste para a regularização das parcelas rurais existentes na área do aludido núcleo, não tendo admitido alteração no parcelamento da área onde está localizado o imóvel da autora, mesmo antes da criação da Área de Proteção Ambiental – APA do Planalto Central, por decreto da Presidência da República de 10 de janeiro de 2002.

IV. A autora comprovou ter adquirido o imóvel rural, localizado no Núcleo Rural do Lago Oeste, na Região Administrativa de Sobradinho/DF, por meio de contrato particular de promessa de compra e venda, datado de 30/06/1995.

V. O próprio Núcleo de Licenciamento Ambiental – NLA, do Ibama, ao elaborar o Laudo de Vistoria 99/2003, confirmou que o parcelamento das glebas da área do Núcleo Rural do Lago Oeste constava de planta da área apresentada pela Associação de Proprietários do Núcleo Rural Lago Oeste – Aproeste protocolado perante a Administração de Sobradinho, responsável pela zona rural em questão, tendo o imóvel sido embargado e a ocupante multada em razão da desvirtuação de uso e construção sem autorização do órgão ambiental.

VI. De acordo com o art. 30, § 1º, I, da Lei Complementar 17/1997, que veda o parcelamento de solo urbano e rural nas Áreas de Proteção de Mananciais, foram ressalvados os parcelamentos regulares já existentes, o que não viabiliza subparcelamentos.

VII. Ao desistir da produção de prova pericial para confrontar as irregularidades apontadas pela autoridade ambiental, a autora não produziu acervo probatório suficiente para afastar os danos ambientais que lhe são imputados e afastar a multa e o embargo imposto.

VIII. A responsabilidade da pessoa física ou jurídica pelos danos ambientais provocados é de natureza objetiva e solidária, obrigando os que o produziram e aqueles que exploram o local no momento da constatação das lesões. Precedentes desta Corte e do STJ.

IX. Apelação desprovida.

(Numeração única: 0026431-52.2004.4.01.3400, Apelação Cível 2004.34.00.026497-3/DF, rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada), unânime, *e-DJF1* de 13/10/2016, p. 1.260)

Por meio da decisão de fls. 518-523, o Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso determina o encaminhamento de ofício a esta Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, instruído com cópia integral dos autos, solicitando o “*processamento da representação constitucional para fins de requisição de intervenção do Estado do Mato Grosso sobre o Município que está descumprindo a ordem judicial*”, qual seja, o Município de Jaciara/MT.

A cópia integral dos autos foi recebida neste Tribunal e distribuída ao eminente Desembargador Federal Olindo Menezes, em atuação na Corte Especial (fl. 586), que determinou a colhida de parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, apresentado às fls. 589-590v.

Retornados os autos, o Desembargador Olindo Menezes, verificando que não foi obedecida a determinação de encaminhamento dos autos ao presidente do TRF, entendeu por remetê-los, antes de apreciar as medidas postas no parecer da PRR.

É o relatório do essencial.

Verifico que, conforme a decisão do Juízo da 3ª Vara da SJMT (fls. 518-523), os autos foram encaminhados a esta Presidência do TRF 1ª Região, para processamento de representação constitucional para fins de requisição de intervenção do Estado do Mato Grosso sobre o Município de Jaciara/MT, que vem descumprindo ordem judicial, em ação ordinária na qual este pretendia desconstituir crédito de titularidade do INSS.

Entendo, no entanto, que a representação, na hipótese de intervenção estadual por descumprimento de ordem judicial, deve tramitar no Tribunal de Justiça, e não em Tribunal Regional Federal, conforme previsão expressa do art. 35, IV, da Constituição Federal, que possui a seguinte redação:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

IV - o *Tribunal de Justiça* der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para *prover a execução* de lei, de ordem ou de *decisão judicial*.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes assevera que:

Somente os estados-membros poderão intervir nos municípios, salvo nos caso de municípios existentes nos territórios federais, quando será a própria União que concretizará a hipótese interventiva.

A intervenção estadual nos municípios tem a mesma característica de excepcionalidade já estudada na intervenção federal, pois a regra é a autonomia do município e a exceção, a intervenção em sua autonomia política, somente nos casos taxativamente previstos na Constituição Federal (CF, art. 35), sem qualquer possibilidade de ampliação pelo legislador constituinte estadual. Por ser um ato político, somente o governador do Estado poderá decretá-la, dependendo, na hipótese do art. 35, IV, de ação julgada procedente pelo Tribunal de Justiça. Igualmente à intervenção federal, existirá um controle político exercido pela Assembleia Legislativa, que, no prazo de 24 horas, apreciará o decreto interventivo, salvo na hipótese já referida do art. 35, IV, da Constituição Federal.¹

O entendimento ora proferido está em consonância com decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça, em sede de conflito de competência, em hipóteses semelhantes à dos presentes autos, nas quais se discutia se a competência para processamento de requisição de intervenção por descumprimento de decisões judiciais cujo crédito era proveniente de sentenças trabalhistas deveria ser do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional do Trabalho. Decidiu-se que a competência é do Tribunal de Justiça. Vejamos:

¹ Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 9. ed. atualizada até a EC 71/2012, São Paulo: Atlas, 2013, p. 755.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DA CORTE DE JUSTIÇA. REQUISIÇÃO DE INTERVENÇÃO ESTADUAL NO MUNICÍPIO DE PELOTAS.

1. Pretende-se a definição do Tribunal competente para exame da Representação efetuada para fins de intervenção da União no Estado do Rio Grande do Sul, ante o descumprimento de ordem judicial emanada da Corte de Justiça - que requisitou a intervenção estadual no Município de Pelotas, nos termos do inc. IV, do art. 35, da CF - por parte da Sra. Chefe do Poder Executivo estadual.

2. Apenas o Órgão Especial do Tribunal de Justiça local possui legitimidade para proceder ao juízo prévio de admissibilidade do pedido de intervenção, na hipótese de descumprimento de suas próprias ordens ou decisões, antes de sua remessa ao Pretório Excelso, consoante disciplina o art. 218 do RITJRS. Precedentes.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o suscitado.

(CC 200802107269, CASTRO MEIRA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:07/04/2011)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DO TRABALHO E TRIBUNAL ESTADUAL. REQUISIÇÃO DE INTERVENÇÃO FEDERAL POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROFERIDA EM OUTRO PEDIDO DE INTERVENÇÃO, DO ESTADO EM MUNICÍPIO, POR DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRABALHISTA.

1. É da competência do Tribunal de Justiça o processamento de requisição de intervenção federal no Estado, fundada em descumprimento de decisão do referido Tribunal, ainda que essa tenha sido proferida em pedido de intervenção do Estado em Município, por descumprimento de sentença trabalhista.

2. Também não é caso de competência originária do Supremo Tribunal Federal. A eventual submissão da requisição de intervenção ao STF deve ser precedida de juízo deliberatório de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça, como faz certo o art. 19, I, da Lei 8.038/90.

3. Conflito conhecido, para declarar competente o Suscitado

(CC 104.303RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 01.10.09 – sem destaque no original).

Diante do exposto, remetam-se os presentes autos ao presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

(Petição 0026862-81.2016.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 31/08/2016, p. 398)

Agravo de Instrumento 0071347-06.2015.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por Amador Augusto da Costa Mendes e outros em face de decisão (fl. 43 deste autos – fl. 2.415 dos autos principais) que, em sede de ação de desapropriação promovida pelo Incra, recebeu o recurso de apelação por eles interposto apenas no efeito devolutivo.

Alegam, em síntese, que, não obstante o deferimento — nos autos da ação expropriatória — da antecipação da tutela requerida pelo Incra deferindo sua imissão na posse do imóvel objeto de desapropriação — agravaram os autores naquela oportunidade, obtendo êxito junto a este Tribunal, que sustou os efeitos da decisão então agravada.

Aduzem que, não obstante as reiteradas alegações de que o imóvel era impassível de ser desapropriado em face das invasões perpetradas por integrantes do MST, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido para desapropriar o imóvel rural de matrícula 6367 (Fazenda Buriti e Corumbá Velho), a despeito do quanto disposto no § 6º do art. 2º da Lei 8.629/1993.

Asseveram (fl. 22), também, que, *in verbis*:

[...]

Ora, Excelência, o INCRA, o tempo todo, esteve ciente da invasão havida no imóvel em 27 de setembro de 2005. É tão verdade a referida afirmação que, ao elaborar o Laudo de VISTORIA e AVALIAÇÃO do imóvel, executado em 14 de dezembro de 2015, o agravado constatou, no item 08 do Laudo, a existência de uma ação de reintegração de posse, é o que se pode observar (Doc. 06):

08 ASPECTOS SOCIAIS

Não foi constatado, na ocasião da vistoria conflito e/ou invasão, concernente a sem terras e/ou posseiros. Foi verificado, entretanto que existe uma ação de reintegração de posse, no Cartório do 1º Cível, conforme Certidão do Cartório Distribuidor do município de Ipameri/GO.

Sintetizam os agravantes, conforme quadro abaixo (fl. 23), os acontecimentos que entendem relevantes, aduzindo que a invasão havida no imóvel se deu antes de realizada a vistoria e avaliação, bem como antes da edição do decreto expropriatório:

Data do acontecimento	Fatos
04 a 06/04/2005	Laudo agrônômico de fiscalização realizado na Fazenda Buriti e Corumbá velho. <i>Lembre-se que o GUT e GEE não foram apurados nesse laudo preliminar (Doc. 5).</i>
27/09/2005	<i>Primeira invasão havida no imóvel (Doc. 11).</i>
10/11/2005	Os agravantes foram reintegrados na posse por meio de decisão proferida em ação de reintegração de posse, posteriormente confirmada por meio de sentença.
02/12/2005	Edição do decreto expropriatório (Doc. 4)
14 a 16/12/2005	<i>Realização da vistoria e avaliação do imóvel (Doc. 6)</i>
09/08/2006	Segunda invasão do imóvel.

Sustentam a nulidade do processo administrativo de desapropriação, do processo judicial e do decreto expropriatório, em face mesmo das invasões havidas no imóvel.

À fl. 33 aduzem os agravantes, por fim, que, *in verbis*: (destaques no original)

[...]

Ora, não bastassem as invasões havidas no imóvel, na época da avaliação e edição do Decreto Expropriatório, ainda sim, depois de determinada a imissão do INCRA na posse, cujo mandado já fora cumprido (doc. 17), e, caso o INCRA permaneça na posse do imóvel, a situação tornar-se-á praticamente irreversível, com danos irreparáveis, considerando que a Fazenda Buriti e Corumbá Velho certamente será depreciada e depredada pelos integrantes do MST.

Os requerentes informam que na data de 16.12.2015 os integrantes do MST adentraram ao imóvel. Portanto, o imóvel na data de hoje, encontra-se na posse dos integrantes do MST, tudo em afronta ao comando legal estabelecido no artigo 2º, § 6º, da Lei n. 8.629/93.

[...]

Nesse sentido, e por entenderem relevantes as alegações deduzidas em seu recurso, bem como que presente a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, requerem, liminarmente, seja atribuído efeito suspensivo ao recurso de apelação por eles interposto, não obstante a regra contida no art. 520, VII, CPC (de 1973).

Ao final, pedem a manutenção da liminar que pretendem seja deferida e a reforma da decisão agravada para que sejam suspensos os efeitos do decreto expropriatório que sustenta o ajuizamento da ação de desapropriação, bem com a ordem de imissão do Incra na posse do imóvel, até o julgamento da apelação interposta.

Prestadas as informações pelo juízo *a quo* (fl. 590), conforme requisitado no despacho de fl. 585, determinou-se (fl. 592) a intimação da parte agravada e do Ministério Público Federal, que opinou (fls. 599-601) pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório. Decido.

1. Inicialmente, chamo o feito à ordem e torno sem efeito o despacho de fl. 592 e insubsistentes os atos dele decorrentes.

2. Observo, primeiramente, que os ora agravantes acionaram a Justiça Estadual da Comarca de Ipameri em ação de reintegração de posse (cf. doc. fls. 307-314), havendo aquele d. juízo deferido a liminar postulada, determinado a expedição do competente mandado reintegratório em prol dos autores (cf. decisão e respectivo mandado — fls. 316-321), cujo ato de reintegração de posse encontra-se lavrado à fl. 322.

Relativamente à alegação de novas invasões em 09/08/2006 (fl. 22, doc. 11) e 16/12/2015 (fl. 33), a documentação indicada pelos agravantes não dá conta dos fatos.

3. Assim dispôs a decisão agravada (fl. 43 destes autos – fl. 2.415 dos autos principais), *in verbis*:

1. De fls. 2.413/2.414, indefiro o pedido de sobrestamento do cumprimento da carta precatória n. 3191/2015, encaminhada ao juízo de Ipameri/GO, com a finalidade de imitar o INCRA na posse do imóvel rural objeto dos presentes autos, porquanto a sentença proferida nos presentes autos antecipou a tutela deferindo a imissão do INCRA na posse do imóvel em questão.

Ante o quadro, a fim de corrigir erro material, o primeiro parágrafo do despacho de fls. 2.279, deverá assim ser considerado: “Recebo a apelação de fls. 2.2085/2.278, tempestivamente interposta, apenas no efeito devolutivo”.

2. De fls. 2.288/2.349, recebo a apelação, tempestivamente interposta, apenas no efeito devolutivo.

Vista à parte apelada para contrarrazões.

Após, apresentadas ou não as contrarrazões, subam os autos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a cautelas de estilo e as nossas homenagens.

De fato, e nos termos do art. 520, VII, do CPC (de 1973¹), a apelação será recebida somente em seu efeito devolutivo quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, nada impedindo que tal ocorra na própria sentença, já em sede de provimento dotado de cognição exauriente.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DEFERIDA NA SENTENÇA. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO NO EFEITO SUSPENSIVO.

1. O deferimento de antecipação dos efeitos da tutela na ação de conhecimento, ainda que na própria sentença, justifica o recebimento da apelação somente no efeito devolutivo nessa parte (art. 520/VII).

2. Agravo regimental da União/ré desprovido.

(AG 0000115-65.2014.4.01.0000/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, OITAVA TURMA, e-DJF1 de 10/06/2016)

Por outro lado, é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que, presente o risco de lesão grave e de difícil reparação, é possível atribuir eficácia suspensiva ao recurso. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EFEITOS. ACÓRDÃO QUE JULGA AS DEMANDAS ORDINÁRIA E CAUTELAR EM CONJUNTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 520, INCISO IV, DO CPC. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO EM SEDE DE CAUTELAR. ART. 558, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. A apelação interposta nos autos de ação cautelar será recebida somente no efeito devolutivo, nos termos do inciso IV do art. 520 do CPC.

2. Todavia, nas hipóteses de julgamento conjunto da demanda principal e da cautelar, poderá o julgador, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 558 do CPC, caso entenda configurado o risco de lesão grave ou de difícil reparação, atribuir efeito suspensivo à apelação que originariamente seria recebida apenas no efeito devolutivo. Precedentes.

[...]

4. Recurso especial não provido.

(REsp 669.072/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 28/11/2012)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. EFEITOS DA APELAÇÃO DO EXPROPRIADO. RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.

¹ Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: [...] VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

1. Em que pese a previsão do art. 13 da Lei Complementar nº 76, de 06/07/93, segundo o qual a apelação, quando interposta pelo expropriado, é recebida apenas no efeito devolutivo, é de imprimir-se ao recurso, também, o efeito suspensivo, quando presente o risco de lesão grave e de difícil reparação (art. 558-CPC): restituição de TDA's, imposta pela sentença, antes de seu trânsito em julgado.

2. Agravo de instrumento provido.

(AG 0029307-97.2001.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TERCEIRA TURMA, DJ p.85 de 25/10/2002)

4. Na espécie, extrai-se das razões do presente agravo de instrumento a alegação de que não poderia ter o procedimento expropriatório sido levado adiante em face da invasão do imóvel expropriado por integrantes do MST, o que atrairia a incidência do quanto disposto no § 6º do art. 2º da Lei 8.629/1993, *in verbis*:

Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.

[...]

§ 6º O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Quanto ao ponto (fls. 450-452), assim dispôs a sentença trasladada aos presentes autos, *in verbis*:

[...]

II – Preliminares referentes ao imóvel de matrícula nº 6.367.

Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido devido à invasão ocorrida após a vistoria do INCRA.

Determina o art. 2º, § 6º, da lei nº 8.629/93 que “o imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência”.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a vedação prevista no referido dispositivo alcança apenas as hipóteses em que a vistoria ainda não tenha sido realizada ou quando feitos os trabalhos durante ou após a ocupação. Confira-se: (destaque no original)

CONSTITUCIONAL. AGRÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. AVISO DE RECEBIMENTO. ASSINATURA. EMPREGADO COM PODERES OUTORGADOS POR PROCURAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESBULHO POSSESSÓRIO POSTERIOR À VISTORIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 2º, § 6º, DA LEI N. 8.629/93. COMPOSIÇÃO NA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCARACTERIZAÇÃO DA INVASÃO. PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. APRECIÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Reputa-se válida a notificação prevista no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.629/93 quando o aviso de recebimento é assinado por empregado com poderes outorgados por instrumento de mandato.

2. A impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança torna insuscetível de apreciação, ante a documentação juntada pela impetrante, a questão relativa à assinatura do aviso de recebimento da notificação ao proprietário do imóvel. Precedente [MS n. 22.645, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ 24.08.2001].

3. O esbulho possessório que impede a desapropriação [art. 2º, § 6º, da Lei n. 8.629/93, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.183/01], deve ser significativo e anterior à vistoria do imóvel, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei. Precedente [MS n. 23.759, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 22.08.2003].

4. A composição das partes em ação de reintegração de posse, com a ocupação área ínfima do imóvel pelos trabalhadores rurais em regime de comodato, não justifica a improdutividade da gleba. Precedente [MS n. 23.857, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ 13.06.2003].

5. A impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança torna insuscetível de apreciação a questão relativa à produtividade do imóvel rural. Precedente [MS n. 24.518, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 30.04.2004 e MS n. 25.351, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 16.09.2005].

6. Segurança denegada. (STF, Tribunal Pleno, MS 25360/DF, Rcl. Min. Eros Grau, Fonte: DJ de 25/11/2005, p. 00007.)

In casu, a vistoria foi realizada pelo INCRA entre os dias 04 e 06/04/2005 (fls. 32). Já a invasão ocorreu após a vistoria, em 27/09/2005 (fl. 297 e 314), fato que afasta a aplicação da vedação contida no art. 2º, § 6º da Lei 8.629/93.

[...]

No ponto, impõe destacar — e conforme comunicado pelos agravantes à fl. 22 da petição inicial do presente instrumento — que o Incra noticiou (fl. 132 dos presentes autos) em seu relatório agrônômico de vistoria e avaliação definitivo, realizado em 14/12/2005, o conhecimento de ação de reintegração de posse.

A despeito do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal citado na sentença trasladada aos presentes autos, o Superior Tribunal de Justiça, Corte constitucional encarregada da uniformização da interpretação do Direito infraconstitucional, deu interpretação diversa ao referido regramento legal, conferindo-lhe a amplitude expressa no texto legal cujo escopo é coibir a prática reiterada de invasões à propriedade alheia. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. ART. 2º, § 6º, DA LEI 8.629/93. IMÓVEL RURAL OBJETO DE ESBULHO POSSESSÓRIO OU INVASÃO MOTIVADA POR CONFLITO AGRÁRIO OU FUNDIÁRIO DE CARÁTER COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO NOS DOIS ANOS SEGUINTE À SUA DESOCUPAÇÃO, OU NO DOBRO DESSE PRAZO, EM CASO DE REINCIDÊNCIA.

1. A MP 2.027-38, de 4 de maio de 2000, publicada no DOU de 5 de maio de 2000, introduziu o § 6º no art. 2º da Lei 8.629/93, dispondo que “o imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não seria vistoriado nos dois anos seguintes à desocupação do imóvel”. Daí seria possível concluir que, se a vistoria administrativa já estivesse concluída anteriormente ao esbulho, ficaria afastada a aplicação da aludida regra.

2. Ocorre, contudo, que a MP 2.109-52, de 24 de maio de 2001, publicada no DOU de 25 de maio de 2001, atualmente reeditada como MP 2.183-56/2001, modificou a redação do aludido preceito legal, passando a dispor que “o imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência”.

3. Não se desconhece a existência de julgados da Corte Suprema no sentido de que as invasões hábeis a ensejar a aplicação do § 6º do art. 2º da Lei 8.629/93 são aquelas ocorridas durante a vistoria administrativa ou antes dela, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei (MS 25.186/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 2.3.2007; MS 25.022/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.12.2005; MS 25.360/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 25.11.2005).

4. Entretanto, diante da clareza da aludida norma, proibindo a vistoria, a avaliação ou a desapropriação nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo em caso de reincidência, não se pode interpretá-la de outra forma senão aquela que constitui a verdadeira vontade da lei, destinada a coibir as reiteradas invasões da propriedade alheia.

5. A reforma agrária, conforme ressaltado pelo eminente Ministro Celso de Mello no julgamento da MC na ADI 2.213-0/DF, “supõe, para regularmente efetivar-se, o estrito cumprimento das formas e dos requisitos previstos nas leis e na Constituição da República”.

6. Ademais, a comprovação da produtividade do imóvel expropriado, conquanto não se possa efetivar dentro do feito expropriatório, pode ser buscada pelas vias ordinárias. Conclui-se, daí, que eventuais invasões motivadas por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo podem, sim, alterar o resultado das demandas dessa natureza, mesmo após concluída a vistoria administrativa, em prejuízo do direito que tem a parte expropriada de comprovar que a sua propriedade é produtiva, insuscetível, portanto, de desapropriação para fins de reforma agrária, nos termos do art. 185, II, da Constituição Federal.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp 1108733/PI, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 10/06/2009)

Nessa mesma linha de entendimento, confirmam-se, também, os seguintes precedentes: REsp 1057870/MA, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 10/09/2008; REsp 893.871/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 03/04/2008; REsp 819.426/GO, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 15/05/2007, DJ 11/06/2007, p. 275.

Deste Tribunal destaco, dentre outros, os seguintes julgados, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. IMÓVEL OBJETO DE INVASÃO APÓS VISTORIA FEITA PELO INCRA. VEDAÇÃO LEGAL AO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO. PRECEDENTES DESTA TRIBUNAL E DO STJ.

1. A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária. (Súmula 354/STJ).

2. A invasão do imóvel no curso do processo de desapropriação, mesmo após a realização de vistoria feita pelo INCRA, compromete a aferição judicial, sob o crivo do mais amplo direito de defesa, da real situação do bem quanto a sua produtividade,

maculando a análise imparcial feita pelo Judiciário não somente quanto à justa indenização devida (evidente que a invasão é fator de depreciação do bem), mas também do próprio direito à desapropriação. Precedentes deste Tribunal e do STJ.

3. *Apelação e Remessa Oficial tida por interposta a que se nega provimento.*

(AC 0044957-50.2012.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL LILIAN OLIVEIRA DA COSTA TOURINHO (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.4520 de 24/04/2015)

DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL. REFORMA AGRÁRIA. LEI N. 8.629/93, ART. 2º, § 6º. INVASÃO. NÃO PROVIMENTO.

[...]

2. *A invasão do imóvel, ainda que posterior à vistoria administrativa, impede a desapropriação para fins de reforma agrária, porque prejudica a comprovação da produtividade (Lei 8.629/1993, art. 2º, § 6º, com redação da MP 2.18356/2001). Precedentes do STJ e TRF1.*

3. *Não provimento das apelações e da remessa oficial.*

(AC 0001266-36.2009.4.01.3300/ BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.53 de 13/06/2012)

Ressalte-se, por oportuno, acórdão deste Tribunal (fl. 291 destes autos) — citado na inicial (fl. 9 dos autos digitais) e também destacado na sentença (fl. 434 dos autos digitais) — exarado no Agravo de Instrumento 2006.01.00.030546-9/GO, interposto em face de decisão que, nos autos principais, deferiu a imissão do Incra na posse do imóvel expropriado, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INCRA. POSSE. IMISSÃO. INVASÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. *O § 6º do art. 2º da lei 8.629/93 dispõe expressamente sobre a paralisação do processo de desapropriação em virtude de esbulho ou invasão.*

2. *A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que somente deve haver suspensão do processo se o esbulho possessório for anterior à vistoria, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei.*

3. *A despeito da posição do Supremo Tribunal Federal, na espécie, defere-se o efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão agravada, de modo a preservar a situação fática da área objeto de desapropriação.*

4. *Agravo de instrumento provido.*

ACÓRDÃO

Decide a 4ª Turma do TRF da 1ª Região, por maioria, vencida a Relatora, dar provimento ao Agravo de Instrumento, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Mário César Ribeiro.

5. *Vislumbra-se, na espécie, o risco de dano grave e de difícil reparação hábil ao deferimento da liminar postulada nestes autos, qual seja, a atribuição do efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto pelos ora agravantes, na medida em que, imitado na posse, poderá o Incra, desde logo, levar a efeito os demais atos decorrentes do procedimento expropriatório, vindo a alterar substancialmente a realidade fática do imóvel em questão.*

Em face do exposto, defiro o pedido de liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação.

(Agravo de Instrumento 0071347-06.2015.4.01.0000/GO, rel. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado), e-DJF1 de 08/09/2016, p. 378)

Agravo de Instrumento 0046909-76.2016.4.01.0000/RO

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Azul Linhas Aéreas contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Vilhena/RO, que deferiu parcialmente pedido de tutela de urgência formulado nos autos da Ação Civil Pública 2040-43.2013.4.01.4103, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a agravante e a Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, e determinou que fixe suas tarifas no trecho operado entre Vilhena/RO e Cuiabá/MT, nos meses de janeiro e julho, no percentual máximo de 150% da média dos valores

cobrados nos meses imediatamente anteriores, respectivamente dezembro e junho, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00.

II. Eis trecho da decisão recorrida no que relevante à controvérsia (fl. 57-58):

[...]

A probabilidade do direito invocado na inicial proposta pelo MPF é patente, pois verifica-se o aumento tarifário substancial praticado pela AZUL LINHAS AÉREAS, nos meses de alta demanda (janeiro e julho), no trecho operado entre Vilhena e Cuiabá, conforme fls. 24/135 e 427/434 e o fato público e notório da diferença tarifária destes dois meses no cotejo com outros meses (art. 374, I, do CPC).

Não se perca de vista que o princípio da livre concorrência e o seu corolário da liberdade tarifária (art. 170 da CF/88) não são absolutos no ordenamento jurídico, ainda mais quando se está diante de concessão de serviço público, e não implica em liberdade tarifária absoluta. Ademais, outro fator a ser considerado é de que a AZUL LINHAS AÉREAS é a única empresa aérea que faz o trecho Vilhena e Cuiabá.

[...]

III. Irresignada, argumenta a agravante que intimada da decisão recorrida em 19/07/2016, quando a mesma foi disponibilizada no *Diário de Justiça Eletrônico*, impossibilitando qualquer cumprimento para o mês de julho/2016.

IV. Alega ser impossível o atendimento da decisão, isso porque, considerando que a preocupação do agravado é em relação às tarifas praticadas nos meses de janeiro e julho (tarifas relativas aos voos voados somente nesses meses), independentemente se nesses meses houve venda antecipada de bilhetes para uso em meses posteriores cujos valores não seriam objeto da discussão, ou seja, para o cômputo da média nos meses de junho e dezembro há que se levar em consideração somente as tarifas dos bilhetes voados nesses meses, e não necessariamente vendidos nesses meses. Saliencia não ser possível aplicar nos meses de julho e janeiro — leia-se tarifa voada nestes meses o percentual máximo de 150% da média cobrada nos meses de junho e dezembro, pois é necessário aguardar o fechamento desses meses para então se apurar o percentual máximo determinado, quando só então poderia calcular a tarifa do mês seguinte, o que aduz ser absurdo, pois entende que somente poderia vender as passagens para o mês de janeiro/2016 após o término do mês de dezembro/2015.

V. Aduz que ao contrário do que apontado pelo agravado, a média das tarifas praticadas no trecho em questão e nos meses indicados não vem sequer ultrapassando o limite máximo imposto na decisão agravada, bem como que fixar no percentual de 150% na forma da decisão recorrida é ignorar o seu direito legal de fazer seu gerenciamento de receitas, para o qual leva em consideração a demanda, grau de concorrência de rota, grau de maturação do serviço e da empresa no mercado, capacidade das aeronaves, taxa de ocupação de aeronaves, estrutura de custos da empresa, organização da malha aérea da empresa, horário e dia da semana do voo, ações de marketing, antecedência de aquisição do bilhete e acordos operacionais.

VI. Requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Autos conclusos, *decido*.

VII. Ressalto, inicialmente, que, a despeito da alegação da agravante de impossibilidade de cumprimento da decisão, aduzindo ser absurda e que somente poderia vender as passagens para os meses de janeiro e julho após o término do mês de dezembro e junho, respectivamente, não procede, visto que a empresa tem conhecimento dos preços dos voos voados que serão praticados em cada mês/temporada com antecedência, visto que efetuam a venda de bilhetes com antecedência, podendo fazer uma previsão dos preços dos bilhetes para os voos nos meses de dezembro e junho. Assim, tem como praticar preços nos meses de janeiro e julho com base no preço dos meses que imediatamente os antecedem antes mesmo do final daqueles meses, pois os preços de dezembro e junho são previamente estabelecidos, provavelmente, com base na demanda de anos anteriores naqueles mesmos meses.

VIII. Relevante à controvérsia os argumentos e informações trazidos pela agravada na petição que ensejou a decisão recorrida, fls. 273-283, no sentido de que a agravante busca escamotear a prática abusiva de variações dos preços cobrados em período de alta temporada, salientando que, de acordo com as informações prestadas pela Anac às fls. 737-740 do feito de origem (ausentes no presente recurso), há uma divergência altíssima entre o número de passagens na alta temporada informado pela agravante e pela Anac, e que a agravante, nos meses de junho/julho/2016, praticou preços das passagens com índice de aumento variando de 145,06 a 292,62%, cometendo

grave atentado contra a ordem econômica, o que não se mostra razoável, considerando que a agravante é uma concessionária de serviço público altamente necessário àquela região do País, considerando tratar-se da região amazônica, de difícil acesso por meio rodoviário.

IX. Ademais, o valor fixado, na decisão agravada, do preço da passagem aérea nos meses de janeiro e julho para o trecho Vilhena/RO a Cuiabá/MT, que deverá ser praticado pela empresa agravante, se mostra bem razoável, principalmente considerando que não há concorrência para aquele trecho, sendo a agravante a única empresa aérea que opera naquela linha, não podendo ser imposto ao usuário todo o ônus do aumento da demanda na alta temporada, principalmente considerando a ausência de concorrência.

X. Contudo, considerando que a agravante somente teve conhecimento da decisão recorrida em 19/07/2016, entendo seja o caso de afastar a produção de seus efeitos somente em relação a julho/2016, no período anterior a essa data.

Pelo exposto, *defiro, em parte, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento em relação ao cumprimento da decisão em julho/2016 no período anterior a 19/07/2016.*

(Agravo de Instrumento 0046909-76.2016.4.01.0000/RO, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), e-DJF1 de 12/09/2016, p. 1.833)

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0049635-23.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Trata-se de pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso de apelação formulado pelo Conselho Nacional de Pesca e Aquicultura, pela Federação Nacional dos Engenheiros de Pesca do Brasil – Faep-BR e pela Confederação Nacional dos Pescadores e Aquicultores – CNPA, tendo em vista a prolação de sentença nos autos da Ação Ordinária 18014-27.2015.4.01.3400/DF, que julgou improcedente o pedido de anulação da Portaria 445/2014, do Ministério do Meio Ambiente, para permitir a livre comercialização de todas as espécies listadas como ameaçadas de extinção no Anexo I da referida portaria (fls. 515-520).

2. Consignou o MM. magistrado *a quo* que

[...] a competência do Ministério da Pesca a ser debatida em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente é restrita aos limites de sustentabilidade dos recursos a serem explorados comercialmente, o que deverá ser feito na forma prevista no art. 3º, e não a de definir as políticas públicas de preservação ambiental e do ecossistema nacional, que é atribuição do segundo (vide art. 37, XV, da Lei 10.683/2003) [...].

3. Irresignados, argumentam os requerentes, em síntese, que a Portaria 445/2014-MMA padece de vício de legalidade e de competência, pois viola ao art. 27, XXIV, § 6º, I, da Lei 10.683/2003, a qual determina que cabe ao MMA e ao MPA, agora em conjunto e sob a coordenação do primeiro, fixar as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, com base nos melhores dados científicos e existentes, na forma de regulamento; que, ao contrário do entendimento adotado na decisão agravada, os recursos pesqueiros não se limitam às espécies hidróbias passíveis de exploração comercial, mas também aquelas objeto de estudo ou pesquisa pela pesca amadora, de subsistência, científica, comercial e pela aquicultura, conforme art. 2º, I, da Lei 11.959/2009; que o conceito de uso sustentável não está relacionado somente à exploração econômica, mas também aos aspectos social, ambiental e tecnológico (Decreto 6.981/2009, art. 2º, I; e que a competência conjunta não se limita à fixação de regras de uso sustentável referente à exploração econômica de espécies comerciais, mas se estende à fixação de normas referentes à pesquisa e estudo de espécies não comerciais.

4. Salaria que o próprio Ministério do Meio Ambiente alterou, por duas vezes, a mesma portaria, em 2015, a primeira por intermédio da Portaria 98/2015, para admitir a captura, o desembarque e a respectiva comercialização de espécies ameaçadas classificadas na categoria Vulnerável (VU) do seu anexo por 360 (trezentos e sessenta) dias a partir da publicação em 29/04/2015; e a segunda, Portaria 163/2015, para permitir a captura, o desembarque e a comercialização de espécies ameaçadas classificadas na categoria Criticamente em Perigo (CR) e Em Perigo (EN) de

interesse econômico listadas no seu Anexo III por 360 (trezentos e sessenta) dias a partir da publicação na data de 09/06/2015.

5. Assevera que a plausibilidade jurídica do pedido se justifica na medida em que, apreciando o AI 25933-82.2015.4.01.0000/DF, o Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian antecipou a tutela recursal e suspendeu os efeitos da portaria acima referida, bem assim perigo de dano grave ou de difícil reparação se verifica na medida em que coloca em risco 3,5 milhões de empregos diretos e indiretos na indústria da pesca.

Autos conclusos, *decido*.

7. 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.

8. No presente caso, ao contrário, temos um comando negativo, uma sentença que rejeitou o pedido formulado na petição inicial e julgou improcedente o pedido, ou seja, não houve a concessão aos autores do direito vindicado e, por consequência, não houve nenhuma condenação à parte-ré, e o recurso foi manejado pelos próprios autores, buscando em segundo grau de jurisdição aquilo que não lhe fora concedido em primeira instância.

9. 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)

10. 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.

11. Nesse sentido, não vejo óbice à recepção deste requerimento como pedido de concessão de tutela de urgência, na forma dos arts. 294 e segs. do CPC/2015.

12. Adoto como razões de decidir os fundamentos utilizados pelo Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian quando da decisão que antecipou a tutela recursal no AI 25933-82.2015.4.01.0000/DF e suspendeu os efeitos da Portaria 445/2014, do Ministério do Meio Ambiente, no seguinte teor:

[...]

5. Insurgem-se os agravantes contra a Portaria 445/2014, do Ministério do Meio Ambiente, a qual reconhece diversas espécies de peixes e invertebrados aquáticos como espécies em extinção, ficando tais espécies protegidas de modo integral, com a proibição de captura, transporte, armazenamento, guarda, manejo, beneficiamento e comercialização, exceto para fins de pesquisa ou para a conservação, mediante autorização do ICMBio.

6. Referida portaria foi publicada em 18/12/2014, e seu art. 4º fixou o prazo de 180 dias para entrada em vigor dos efeitos da proibição, ou seja, 18/06/2015.

7. Em sua decisão, a MM. Juiz a quo sustenta que a competência conjunta do Ministério da Pesca com o MMA estaria restrita aos limites da sustentabilidade dos recursos a serem explorados comercialmente, na forma do § 3º, e não a de definir as políticas públicas de preservação ambiental e do ecossistema nacional, essa prevista no art. 27, XV, da Lei 10.683/2003.

8. Muito embora considere relevantes tais fundamentos, entendo que o inciso XV, “b” deve ser interpretado em conjunto com o § 6º, I, do inciso XXIV da legislação de regência, os quais estão assim redigidos:

‘Art. 27. Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes:

[...]

XV - Ministério do Meio Ambiente:

[...]

b) política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, e biodiversidade e florestas;

[...]

XXIV - Ministério da Pesca e Aquicultura: (Incluído pela Lei nº 11.958, de 2009)

[...]

§ 6º Cabe aos Ministérios da Pesca e Aquicultura e do Meio Ambiente, em conjunto e sob a coordenação do primeiro, nos aspectos relacionados ao uso sustentável dos recursos pesqueiros: (Redação dada pela Lei nº 11.958, de 2009)

I - fixar as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, com base nos melhores dados científicos e existentes, na forma de regulamento; e (Redação dada pela Lei nº 11.958, de 2009) (Vide Lei nº 11.958, de 2009) (Vide Decreto nº 6.981, de 2009)

9. A controvérsia posta nos autos diz respeito à expressão “uso sustentável dos recursos pesqueiros”, sustentando os agravantes que o conceito de uso sustentável não está relacionado somente à exploração econômica, mas também aos aspectos social, ambiental e tecnológico (Decreto 6.981/2009, art. 2º, I); e que a competência conjunta não se limita à fixação de regras de uso sustentável referente à exploração econômica de espécies comerciais, mas se estende à fixação de normas referentes à pesquisa e estudo de espécies não-comerciais.

10. Com efeito, o art. 2º, I, da Lei 11.959/2009 define recursos pesqueiros como sendo “os animais e os vegetais hidróbios passíveis de exploração, estudo ou pesquisa pela pesca amadora, de subsistência, científica, comercial e pela aquicultura”.

11. Já o art. 2º, I, do Decreto 6.981/2009, que regulamenta o § 6º, I, do inciso XXIV, da Lei 10.683/2003 acima referida, classifica uso sustentável dos recursos pesqueiros com sendo “aquele que permite à geração atual suprir as suas necessidades pela pesca, sem comprometer a capacidade das gerações futuras em satisfazer as suas próprias, baseado em critérios sociais, ambientais, tecnológicos e econômicos”.

12. Ou exame, em um exame preliminar, parece que, também nos casos de formulação das políticas de preservação ambiental e do ecossistema nacional, a Lei atribuiu a competência conjunta dos Ministérios da Pesca e do Meio Ambiente.

13. Ressalte-se que a redação do inciso XV do art. 27, que cuida da competência do Ministério do Meio Ambiente, é original de quando da edição da norma, em 27 de março de 2003; já aquela do inciso XXIV (competência do Ministério da Pesca) foi incluída pela Lei 11.958/2009.

14. Assim, ao que parece, o legislador teve a intenção de, nos casos de formulação de políticas de preservação ambiental relacionadas aos recursos pesqueiros, estabelecer a competência conjunta dos referidos Ministérios.

15. A propósito, transcrevo trecho do parecer da Consultoria Jurídica do MPA sobre a matéria, a saber:

'[...]

Da Competência do MPA e MMA

10. Além de criar o Ministério da Pesca e Agricultura, a Lei nº 11.958, de 2009, deu nova reação ao §6º do art. 27 da Lei nº 10.683, de 2003, definindo a competência conjunta entre o MPA e MMA para fixar normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, na forma do regulamento, in verbis:

'§ 6º Cabe aos Ministérios da Pesca e Agricultura e do Meio Ambiente, em conjunto e sob a coordenação do primeiro, nos aspectos relacionados ao uso sustentável dos recursos pesqueiros:

I - fixar as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, com base nos melhores dados científicos e existentes, na forma de regulamento; e (Redação dada pela Lei nº 11.958, de 2009) (Vide Lei nº 11.958, de 2009)' (grifou-se)

11. Nesta esteira, objetivando regulamentar a competência conjunta estabelecida no inciso I do §6º do art. 27 da Lei nº 10.683, de 2003, foi editado o Decreto nº 6.981, de 13 de outubro de 2009, conforme se verifica do art. 1º da norma, in litteris:

'Art. 1º Este Decreto regulamenta a competência conjunta nos Ministérios da Pesca e Agricultura e do Meio Ambiente para, sob a coordenação do primeiro, com base nos melhores dados científicos e existentes, fixar as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros.

§1º As normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento definirão a forma de uso sustentável dos recursos pesqueiros em exploração ou a serem explorados pela pesca comercial, amadora e de subsistência.

§2º O disposto neste Decreto não se aplica à normatização da atividade de agricultura.' (grifou-se)

12. Observe-se que o §1º do art. 1º do Decreto nº 6.981, de 2009, estabeleceu a finalidade a que as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento se prestarão, qual seja, definir a forma de uso sustentável dos recursos pesqueiros.

13. Neste sentido, destacamos o disposto no art. 4º do Decreto, que estabelece que as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento deverão dispor sobre itens específicos que se encontram listados nos incisos I a IX, in verbis:

'Art.4º As normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento, em conformidade com as peculiaridades de cada unidade de gestão, deverão dispor sobre:

I - os regimes de acesso;

II - a captura total permissível;

III - o esforço de pesca sustentável;

IV - os períodos de defeso;

V - as temporadas de pesca;

VI - os tamanhos de captura;

VII - as áreas interditas ou de reservas;

VIII - as artes, os aparelhos, os métodos e os sistemas de pesca e cultivo; e

IX - a proteção de indivíduos em processo de reprodução ou recomposição de estoques.

Parágrafo único. Na ausência ou insuficiência de dados científicos, deverá ser aplicado o princípio da precaução para a definição de critérios e padrões de uso de que trata este artigo.'

14. Desta forma, encontramos nos incisos do art. 4º do Decreto a limitação temática relacionada à competência conjunta do MPA e MMA, em sintonia com o que reza o art. 1º, §2º, no sentido de estabelecer normas que definam a forma de uso dos recursos pesqueiros. Logo, as normas que venham a definir a forma de uso dos recursos pesqueiros relacionados no art. 4º do Decreto nº 6.981, de 2009, deverão ser editados conjuntamente pelo MPA e MMA.

Da Portaria MMA nº 445, de 17 de dezembro de 2014

15. A Portaria MMA nº 445, de 2014, editada pelo Ministério do Meio Ambiente, em seu art. 1º, reconhece como espécies ameaçadas de extinção dos peixes e invertebrados aquáticos da fauna brasileira relacionados no Anexo da Portaria, in verbis:

‘Art. 1º Reconhecer como espécies de peixes e invertebrados aquáticos da fauna brasileira ameaçadas de extinção aquelas constantes da “Lista Nacional Oficial de Espécies da Fauna Ameaçadas de Extinção - Peixes e Invertebrados Aquáticos” - Lista, conforme Anexo I desta Portaria, em observância aos arts. 6º e 7º, da Portaria nº 43, de 31 de janeiro de 2014.’

16. Além de reconhecer como ameaçados de extinção, a referida Portaria classifica espécies em “Extintas na Natureza (EW), Criticamente em Perigos (CR), Em Perigo (EM) e Vulnerável (VU)”, ficando estas espécies protegidas de forma integral, sendo proibidas a “captura, transporte, armazenamento, guarda, manejo, beneficiamento e comercialização”, verbis:

‘Art. 2º As espécies constantes da Lista, conforme Anexo I desta Portaria, classificadas nas categorias Extintas na Natureza (EW), Criticamente em Perigo (CR), Em Perigo (EN) e Vulnerável (VU) ficam protegidas de modo integral, incluindo, entre outras medidas, a proibição de captura, transporte, armazenamento, guarda, manejo, beneficiamento e comercialização.’

17. No §1º do art. 2º é definido que a captura, transporte, armazenamento, guarda e manejo de espécies para fins de pesquisa e conservação de espécie ficam condicionados à permissão do Instituto Chico Mendes:

‘§ 1º A captura, transporte, armazenamento, guarda e manejo de exemplares das espécies de que trata o caput somente poderá ser permitida para fins de pesquisa ou para a conservação da espécie, mediante autorização do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes.’

18. Os §§ 2º e 3º do art. 2º definem exceções à proibição estabelecida no caput, in litteris:

‘§ 2º As restrições estabelecidas no caput não se aplicam a exemplares reproduzidos em cativeiros, devidamente licenciados por órgão ambiental competente, em conformidade com Planos de Ação Nacionais para Conservação de Espécies Ameaçadas de Extinção - PAN aprovados, quando existentes.

§ 3º As restrições estabelecidas no caput não se aplicam a exemplares capturados incidentalmente, desde que liberados vivos ou descartados no ato da captura, devendo ser registrados a captura e a liberação ou o descarte, conforme regulamentação específica.’

19. No art. 3º da Portaria MMA nº 445, de 2014, é definida nova exceção à proibição prevista no art. 2º, ao passo em que permite o uso sustentável de espécies classificadas na categoria “Vulnerável (VU)”, atendidos os critérios definidos nos incisos I a V, in verbis:

‘Art. 3º Para as espécies ameaçadas classificadas na categoria Vulnerável (VU) do Anexo I desta Portaria, poderá ser permitido o uso sustentável, desde que regulamentado e autorizado pelos órgãos federais competentes e atendendo minimamente aos seguintes critérios:

I - não ter sido classificada como ameaçada de extinção desde a avaliação anterior, publicada pela Instrução Normativa no 05, de 2004, ou não ser objeto de proibição em normas específicas;

II - estar em conformidade com a avaliação de risco de extinção de espécies;

III - existência de dados de pesquisa ou monitoramento que subsidiem tomada de decisão sobre o uso e conservação da espécie na área a ser autorizada;

IV - adoção de medidas de preservação das espécies e de mitigação de ameaças, incluindo aquelas decorrentes de recomendações internacionais; e

V - adoção de medidas indicadas nos PAN aprovados, quando existentes.

§ 1º O Ministério do Meio Ambiente, em articulação com o Instituto Chico Mendes e com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, será responsável pela comprovação quanto ao atendimento dos critérios de que trata este artigo, podendo realizar consulta a especialistas para essa finalidade.

§ 2º No caso de Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável federais, a autorização de que trata o caput será de responsabilidade do Instituto Chico Mendes, observando o plano de manejo da unidade, nos termos dos arts. 18 e 20, da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000.’

20. Assim, da leitura do art. 3º e seus incisos, verifica-se que a norma regulamenta o uso de espécies classificadas como ‘vulneráveis’, bem como define, em seus incisos I a V, critérios que devem ser observados para o acesso a estes recursos, em desacordo com o disposto no Decreto nº 6.981, de 2009.

Do Objetivo da Portaria MMA nº 445, de 2014

21. A Portaria MMA nº 445, de 2014, estabelece uma relação de espécies de peixes e invertebrados aquáticos ameaçados de extinção que têm captura, transporte, armazenamento, guarda, manejo, beneficiamento e comercialização, proibidos (Extintas na Natureza – EW, Criticamente em Perigo-CR, Em Perigo-EM) ou restritos (Vulneráveis-VU).

22. Estas medidas de controle tem por objetivo repovoar e recompor os estoques naturais de espécies ameaçadas de extinção. Contudo, vale ressaltar que a Lei conferiu tratamento diferenciado quando se tratar de recursos pesqueiros, devendo o poder público conciliar a sustentabilidade do recurso pesqueiro com a obtenção de melhores resultados econômicos e sociais, conforme reza o art. 3º da Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009, verbis:

‘Seção I

Da Sustentabilidade do Uso dos Recursos Pesqueiros

Art. 3º Compete ao poder público a regulamentação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Atividade Pesqueira, conciliando o equilíbrio entre o princípio da sustentabilidade dos recursos pesqueiros e a obtenção de melhores resultados econômicos e sociais, calculando, autorizando ou estabelecendo, em cada caso:

- I – os regimes de acesso;
- II – a captura total permissível;
- III – o esforço de pesca sustentável;
- IV – os períodos de defeso;
- V – as temporadas de pesca;
- VI – os tamanhos de captura;
- VII – as áreas interditadas ou de reservas;
- VIII – as artes, os aparelhos, os métodos e os sistemas de pesca e cultivo;
- IX – a capacidade de suporte dos ambientes;
- X – as necessárias ações de monitoramento, controle e fiscalização da atividade;
- XI – a proteção de indivíduos em processo de reprodução ou recomposição de estoques.

§ 1º O ordenamento pesqueiro deve considerar as peculiaridades e as necessidades dos pescadores artesanais, de subsistência e da aquicultura familiar, visando a garantir sua permanência e sua continuidade.

§ 2º Compete aos Estados e ao Distrito Federal o ordenamento da pesca nas águas continentais de suas respectivas jurisdições, observada a legislação aplicável, podendo o exercício da atividade ser restrita a uma determinada bacia hidrográfica.

23. Atento a esta premissa, o Decreto nº 6.981, de 2009, estabeleceu como competência conjunta entre o MPA e o MMA a definição de normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento, que disponha sobre 'a proteção de indivíduos em processo de recomposição ou recuperação de estoques', conforme o art. 4º, inciso IX, e art. 5º, litteris:

'Art. 4º As normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento, em conformidade com as peculiaridades de cada unidade de gestão, deverão dispor sobre:

- I - os regimes de acesso;
- [...]
- IX - a proteção de indivíduos em processo de reprodução ou recomposição de estoques.

Parágrafo único. Na ausência ou insuficiência de dados científicos, deverá ser aplicado o princípio da precaução para a definição de critérios e padrões de uso de que trata este artigo.

Art. 5º As normas, critérios, padrões e medidas para a gestão do uso sustentável dos recursos pesqueiros serão estabelecidas em ato conjunto dos Ministros de Estado da Pesca e Aquicultura e do Meio Ambiente, com base nos subsídios gerados pelo sistema de gestão compartilhada.

Parágrafo único. Os Ministérios poderão estabelecer normas, critérios, padrões ou medidas de gestão, de forma conjunta, independentemente dos subsídios de que trata o caput, desde que de maneira fundamentada em dados técnicos e científicos.

24. Dessa forma, tendo em vista que a gestão de recursos pesqueiros tem um tratamento diferenciado definido em Lei, em razão de seus aspectos sociais, econômicos, culturais e ambientais, fica evidente a necessidade de edição conjunta da Portaria MMA nº 445, de 2014, haja vista que a mesma dispõe sobre medidas de proteção e recomposição de estoque, conforme prevê o inciso IX do art. 4º do Decreto 6.982, de 2009.

[...]

16. Assim, em um exame preliminar, parece-me haver vício de forma na edição da Portaria 445/2014-MMA, pois editada unilateralmente e não em conjunto com o Ministério da Pesca.

[...]

13. Ressalte-se, por fim, que, formulado pedido de suspensão da decisão do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian perante o col. STJ, foi ele indeferido pela eminente Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência daquela Corte Superior e, interposto agravo regimental, a eg. Corte Especial daquela Corte Especial a ele negou provimento, conforme acórdão assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. PORTARIA. LISTA DE FAUNA EM EXTINÇÃO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DE MINISTÉRIOS. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA NÃO DEMONSTRADA. QUESTÃO INTRINSECAMENTE

RELACIONADA COM O MÉRITO DA AÇÃO ORIGINÁRIA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO SUSPENSIVO. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ATACADA. NEGADO PROVIMENTO.

I - A decisão agravada entendeu não estar configurada lesão a nenhum dos bens tutelados pela legislação de regência, considerando, ainda, que a alegação da requerente, relacionada à competência concorrente dos Ministérios para a edição do ato normativo em questão, estaria intrinsecamente ligada ao próprio mérito da ação originária.

II - A agravante não consegue infirmar a fundamentação da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido. (AgRg na SLS 2.038/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2015, DJe 05/10/2015.)

Pelo exposto, *antecipo* a tutela recursal e suspendo os efeitos da Portaria 445/2014, do Ministério do Meio Ambiente.

(Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0049635-23.2016.4.01.0000/DF, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), e-DJF1 de 06/09/2016, p. 556)

Agravo de Instrumento 0046869-94.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Anvisa contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que deferiu

[...] tutela de urgência de natureza antecipatória para suspender os efeitos da Resolução Anvisa (RDC) nº 26/2015, exclusivamente em relação às bebidas destiladas Whisky, Vodca e Gim fabricadas a partir de cereais e comercializadas pelas associadas da autora (Abrabe), até que a Anvisa profira decisão definitiva sobre a petição apresentada no dia 1º de Julho de 2016 sob o protocolo 201607010042PR [...].

A referida Resolução 26/2015 visa basicamente a propiciar que os consumidores tenham informações sobre a presença dos principais alimentos alergênicos e seus derivados, estabelecendo regras para declarações de rotulagem em produtos postos à disposição do mercado.

Assim, atento à finalidade da Resolução Anvisa 26/2015, o magistrado de primeira instância entendeu por bem suspender a sua eficácia no que tange às bebidas destiladas *whisky*, *vodka* e *gim*, produzidas pelas associadas da autora (Abrabe), por entender que a literatura científica sobre a matéria permite concluir

[...] que as bebidas destiladas são produzidas a partir de um processo físico de separação dos componentes da matéria prima derivada de cereal (mosto), através do qual as substâncias voláteis (água, álcool etílico, ácido acético, aldeídos, entre outros) são separadas das não voláteis (sólidos, bactérias, proteínas, sais minerais, etc.), de modo que estas substâncias residuais (não voláteis) deixam de fazer parte das etapas seguintes da produção do destilado, que se resumem aos fracionamento das concentrações alcoólicas.

Num segundo passo lógico, o magistrado *a quo*, então, conclui que o processo certificaria que “as proteínas e frações proteicas causadoras de alergia alimentar, por constituírem elementos químicos mais pesados e com pontos de ebulição bem superiores aos empregados na destilação, não volatilizam e conseqüentemente, não são transferidas [...] para as fases subsequentes de fabricação, sendo descartadas do processo industrial”. Assim, é de sua conclusão, pois, que, não contendo as bebidas destiladas as substâncias alérgicas, “a lógica seria excluí-las do campo de incidência da RDC 26/2015”.

Também subsidiou a decisão agora agravada o fato de que a entidade autora, com base na lógica acima detalhada, deduziu perante a Anvisa pedido de exclusão das bebidas alcoólicas destiladas da lista dos principais alimentos que causam alergias alimentares, pedido esse que, entretanto, permaneceria sem prazo para resposta.

A Anvisa, em alentada petição, questiona a decisão recorrida, fundamentando-se, essencialmente, na importância da Resolução 26/2015 bem como na necessidade de proteção ao consumidor, que deve ter garantido o direito a informações sobre a presença dos principais alimentos alergênicos em produtos alimentícios.

No caso concreto, contesta a informação que serviu de base à decisão proferida, a sugerir a possibilidade de as referidas bebidas poderem ser produzidas com a adição de outros ingredientes, como corantes e aromatizantes, os quais podem veicular os elementos alergênicos objetos da normatização concretizada na Resolução 26/2015.

Além disso, afirma que não existiria “consenso internacional com relação ao baixo potencial alergênico do álcool potável e do destilado alcoólico simples obtidos de cereais alergênicos”, pois as ressalvas existentes teriam sido baseadas na avaliação de dados de poucas empresas que não seriam representativas de todos os produtores de bebidas alcoólicas e os dados avaliados não seriam acessíveis para consulta.

Alega-se ainda que a agravada apenas tardiamente apresentou a sua petição, no âmbito administrativo, para requerer a retirada dos destilados alcoólicos da lista de produtos com potencial alergênico.

Por fim, requer a reforma da decisão agravada, pois, fundamentalmente (a) colocaria em risco a saúde dos consumidores, (b) violaria a orientação jurisprudencial quanto à vulnerabilidade do consumidor, (c) estimularia concorrência desleal em favor das associadas da autora, que não se submeterão a regras impostas às demais empresas, além de (e) dificultar a fiscalização e monitoramento pelo sistema de vigilância e saúde.

É o relatório. Decido.

Mantenho a decisão agravada, pelos seguintes fundamentos.

O elemento central, no mérito da demanda veiculada no presente processo, é saber se os derivados alcoólicos podem ou não veicular elementos alergênicos, de ordem a impor a sua submissão às restrições próprias da Resolução Anvisa 26/2016.

Numa análise ainda precária, própria das tutelas de urgências, não verifico nos autos elementos suficientes para certificar, no caso, a existência, ou não, dos referidos alérgenos nos chamados destilados alcoólicos. Assim, o que se deve responder no presente recurso, especialmente na tutela de urgência nele requerida, é se poderia a Administração, à míngua de prova definitiva, quando ainda não concluído o processo administrativo para tanto instaurado, impor às associadas da agravante as restrições decorrentes da Resolução 26/2016. Vejamos.

No caso concreto, não obstante a Administração questione os dados científicos em que se assentou a decisão recorrida, basicamente, não apresenta qualquer elemento de prova que possa certificar a presença de elemento alergênico nos destilados alcoólicos.

De fato, em contraposição à fundamentação deduzida na decisão judicial, no sentido de que o processo de produção de destilados alcoólicos não permitiria a presença remanescente de elementos alergênicos, a Administração apenas argumenta que não existiria “consenso internacional com relação ao baixo potencial alergênico do álcool potável e do destilado alcoólico simples obtidos de cereais alergênicos”.

Em outras palavras, pelo menos em consideração ao estágio em que se encontra o procedimento em que se determinará a necessidade ou não de os destilados alcoólicos fazerem parte do rol de produtos sobre quais deverá incidir a Resolução 26/2015, não se trouxe aos autos, como prova para arrostar os fundamentos da decisão agravada, muito mais do que a ausência de consenso internacional com relação ao seu potencial alergênico.

A Constituição estabelece no seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em outros termos, não se pode conceber que alguém possa sofrer especial gravame em seu patrimônio jurídico, quando a atividade restritiva da Administração apenas parece sustentar-se em suspeita despida de elementos probatórios convincentes de que a atividade do particular possa produzir efeitos danosos ao consumidor.

Em casos que tais, em contrariedade ao disposto na Constituição, estar-se-ia antecipando restrição à liberdade e aos bens das empresas associadas da entidade autora sem, contudo, a imprescindível conclusão do devido processo legal, no qual se poderia demonstrar, por exemplo, o caráter lesivo da atividade por elas desenvolvida, o que é, definitivamente, vedado pela jurisprudência (cito):

ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO.

Na forma do art. 44 da Lei 9.784, de 1999, encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado. Espécie em que a pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público foi aplicada sem que a empresa apenada tivesse a oportunidade de articular as alegações

finais. Ordem concedida, anulando-se a decisão, facultado à autoridade impetrada retomar o curso do processo com a intimação da impetrante para a apresentação das alegações finais - prejudicado o agravo regimental.

(MS 20.703/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 21/08/2014)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO CONTRATUAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA EM REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DA PENALIDADE IMPOSTA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009, concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

2. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 3. Por sua vez, o art. 87, § 2º, da Lei 8.666/93 estabelece que a aplicação de multa pressupõe concessão de oportunidade ao interessado para a apresentação de defesa prévia, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

4. No caso dos autos, verifica-se que a impetrante não foi notificada para, em cinco (5) dias úteis, apresentar defesa prévia quanto à aplicação da penalidade de multa.

5. Ao contrário, o Ofício MRE/DSG/071/2007, ao mesmo tempo em que comunicou a impetrante acerca da infração contratual, já determinou a aplicação da pena de multa, sem facultar, previamente, portanto, a apresentação de defesa prévia pela contratada no âmbito de regular processo administrativo.

6. Diante disso, a manifestação da impetrante intitulada pela autoridade impetrada como "pedido de reconsideração", não pode ser qualificada como defesa prévia, a que alude o § 2º, do art. 87, da Lei 8.666/93.

7. De outro lado, a existência de anteriores comunicações de advertência à impetrante, relacionadas a outras infrações por ela cometidas, não têm o condão de legitimar a aplicação de multa sem a observância do devido processo legal.

8. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.

(AMS 0031512-74.2007.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1112 de 26/03/2015)

Tudo considerado, *mantenho* a decisão agravada até que seja concluído o processo administrativo, ou até que seja julgado o presente recurso, ou ainda até que seja proferida decisão definitiva na primeira instância.

(Agravo de Instrumento 0046869-94.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 13/09/2016, p. 1.145)

Agravo de Instrumento 0046464-58.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

I. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Eugênia Barreto Silva, inconformada com decisão da 12ª Vara Federal/BA, em ação de improbidade administrativa da autoria do Ministério Público Federal, que deferiu a indisponibilidade de seus bens e dos demais demandados.

O enredo fático que circunda a decisão recorrida é a alegação de que os demandados teriam protagonizado um esquema de desvios do Fundo Municipal de Saúde, por meio da contratação irregular do Centro Médico Aracaju (Contrato 51/2014), da qual é sócia a recorrente, para a gestão do Hospital Municipal Jose Mário Filho, conforme apurado em relatório de fiscalização, integrante do Inquérito Civil Público 1.14.000.003074/2014-61, além do desvio de valores repassados à contratada sem a respectiva demonstração de comprovantes dos gastos.

Pela narrativa da inicial, o dano ao Erário seria da ordem R\$ 3.343.590,34, valor sobre o qual foi determinada a indisponibilidade de bens, acrescido de multa de duas vezes o valor do dano, num importe total de R\$ 10.030.771,02.

Sustenta a recorrente, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, por figurar na ação apenas porque sócia da empresa contratada pelo município e em face da qual se imputa participação nos atos de improbidade, o que não seria suficiente à sua legitimação, tendo a determinação de indisponibilidade atingido os seus bens pessoais, sem a devida decretação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa; que, ao tempo em que realizada a fiscalização da CGU, não mais integrava o seu quadro societário; e que decisão recorrida não teria fundamentação suficiente, pois não teria individualizado a sua conduta nos fatos, para justificar os atos de constrição.

Afirma, no mérito, que a decretação da indisponibilidade não poderia atingir bens adquiridos anteriormente à data dos atos apontados como ímprobos; e que a medida ter-se-ia operado sem a demonstração da existência de *periculum in mora*, pois não haveria demonstração de que estivesse dilapidando o seu patrimônio, de forma a prejudicar a eficácia de uma eventual sentença condenatória.

Destaca que a decretação deve se dar de forma equitativa sobre os bens de todos os demandados, não podendo cada qual ter constrictos bens representativos do valor integral do dano; que a decretação não poderia se dar para garantir suposta multa, devendo ser considerando que eventual decreto de indisponibilidade de bens deve se reportar apenas ao valor do suposto dano, conforme disporia ao art. 7º da citada Lei de Improbidade Administrativa; e que a decisão de indisponibilidade antes da sentença condenatória ofende o devido processo legal.

II. No que toca às preliminares de ilegitimidade passiva e ausência de fundamentação da decisão, para esse momento processual, elas não se sustentam. A legitimidade da recorrente decorre do quanto dispõe o art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, na medida em que, na condição de sócia da empresa, supõe-se tenha sido beneficiária dos ganhos decorrentes dos atos de improbidade auferidos pela pessoa jurídica. Como a sua responsabilidade é pessoal e concorrente, a constrição deve recair sobre os seus bens e sobre os da empresa, não sendo necessário o decreto de desconsideração da personalidade jurídica, devendo se destacado que, por essa mesma condição de sócia, estaria justificada a inferência da sua participação nos atos de improbidade, não havendo que se falar em ausência de fundamentação da decisão recorrida, pela não individualização da sua conduta.

Do mesmo modo, o fato de haver saído do quadro societário da empresa em 2015 não altera a sua legitimidade, se os atos apontados como ímprobos remontam a 2012, quando ainda era coproprietária da empresa.

Não se sustenta, também, a alegação de que não poderiam sofrer constrição os seus adquiridos antes do suposto ato de improbidade, pois sobre o tema, já decidiu o STJ, na linha do precedente abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. BENS ADQUIRIDOS ANTES DO ATO IMPROBO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. A jurisprudência do STJ abona a possibilidade de que a indisponibilidade, na ação de improbidade administrativa, recaia sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. A medida se dá como garantia de futura execução em caso de constatação do ato ímprobo. Irrelevante se a indisponibilidade recaiu sobre bens anteriores ou posteriores ao ato acoimado de ímprobo. (Cf. AgRg no Ag 1.423.420/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.10.2011; REsp 1.078.640/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23.3.2010.” e AgRg no REsp 937.085/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 17/09/2012.0.

2. Configurado o dissídio jurisprudencial, com o acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência desta Corte, impõe-se o provimento do recurso especial.

3. Recurso especial provido. (REsp 1301695/RS, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015)

No que diz respeito à indisponibilidade de bens, avulta a impressão de que a decisão recorrida, neste ponto e mesmo bem intencionada, atuou, pelo menos em parte, fora das balizas legais, devendo, como tal, receber ajustes.

A jurisprudência desta Turma tem entendido que “a indisponibilidade de bens não pode incluir os valores de eventual condenação em multa.”¹ “Isso porque não se pode antecipar eventual condenação ao pagamento de multa, para fins de decretação de indisponibilidade.”² A indisponibilidade de bens não ir além do valor apontado como representativo do dano ao Erário que, segundo a inicial, seria da ordem de R\$ 3.343.590,34.

Nesse segmento (constrição em relação ao dano), a decisão revela-se acertada, pois há vasto material probatório que aponta para ocorrência do dano, decorrente da falta de demonstração dos comprovantes de gastos das despesas dadas como realizadas. Embora o recorrente possa, a tempo e modo, provar o contrário, o quando atual dos autos abona a imputação da inicial.

¹ AG 0045221-84.2013.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1, p. 131, de 12/08/2014.

² AG 0018054-97.2010.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, rel. Juiz Federal Antonio Oswaldo Scarpa (convocado), Quarta Turma, e-DJF1, p. 499, de 09/12/2013..

Segundo a decisão, teria sido aberto prazo aos demandados para as respectivas comprovações, o que não ocorreu, atitude que não pode ser considerada violadora do devido processo legal, ainda que em sede administrativa, diante da aplicação do princípio do contraditório.

Embora não me pareça a compreensão mais acertada, justamente para evitar precipitação, o fato é que a jurisprudência do STJ autoriza a decretação da indisponibilidade de bens antes mesmo do juízo de admissibilidade da ação, conforme aresto representativo de controvérsia, decorrente do julgamento do REsp 1.366.721, cujo resultado não fica desqualificado pela existência de recurso extraordinário contra ele interposto e não julgado, até porque não tem efeitos suspensivo. A ementa do julgado está assim fundamentada, com negrito aditado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelece a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ. (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014)

A medida, do mesmo modo, não traduz uma violação do devido processo legal, porque, em face da letra expressa da lei, e mesmo do § 4º do art. 37 da Constituição ("Os atos de improbidade administrativa importarão [...]

a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”), afigura-se plausível o entendimento de que, se o ato de improbidade “causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito”, caberá a indisponibilidade, na medida do dano, como uma cautela para a eficácia de uma futura ordem de ressarcimento, sem necessidade de demonstração de atos concretos da parte, tendentes à frustração daquele comando, ou à redução à insolvência.

Não vai nisso maltrato ao princípio constitucional de que “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º LIV), pois a indisponibilidade não retira o ativo da propriedade e da administração do seu titular (como não tira a velha penhora, feita todos os dias nas varas da justiça); apenas impede interinamente atos de disposição, salvo com autorização judicial.

Esta é a exegese firmada na Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça:³

[...]

3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do *fumus boni iuris*; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes: REsp 1115452/MA; REsp 1194045/SE e REsp 1135548/PR.

4. Ademais, a indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC 11.139/SP).

O suposto dano (reitere-se) encontra lastro na demonstração, mesmo indiciária, de irregularidades na execução do contrato de administração do Hospital Municipal Jose Mário Filho pelo Centro Médico Aracaju, fatos que, apesar de contraditados pela demandada, vêm demonstrados em inquérito civil público e autorizam o reconhecimento do *fumus boni iuris*, ainda que as provas estejam sujeitas a certificação judicial.

Para o exame da indisponibilidade se faz suficiente a demonstração de indícios da prática de ato de improbidade, com conseqüências de dano ao Erário, merecendo ajustes a decisão recorrida apenas no que se relaciona ao fato de a sua decretação ter ocorrido para garantir a suposta multa civil, alcançando também as contas bancárias da recorrente, por meio da qual receberia verbas salariais, que constituem recursos destinados a fazer frente às despesas para a sua subsistência.

Outro ponto que merece reforma é que a indisponibilidade de bens não pode ser excessiva, devendo limitar-se aos ativos necessários ao ressarcimento integral do dano, visto em face da quantificação projetada objetivamente em relação ao suposto dano (excluído o valor da suposta multa civil), limite sobre o qual não poderá ultrapassar a indisponibilidade.

Considerando-se, portanto, que a ação é proposta contra sete requeridos, ou seja, a agravante e seis outros demandados, e que não se faz possível delimitar ou quantificar, neste momento processual, o nível de participação de cada qual nos atos (ímprobos) que lhes são imputados, a indisponibilidade deverá recair de forma equitativa (1/7) sobre o patrimônio de cada qual.

O fato de cuidar-se, sendo o caso de condenação, de responsabilidade solidária (art. 942 – CC), não quer dizer que a indisponibilidade deva ser praticada de forma nominalista, sem nenhuma centralidade de justiça e de razoabilidade, atingindo o patrimônio dos demandados de forma desmedida, em cifras muitas e muitas vezes superiores ao suposto dano. A solidariedade, no presente, não pode nem deve ser tratada de forma estritamente patrimonialista.

³ AgRg no AREsp 20853/SP, rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, in *DJe* 29/06/2012; e AgRg no AREsp 133243/MT, rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, in *DJe* 24/05/2012.

A atualidade jurídica, regida pelos direitos fundamentais, mais do que nunca aconselha a prática de uma dogmática crítica, ou positivismo crítico, sem a qual “o operador do direito acaba por se tornar um reprodutor autômato do senso comum jurídico dominante.”⁴ A propriedade (dos demandados), que tem o apanágio da inviolabilidade constitucional (art. 5º, *caput* – CF), não pode ser tratada como uma coisa sem dono (*res nullius*) ou de ninguém.

É de lembrar, ainda, que o mecanismo civil da solidariedade passiva, pelo qual o credor pode exigir a prestação debitória de qualquer dos devedores (art. 275 – CC), podendo o devedor que satisfaz a dívida por inteiro exigir de cada um dos codevedores a sua quota (art. 283 – CC), está hoje arrefecido pelo Código de Processo Civil, que prevê o chamamento ao processo “de todos os demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum” (art. 130, III), para que o réu possa exigir dos demais devedores a sua cota na proporção que lhes tocar (art. 132 – idem).

III. Tal o contexto, *recebo o agravo parcialmente no efeito suspensivo*, para limitar a indisponibilidade de bens ao valor do suposto dano (R\$ 3.343.590,34), excluindo da constrição, por outro lado, os valores em depósito de conta corrente, representativos de ganho decorrente do seu salário, limitado ao quantitativo de 1/7 do valor do suposto dano, na forma da fundamentação acima.

(Agravo de Instrumento 0046464-58.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, *e-DJF1* de 14/09/2016, p. 1.257)

Agravo de Instrumento 0015362-18.2016.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Carlos Humberto Fonseca Nascimento formula pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação por ele interposta de sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, nestes termos:

[...]

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para CONDENAR os requeridos, ALUÍZIO SEBASTIÃO GONTIJO COUTO e CARLOS HUMBERTO FONSECA NASCIMENTO, solidariamente, na obrigação de fazer consistente na demolição de todas as construções realizadas sem autorização do IPHAN no empreendimento denominado BARRACA AXÉ MOI, remoção dos entulhos decorrentes da demolição e recuperação de toda a área degradada, a suas expensas, na forma de PRAD a ser aprovado pela referida autarquia federal.

Nos termos da fundamentação supra, fixo prazo de 30 dias corridos – contados da intimação da presente – para a conclusão dos trabalhos de demolição das construções não autorizadas, limpeza da área e apresentação de Plano de Recuperação de Área Degradada a ser aprovado pelo IPHAN, sob pena de incidência multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento da ordem, quantia esta a ser revertida para o fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.437/85.

Determino a paralisação imediata da atividade empresarial no estabelecimento objeto da presente ação (CABANA AXÉ MOI), sob pena de multa no valor R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de descumprimento, a ser revertida para o mesmo fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.437/85. A fim de dar cumprimento ao quanto ora determinado, os oficiais de justiça podem contar com o auxílio de força policial, para fins, inclusive, de lacração do estabelecimento.

A multa ora cominada para o caso de descumprimento das presentes determinações não afasta eventual responsabilização criminal (arts. 329 e 330 do Código Penal).

Autorizo o IPHAN, o MPF e a UNIÃO a promoverem a demolição e recuperação da área por conta própria, se os requeridos não o fizerem no prazo supra. Para tanto deverão apresentar projeto e orçamento a ser aprovado pelo Juízo. Nessa hipótese, ficam os requeridos obrigados a reembolsar os valores gastos pelo autor na recuperação da área, sem prejuízo do pagamento das multas fixadas acima.

[...]

⁴ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 2. ed., 2007, pp. 124-125.

O requerente invoca, inicialmente, o art. 1.012, §§ 3º e 4º, do novo Código de Processo Civil, para pleitear a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, considerando que na forma do aludido dispositivo legal, *caput* e inciso IV, começa a produzir efeitos imediatamente a sentença que concede tutela provisória, o que é o caso dos autos.

Sustenta a probabilidade de reforma da sentença, diante da imprescindibilidade da prova pericial não produzida nos autos, a fim de avaliar, além da circunstância de que o empreendimento objeto do presente feito se situa em área tombada, também “qual foi o impacto negativo causado ao patrimônio histórico, considerando a ocupação permitida de toda a Orla nos últimos 30 anos” (fl. 6).

Acrescenta que a sentença partiu da premissa equivocada de que o Decreto Presidencial 72.107/1973 conferiu especial regime de proteção a todos os bens do Município de Porto Seguro, não estando o empreendimento em questão edificado em nenhum dos bens constantes do Livro Tombo, na forma prevista no art. 1º, § 1º, do decreto presidencial em referência, de modo a ensejar a incidência do disposto nos arts. 17, *caput*, e 18 do Decreto Presidencial 25/1937.

Aduz que a sentença, ao conceder a tutela de urgência, determinando a demolição da barraca de praia denominada *Axé Moi*, ordenou uma medida irreversível, a qual levará a perda do objeto da ação antes mesmo que o Tribunal venha a julgar o recurso de apelação, “esvaziando de utilidade eventual provimento jurisdicional que venha a provê-la” (fl. 15).

Alega que a demolição determinada traz grave dano, uma vez que paralisará e destruirá estabelecimento empresarial que recebe aproximadamente 800.000 (oitocentos mil) visitantes por ano, emprega permanentemente mais de 100 (cem) trabalhadores, recolhendo mais de 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) em tributos, além de alimentar uma ampla cadeia econômica, integrada pelos fornecedores de insumos, agências de viagens e hotéis e pousadas, as quais utilizam o empreendimento como atrativo à prestação de seus serviços.

Recebido o recurso, em regime de plantão judicial, o Desembargador Federal João Batista Moreira deferiu em parte o pedido de tutela de urgência, para que não haja paralisação imediata das atividades empresariais, “até que o relator a quem for distribuído o recurso aprecie, em toda sua abrangência, o mesmo pedido” (fls. 1.193-1.194).

Decido.

Verifico, de início, que, nos termos do art. 1.012, § 4º, do novo Código de Processo Civil, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Nesse contexto, entendo que a pretensão do requerente merece amparo.

Com efeito, no caso dos autos, apesar da sentença de procedência do pedido formulado pelo Ministério Público Federal em ação civil pública, objetivando a demolição da barraca de praia *Axé Moi*, instalada na orla norte de Porto Seguro sem autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), é certo que a questão concernente à regularidade ou não do empreendimento ainda se encontra *sub judice*, sendo relevantes as alegações deduzidas no recurso de apelação, no sentido de que nem todo o Município de Porto Seguro se encontra tombado, de modo que, segundo sustenta, afigura-se imprescindível a realização de prova pericial com vistas a apurar se o empreendimento se situa em área tombada, e, caso afirmativo, quais os impactos negativos causados ao patrimônio histórico.

Por outro lado, a efetivação da providência determinada na sentença, mediante o seu cumprimento provisório, esvaziaria, por completo, o objeto do apelo, já interposto.

É certo que caso se proceda à demolição imediata do empreendimento em questão, na eventualidade de provimento do recurso de apelação, não mais seria possível a restauração da situação anterior.

Assim, na hipótese, diante da irreversibilidade da medida, mostra-se inviável o cumprimento imediato da sentença.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 527, III, CPC. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. FLAGRANTE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. INVIABILIDADE.

1. Inviável a antecipação da tutela recursal se evidenciada a flagrante irreversibilidade da medida.

2. No caso dos autos, sobressai cristalina a irreversibilidade do provimento exarado - que decreta prematuramente o trânsito em julgado da sentença - pendente, não só o julgamento do mérito do próprio recurso de agravo de instrumento, mas também da apelação interposta contra a referida sentença.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ: AgRg no AgRg no REsp n. 1.219.044/PI – Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva – DJe de 23.05.2013)

De igual modo, quanto à paralisação das atividades da barraca de praia, o perigo de dano se encontra manifesto, tratando-se de empreendimento que se constitui fonte de renda, não só aos proprietários, como a todos os empregados e fornecedores.

Ante o exposto, presentes os requisitos autorizadores, defiro o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação interposta pelo requerente, até o julgamento do recurso.

(Agravo de Instrumento 0015362-18.2016.4.01.0000, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, *e-DJF1* de 19/09/2016, p. 824)

Agravo de Instrumento 0027838-88.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Redenção/PA, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Companhia Vale do Rio Doce S/A (atual Vale S/A), Mineração Onça Puma, o Estado do Pará e a Fundação Nacional do Índio – Funai, figurando, como assistentes do autor, as associações indígenas ora recorrentes, em que se busca a concessão de antecipação da tutela, no sentido de que seja ordenada, liminarmente, a cessação da exploração de atividades minerárias do Empreendimento Onça Puma – MOP, de propriedade da primeira promovida.

Na decisão agravada, o juízo monocrático indeferiu o pedido formulado pelas associações recorrentes, no sentido de que fosse determinado o levantamento dos valores depositados judicialmente no feito de origem, em cumprimento à decisão proferida nos autos do AI 0042106-84.2015.4.01.0000/PA, sob o fundamento de que, na espécie, o pretendido levantamento estaria condicionado à aferição do aventado descumprimento, por parte da promovida Companhia Vale do Rio Doce S/A, das medidas que lhes foram impostas.

Em suas razões recursais, insistem as recorrentes no deferimento da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, destacando que tais medidas não teriam sido implementadas, no prazo assinalado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar 933/PA.

Inicialmente e antes de apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, ordenei à agravada Mineração Onça Puma a comprovação, no prazo de 10 (dez) dias, do efetivo cumprimento da decisão proferida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos da mencionada suspensão de liminar, no que pertine à implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as comunidades indígenas descritas nestes autos, no prazo ali estabelecido, sobrevivendo a manifestação de fls. 803-831, seguida dos documentos de fls. 832-1.236, em que se noticia que tais medidas não teriam sido integralmente implementadas, eis que, num primeiro momento, dependia de prévia aprovação pela Funai e, posteriormente, *“houve resistência das próprias comunidades indígenas para implementação dos planos, principalmente em relação aos Xicrin do Cateté”*. Notícia, ainda, a referida recorrida que a pretensão recursal aqui ventilada também fora objeto de reclamação ajuizada, pelas mesmas associações indígenas recorrentes, perante o colendo Supremo Tribunal Federal, em cujos autos restou indeferido o aludido pleito.

As recorrentes veicularam a petição de fls. 1.240-1.267, seguida dos documentos de fls. 1.268-1.413, insistindo na concessão da tutela recursal ventilada na peça de ingresso.

Instada a se pronunciar acerca da eventual formalização dos Termos de Ajustamento de Conduta noticiados nos autos, bem assim, sobre a controvérsia instaurada nestes autos, o Ministério Público Federal emitiu a manifestação de fls. 1.382-1.401, chancelada pela douda Procuradoria Regional da República (fl. 1.415), formulando os seguintes pleitos:

- 1) reconhecer o descumprimento pela Vale S/A da condicionante do licenciamento que determinou a implantação de medidas compensatórias às comunidades Xikrin e Kayapó;
- 2) intimar a Vale S/A a mensalmente depositar a quantia de R\$ 1.000.000,00 mensais por aldeia Xikrin afetada pelo empreendimento Onça Puma, até a efetiva implantação dos Planos de Gestão Econômica e Ambiental nas comunidades Xikrin afetadas pelo empreendimento Onça Puma;
- 3) rearbitrar o valor destinado às Aldeias Kayapó para o montante de um salário-mínimo por indígena, solicitando-se à Funai relação atualizada do número de habitantes da etnia Kayapó;
- 4) intimar a Vale S/A a mensalmente depositar a quantia de um salário-mínimo por indígena Kayapó, até a efetiva implantação dos Planos de Gestão Econômica e Ambiental nas comunidades Xikrin afetadas pelo empreendimento Onça Puma;
- 5) determinar que os valores depositados em juízo passem a ser liberados às aldeias Xikrin e Kayapó nos termos do Termo de Ajustamento de Conduta a ser firmado entre o Ministério Público Federal e as referidas comunidades;
- 6) conceder prazo para juntada dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados entre o Ministério Público Federal e as associações representativas das Aldeias Kayapó e Xikrin.
- 7) Liberar uma parcela dos valores depositados em juízo para o projeto de monitoramento da CPRM anexo, no intuito de permitir o início do controle da qualidade das águas do Rio.

Por intermédio da decisão de fls. 1.417-1.426, indeferi o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, sob o fundamento de que o *decisum* impugnado já teria sido objeto de exame, e indeferimento, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Reclamação 24.179/PA, restando indeferido, ainda, os pedidos veiculados pelo doudo Ministério Público Federal, em sua petição de fls. 1.382-1.401, sob os itens 2, 3, 4, 5, 6 e 7¹, por força do quanto restou decidido na Suspensão de Liminar 933/PA, também em curso perante a Suprema Corte.

As agravantes manejaram embargos de declaração, sustentando, em resumo, que houve contradição e omissão no *decisum* impugnado, ao argumento de que o julgado proferido nos autos da mencionada Reclamação 24.179/PA “*não poderá ultrapassar os limites de questionar o desrespeito à decisão do STF, no autos da SL 933, ou seja, não impede a análise do descumprimento por parte da Vale S/A, nos autos do Agravo de Instrumento, muito menos a consequente liberação dos valores em razão do descumprimento por parte da empresa, o que, na eventual concessão, teria o condão de ocasionar perda de objeto nos autos da Reclamação Constitucional*” (fls. 1.434-1.441).

A douda Procuradoria Regional da República emitiu o pronunciamento de fls. 1.465-1.483v, pugando pelo provimento do agravo de instrumento.

O Ministério Público Federal veiculou o pedido de reconsideração de fls. 1.486-1.493, insistindo na concessão do almejado levantamento dos valores depositados nos autos de origem, destacando que, na espécie, o juízo monocrático sequer disporia de competência para examinar o pleito formulado pelas agravantes, nesse sentido, tendo em vista que, na linha do que restou consignado na Suspensão de Liminar 933/PA, a competência, para esse fim, seria desta relatoria, por se tratar do juízo que prolatou a primeira decisão combatida. No mais, assevera

¹“2) intimar a Vale S/A a mensalmente depositar a quantia de R\$ 1.000.000,00 mensais por aldeia Xikrin afetada pelo empreendimento Onça Puma, até a efetiva implantação dos Planos de Gestão Econômica e Ambiental nas comunidades Xikrin afetadas pelo empreendimento Onça Puma;
3) rearbitrar o valor destinado às Aldeias Kayapó para o montante de um salário-mínimo por indígena, solicitando-se à Funai relação atualizada do número de habitantes da etnia Kayapó;
4) intimar a Vale S/A a mensalmente depositar a quantia de um salário-mínimo por indígena Kayapó, até a efetiva implantação dos Planos de Gestão Econômica e Ambiental nas comunidades Xikrin afetadas pelo empreendimento Onça Puma;
5) determinar que os valores depositados em juízo passem a ser liberados às aldeias Xikrin e Kayapó nos termos do Termo de Ajustamento de Conduta a ser firmado entre o Ministério Público Federal e as referidas comunidades;
[...]
7) Liberar uma parcela dos valores depositados em juízo para o projeto de monitoramento da CPRM anexo, no intuito de permitir o início do controle da qualidade das águas do Rio”.

que, conforme relatado no parecer antropológico carreado para os autos, as precárias condições de subsistência das comunidades indígenas descritas na inicial não apenas se confirmam, como tem-se agravado em virtude do lapso temporal decorrido desde então, impondo-se, assim, a liberação dos valores já depositados, como forma de compensar, ainda que provisoriamente, os impactos etno-ambientais decorrentes da implementação do empreendimento Onça Puma, visando resguardar os direitos fundamentais dos aludidos povos indígenas, notadamente no que pertine ao direito à saúde, à alimentação e à moradia, devendo tais valores ser empregados na conformidade do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado pelo órgão ministerial e as referidas comunidades, a saber:

40% (quarenta por cento) de tais valores serão depositados em contas de investimento, abertas em nome dos caciques de cada Aldeia Xikrin: uma para cada aldeia (Aldeia O-odjã, Aldeia Dujdêkô e Aldeia Cateté);

60% (sessenta por cento) de tais valores, para depósito nas contas de cada Associação Indígena Xikrin (Associação Bayprã, Associação Kakarekré e Associação Porekrô);

Determinação de depósito mensal de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada Aldeia Xikrin afetada pelo empreendimento (Aldeia O-odjã, Aldeia Dujdêkô e Aldeia Cateté);

Liberação mensal dos valores depositados, de acordo com os Termos de Ajustamento de Conduta anexados.

Instadas a se pronunciar acerca do pedido em referência, apenas a recorrida Vale S/A (Mineração Onça Puma) ofertou manifestação, pugnano pelo indeferimento do pleito, destacando, inclusive, que a decisão aqui impugnada não seria passível de impugnação pela via do agravo de instrumento, por não se enquadrar no rol do art. 1.015, e incisos, do CPC vigente. No mais, sustenta que, diferentemente do que alega o Ministério Público Federal, inexistiria, na espécie, qualquer equívoco por parte do juízo monocrático, relativamente à sua competência para deliberar sobre o pedido de levantamento noticiado nos autos, na medida em que a primeira decisão combatida, a que se referiu a decisão proferida nos autos da Suspensão de Liminar 933/PA, teria sido por ele prolatada. No mais, sustenta o descabimento do pretendido levantamento, reiterando os fundamentos já deduzidos nestes autos, asseverando, ainda, que, além do seu caráter nitidamente irreversível, não se vislumbraria, na espécie, o alegado descumprimento da medida liminar proferida nos autos da mencionada Suspensão de Liminar 933/PA.

II

Ao examinar o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, pronunciei-me, com estas letras:

Registro, preliminarmente, que a discussão envolvendo o pretendido levantamento dos valores depositados nos autos de origem já restou examinada e resolvida, ainda que em sede provisória, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar na Reclamação nº 24.179/PA, com estas letras:

Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de medida liminar, proposta pela Associação Indígena Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do O-Odja e outros, contra decisão do Juízo da Vara Única da Subseção Judiciária de Redenção/PA, que, nos autos da Ação Civil Pública 0002383-85.2012.4.01.3905, indeferiu levantamento de depósitos judiciais relacionados à causa, nos seguintes termos:

“Da análise dos petítórios de todas as partes envolvidas no levantamento do montante relativo ao suposto descumprimento, por parte da Vale, das medidas condicionantes à implementação do empreendimento denominado Mineração Onça Puma, constato a impossibilidade de deferimento do pedido, pelo menos, neste momento processual, uma vez que se faz imprescindível, para tanto, a realização de perícia técnica específica, mediante ‘expert’ imparcial, a ser indicado por este Juízo (prova já deferida por meio da decisão de fls. 4.159/4.164).

Com efeito, vejo por parte de cada envolvido (MPF, Associações Indígenas e Vale) a demonstração plausível do efetivo cumprimento/descumprimento/impossibilidade de cumprimento do ‘decisum’, não se mostrando razoável a liberação dos valores ora depositados em juízo, sem que haja elementos que evidenciem a probabilidade do direito invocado na espécie, nos exatos termos do art. 300 do CPC.

Neste sentido, basta dizer que não se desconhecem os estudos e os laudos técnicos acostados pelas associações indígenas às fls. 3.098/3.359 com vistas a comprovar a poluição do Rio Cateté e o conseqüente impacto ambiental sofrido pelas aldeias representadas em virtude da atividade desenvolvida pela empresa ré. Todavia, a Vale, em petição de fls. 2.909/3.096, instrui os autos com relatórios técnicos em sentido oposto, sustentando não haver evidências de que a atividade do projeto de mineração esteja influenciando diretamente a atividade do referido rio.

Ademais, o exame técnico a ser realizado pelo perito do Juízo torna-se necessário, ainda, para a constatação quanto a real afetação das sete aldeias indicadas (TI Xikrin: Pukatingró, Djudjê-kô e Oodjã e TI Kayapó: Aukre, Pykararankre, Kendjam e

Kikretum), e, em que nível esta afetação ocorreria, sendo certo que, como bem exposto pelo MPF, autor da presente Ação Civil Pública, às fls. 4860/4868, 'o montante de um milhão de reais ao mês não se afigura razoável quanto às Aldeias Kayapó, que se encontram mais afastadas do empreendimento Onça Puma e sofrem de impactos sociais, e não ambientais. Dessa forma, os montantes a serem destinados a essas comunidades necessitam ser adequados, para guardar relação de proporcionalidade com os impactos efetivamente causados, não podendo ser idênticos aos valores recebidos pelos Xikrin'.

Neste sentido, considerando o poder geral de cautela, previsto no art. 297 do CPC, não se afigura prudente a liberação dos depósitos judiciais, neste momento, seja pela impossibilidade fática de se aferir o efetivo descumprimento pela Vale das medidas que lhe foram impostas antes da realização de exame pericial, seja pelo elevado valor imputado para o descumprimento das aludidas medidas (um milhão de reais para cada aldeia envolvida, havendo na conta judicial, atualmente, mais de catorze milhões de reais), seja pela patente irreversibilidade do montante a ser liberado.

Ressalto, por oportuno, que, suspenso o 'decisum' proferido pelo egrégio TRF da 1ª Região, tenho que revigoradas todas as decisões aqui proferidas, inclusive no que tange ao deferimento do pagamento de multa compensatória pela Vale, unicamente, para as Aldeias da TI do Xikrin do Cateté, na medida em que 'a condicionante nº 16 enfatizou que as comunidades Kayapó estão situadas em área de influência indireta (fls. 245/251) e que eventuais impactos somente seriam sentidos em decorrência da sua relação com o espaço urbano, em razão do crescimento das cidades que frequentam, sem qualquer afetação ao seu meio ambiente natural, distintamente do ocorrido com a comunidade Xikrin. Os kayapó, como consequência da ampliação da área de influência externa, estariam inseridos em um fundo de apoio ligado a projetos com enfoque educativo, resultado extraído dos estudos, pois, suas dificuldades não seriam desencadeadas com a existência direta do empreendimento, mas sim, pelo crescimento e expansão do solo urbano decorrente da instalação do empreendimento da Vale' (fls. 2285/2300).

No que tange ao pedido de intimação da ONU - Organização das Nações Unidas para manifestar eventual interesse em ingressar no feito na qualidade de 'amicus curiae', indefiro o quanto requerido, na medida em que as próprias Associações interessadas poderão diligenciar neste sentido.

Por fim, esclareço que o presente 'decisum' não importa, por óbvio, em chancela, por parte deste Juízo, para o eventual descumprimento das condicionantes impostas na espécie à Vale, sendo certo que, após a realização do exame técnico necessário, em caso de comprovado descumprimento das medidas, a Vale deverá depositar a multa que lhe fora aplicada e ratificada pelo colendo Supremo Tribunal Federal.

Dispositivo.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação retro mencionada, indefiro o levantamento dos depósitos judiciais efetivados pela Vale S/A às Associações Indígenas Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do O-Odjá, Porekrô de Defesa do Povo Xikrin do Cateté, Pore Kayapó e Tutu Pombo.

Intimem-se a Funai e o MPF para indicação das provas pretendidas, justificando o seu pedido, no prazo de 15 (quinze) dias.

Após, cumpridas as determinações acima nominadas, voltem-me os autos conclusos" (documento eletrônico 33).

Os reclamantes alegam que o Juízo da Vara Única da Subseção Judiciária de Redenção/PA teria descumprido decisão proferida pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos autos da SL 933/PA, cujo teor é o seguinte:

"[...]

Isso posto, defiro parcialmente o pedido para permitir a continuidade das atividades de mineração do Empreendimento Mineração Onça Puma, sem prejuízo de implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que deverão ser finalizadas em até 120 (cento e vinte) dias, sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades" (págs. 7-9 do documento eletrônico 3).

Sustentam, em síntese, que

"jamais poderia o juízo de origem, desrespeitar a autoridade do Ministro do STF e alterar todo o processado que foi construído em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Na mesma linha de raciocínio, em razão da plena vigência do que decidido nos autos da SL 933, em respeito à segurança jurídica, não poderia o juízo 'a quo' ter emitido qualquer 'decisum' em relação à liberação ou não de valores, todavia, a decisão deveria ser cumprida por aquele juiz, pois resta claro que uma vez ultrapassado o prazo de 120 dias, caso não fosse implementado os planos de gestão econômicos e demais medidas mitigatórias e compensatórias, a empresa Vale S/A teria que pagar o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades, pela ausência da implementação dos planos de gestão econômicos e demais medidas mitigatórias e compensatórias.

Sabe-se, conseqüentemente, que ao obstaculizar a liberação/pagamento dos valores às comunidades indígenas, desrespeitando a autoridade da decisão do Ministro do STF, não se mostra razoável a fundamentação do juízo de origem, quando alega necessidade de perícia técnica ou utilização do poder geral de cautela.

Deste modo, o magistrado da Vara Única Federal da Subseção Judiciária de Redenção – PA desrespeitou a autoridade de decisão proferida pelo Ministro Presidente do STF. Outrossim, indo mais além fazendo uma análise perfunctória, o juízo de origem desprezou, também, todas as decisões proferidas até o presente momento, colocando em risco a vida dessas comunidades.

Excelência, mencione-se ainda, com todo respeito, que já era demais as comunidades indígenas, por ocasião da permissão do funcionamento do empreendimento Onça Puma, nos autos da SL 933, sofrerem com os seus nefastos efeitos deletérios decorrentes do MOP.

Imagine agora: em que a única compensação financeira (concedida em razão da ausência da implantação das medidas mitigatórias e compensatórias para minorar os danos ao meio ambiente e aos Xikrins e Kayapós) foi totalmente ‘estrangulada’ pelo juízo ‘ad quo’.

[...]

Sabe-se que a reclamação constitucional afigura-se como meio processual vocacionado no atual cenário jurídico à defesa de interesses jurídicos de índole objetiva e subjetiva, uma vez que a ampla legitimidade conferida para o seu manejo permite que qualquer jurisdicionado lesado possa utilizar a reclamação constitucional para tutelar pretensão com fulcro em decisão judicial ou súmula vinculante proferida pelo STF, bastando tão somente a configuração da pertinência temática entre a ‘quaestio iuris’ apresentada e o objeto da decisão proferida na ação paradigma.

Assim, o ‘fumus boni iuris’ resta ‘quantum satis’ comprovado, conforme tópicos acima, visto o descumprimento efetivo da decisão, quando caberia ao juiz, caso não fosse terminada a implementação dos planos de gestão econômicos e demais medidas mitigatórias e compensatórias, determinar o pagamento da compensação financeira mensal às comunidades indígenas Xikrins e Kayapós, estabelecida na decisão na proporção de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) por Aldeia.

O ‘periculum in mora’ decorre do fato de várias vertentes:

DO CONFLITO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

[...]

DAS GRAVES LESÕES À SAÚDE

[...]

DAS GRAVES LESÕES À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICA” (págs. 37 e 53-62 do documento eletrônico 1).

Pugnam, ao final, pelo deferimento da medida liminar para suspender os efeitos da decisão reclamada e, no mérito, requerem a procedência desta reclamação, a fim de que “seja garantida a autoridade da decisão proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de determinar o pagamento (levantamento) dos valores à título de compensação financeira, em razão da ausência de implantação dos planos de gestão econômicos e demais medidas mitigatórias e compensatórias, no prazo estipulado de 120 dias” (pág. 63 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário.

Decido.

Bem examinados os autos, nesse juízo de mera delibação, própria das tutelas de urgência, entendo que a pretensão não merece acolhida.

A tutela de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 3º do art. 300 do NCPC), o que se dá a espécie.

Nesse sentido agiu o magistrado de primeiro grau de jurisdição quando assentou que “não se afigura prudente a liberação dos depósitos judiciais, neste momento, seja pela impossibilidade fática de se aferir o efetivo descumprimento pela Vale das medidas que lhe foram impostas antes da realização de exame pericial, seja pelo elevado valor imputado para o descumprimento das aludidas medidas (um milhão de reais para cada aldeia envolvida, havendo na conta judicial, atualmente, mais de catorze milhões de reais), *seja pela patente irreversibilidade do montante a ser liberado*” (pág. 35 do documento eletrônico 1 – grifos nossos).

Por fim, impende assentar que a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é no sentido de que se faz necessária a comprovação de insuficiência de recursos para que a pessoa jurídica solicite assistência judiciária gratuita, não bastando apenas a alegação, portanto, como se dá no presente caso.

Isso posto, indefiro o pedido liminar e a gratuidade de justiça.

Encaminhem-se os autos ao Procurador-Geral da República para a apresentação de parecer”.

(Rcl 24179 MC/PA – Relator Ministro Ricardo Lewandowski - DJE nº 113, divulgado em 02/06/2016).

Como visto, a despeito dos elementos carreados para os presentes autos sinalizarem para o descumprimento, por parte da recorrida Vale S/A, da determinação judicial proferida pela douta Presidência do colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar nº 933/PA, o pretendido levantamento imediato dos valores depositados no feito de origem já foi objeto

de deliberação e indeferimento pela mesma Presidência do STF, no bojo da sobredita Reclamação nº 24.179/PA, a desautorizar a sua concessão, nestes autos, no momento processual, com a ressalva de meu entendimento pessoal sobre a matéria, sob pena de afronta à autoridade do julgado prolatado no âmbito da Suprema Corte.

De igual forma, no que pertine ao quantum fixado, a título de compensação pela ausência de efetiva implementação das medidas compensatórias para as comunidades indígenas descritas nos autos, o montante arbitrado restou chancelado pela douta Presidência da Suprema Corte, nos autos da aludida Suspensão de Liminar nº 933/PA, por decisão datada de 11/12/2015, deferindo, parcialmente, “o pedido para permitir a continuidade das atividades de mineração do Empreendimento Mineração Onça Puma, sem prejuízo de implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que deverão ser finalizadas em até 120 (cento e vinte) dias, sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades”. O decisum em referência substituiu a decisão anteriormente por mim proferida nos autos do AI 0042106-84.2015.4.01.0000/PA, nos termos do art. 1008 do CPC vigente, a não se admitir, lamentavelmente, nesse momento processual, o rearbitramento postulado pelo douto Ministério Público Federal, sob pena de usurpação da competência daquela colenda Corte Suprema.

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado nestes autos, em face da decisão proferida pela douta Presidência do Supremo Tribunal Federal no feito da Reclamação nº 24.179/PA, acima referida.

Indefiro, ainda, por ora, os pedidos veiculados pelo douto Ministério Público Federal, em sua petição de fls. 1382/1401, sob os itens 2, 3, 4, 5, 6 e 7², por força do quanto restou decidido na mencionada Suspensão de Liminar nº 933/PA.

A todo modo, concedo ao Ministério Público Federal o prazo de 30 (trinta) dias, para juntada, nestes autos, dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados com as associações representativas das Aldeias Kayapó e Xikrin.

Tendo em vista que a perícia ambiental que se requer no contexto dos autos, para se apurar o integral cumprimento da decisão tomada pela egrégia Presidência do Supremo Tribunal Federal, no contexto da mencionada Suspensão de Liminar nº 933/PA, no sentido de aferir-se a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as comunidades indígenas impactadas pela atividade agressora da empresa agravada Vale S/A, visando, se for o caso, a liberação dos valores depositados judicialmente, para o ressarcimento dos prejuízos sofridos por essas comunidades, e, em face do que dispõe o art. 370, caput, do CPC vigente, oficie-se, com urgência, ao juízo singular, para que informe a esta Relatoria, no prazo de 05 (cinco) dias, sobre a qualificação do perito e/ou peritos designados para a realização da perícia determinada no feito de origem, visando atender aos objetivos da legislação ambiental pertinente, como previsto no art. 1º, caput, e respectivo incisos I, II, III, IV e V, da Resolução CONAMA nº 01, de 23/01/1986.

III

Como visto, ao indeferir o pedido em referência, amparei-me na premissa de que a decisão proferida pelo juízo monocrático já teria sido objeto de exame, e de indeferimento, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Reclamação 24.179/PA.

Verifico, contudo, que, conforme bem acentuou o douto Ministério Público Federal, aquela mesma Suprema Corte, por intermédio da sua douta Presidência, ao examinar o pedido de levantamento dos valores depositados nos autos de origem, formulado no bojo da Suspensão de Liminar 933/PA, assim se pronunciou:

[...]

Muito bem. Ressalto inicialmente que, em sede de suspensão, não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

² “2) intimar a Vale S/A a mensalmente depositar a quantia de R\$ 1.000.000,00 mensais por aldeia Xikrin afetada pelo empreendimento Onça Puma, até a efetiva implantação dos Planos de Gestão Econômica e Ambiental nas comunidades Xikrin afetadas pelo empreendimento Onça Puma;

3) rearbitrar o valor destinado às Aldeias Kayapó para o montante de um salário-mínimo por indígena, solicitando-se à Funai relação atualizada do número de habitantes da etnia Kayapó;

4) intimar a Vale S/A a mensalmente depositar a quantia de um salário-mínimo por indígena Kayapó, até a efetiva implantação dos Planos de Gestão Econômica e Ambiental nas comunidades Xikrin afetadas pelo empreendimento Onça Puma;

5) determinar que os valores depositados em juízo passem a ser liberados às aldeias Xikrin e Kayapó nos termos do Termo de Ajustamento de Conduta a ser firmado entre o Ministério Público Federal e as referidas comunidades;

[...]

7) Liberar uma parcela dos valores depositados em juízo para o projeto de monitoramento da CPRM anexo, no intuito de permitir o início do controle da qualidade das águas do Rio”.

Nesse sentido, atentando-se para os estreitos limites da via da contracautela, *destaco que o cumprimento de decisão, proferida pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, que defere pedido de suspensão deve ser realizado pelo juízo que primeiro prolatou a decisão combatida, a ele cabendo, igualmente, tomar as medidas que entender necessárias em caso de eventual descumprimento da ordem judicial.* Somente na hipótese de descumprimento de decisão da Presidência pelo juízo competente é que a parte deverá incumbir-se de comunicar a esta Suprema Corte

Vê-se, assim, que a decisão combatida, a que se reporta a douta Presidência do Supremo Tribunal Federal no julgado acima transcrito, é aquela por fim proferida nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, objeto de impugnação nos autos da mencionada Suspensão de Liminar 933/PA, razão por que, a toda evidência, as questões alusivas ao levantamento dos valores depositados no feito de origem, por força do que restou ali decidido, haveriam de ser submetidas à apreciação desta relatoria e não perante o juízo monocrático, como no caso.

Registre-se, por oportuno, que, diferentemente do que sustenta a recorrida Vale S/A (Mineração Onça Puma), a circunstância de que o agravo de instrumento em referência e os demais por ela relacionados teriam origem comum na decisão inicialmente proferida pelo juízo monocrático, por si só, não tem o condão de autorizar àquele juízo a deliberação acerca do pretendido levantamento, tendo em vista que, ainda que se desconsiderassem os fundamentos acima lançados, encontrando-se tal decisão submetida ao reexame da Corte Revisora, como na espécie, o *decisum* que se lhe seguiu a substituirá em todos os seus termos, por força do que dispunha o art. 512 do CPC vigente na época e dispõe o art. 1.008 do CPC em vigor, razão por que, eventual discussão envolvendo os desdobramentos daí decorrentes, inclusive, no que pertine ao pretendido levantamento dos valores depositados, deverá ser submetida ao tribunal *ad quem*, sob pena de manifesta usurpação de competência jurisdicional.

De ver-se, ainda, que, nessa linha de entendimento, a matéria alusiva ao levantamento dos valores em referência encontra-se na linha da eficácia plena da decisão proferida nos autos do mencionado Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, em que se busca a concessão da antecipação da tutela postulada nos autos de origem, a autorizar a sua impugnação, na via recursal eleita.

IV

No mais, conforme já consignado na referida decisão de fls. 1.417-1.426, os elementos carreados para os presentes autos demonstram que, efetivamente, até o presente momento, a recorrida Vale S/A ainda não deu efetivo cumprimento à determinação judicial proferida pela douta Presidência do colendo Supremo Tribunal Federal, no bojo da sobredita Suspensão de Liminar 933/PA, em que se lhe assegurou o direito à continuidade das atividades de mineração do Empreendimento Mineração Onça Puma,

[...] sem prejuízo de implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que deverão ser finalizadas em até 120 (cento e vinte) dias, sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades [...],

como também o juízo singular não definiu, até a presente data, sobre a qualificação e designação dos peritos aptos a realizar a perícia por ele designada nos autos principais (fls. 1.444-1.445), visando apurar os danos etno-ambientais já ocorridos e os que ainda possam vir a ocorrer na dimensão dos impactos negativos devidamente constatados por laudo antropológico constante dos autos.

Com efeito, a própria Vale S/A noticia que ainda não deu integral cumprimento à determinação em referência, na medida em que se limitou a veicular justificativas acerca desse descumprimento, consistente na alegação de que, em relação às Aldeias Xikrin, teria elaborado e apresentado Plano Básico Ambiental, mas que estaria sendo impedida de implementar as medidas compensatórias ali previstas, diante da resistência das comunidades indígenas.

Com a devida vênia, tais alegações não servem de suporte para justificar o confessado descumprimento da decisão em referência. *A uma*, porque, diferentemente do que sustenta a referida recorrida, a pretensão deduzida no feito de origem é no sentido de que sejam implementados o Plano de Gestão Econômica Ambiental e demais medidas compensatórias dos impactos ambientais causados às referidas comunidades indígenas, e não, apenas, Plano Básico Ambiental – PBA, conforme assim aventada pela suplicada, sendo de se destacar que eventual concordância da Funai quanto a essa substituição não tem o condão de inibir o cumprimento do *decisum* nos termos proferidos no mencionado Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.000 e, nessa extensão, cancelado

pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da multicitada Suspensão de Liminar 933/PA, que se limitou a conceder um prazo suplementar de 120 (cento e vinte) dias, para essa finalidade, ainda não cumprido, na espécie. *A duas*, porque, em havendo resistência, por parte das comunidades indígenas quanto ao acesso às suas respectivas áreas territoriais para fins da referida implantação, caberia à mencionada empresa agravada adotar as medidas cabíveis, inclusive perante o órgão julgador, a fim de que lhe fosse franqueado o acesso para essa finalidade, hipótese não demonstrada, na espécie dos autos.

V

Por oportuno, impende lembrar, aqui, os fundamentos por mim lançados nos autos do referido agravo de instrumento, *in verbis*:

[...] Como visto, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etno-ambientais suportados pelas comunidades indígenas indicadas nestes autos, restou mantida, por este Tribunal, ainda que em sede provisória, nos autos do agravo de instrumento em referência.

De igual forma, desde que o próprio juízo monocrático reconheceu a efetiva ocorrência dos impactos etno-ambientais decorrentes da implementação do empreendimento descrito no feito de origem, do que resultou, inclusive, além de outros malefícios aos membros das comunidades indígenas atingidas, impecilhos ao seu modo de vida, decorrentes da má qualidade da água do rio Cateté, que servia para pesca e banho, entre outras atividades, afetando, ainda, a fauna utilizada para caça e a própria cultura dos povos indígenas daquela região, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão agravada:

[...]

Ao se analisar os inúmeros e extensos relatórios trazidos pela vale S/A, juntados aos anexos I, II, III, IV, V e VI, verifica-se que, em que pese a existência de metas, indicadores, previsão de custos, análises prévias com cancelamento da Funai, não se constata qualquer medida efetiva implementada, com resultados objetivos, referentes ao plano de gestão econômica, para autossustentabilidade das comunidades indígenas, em razão dos impactos ocasionados pelo empreendimento em torno das aldeias, as quais estão sofrendo diretamente os efeitos da atuação empresarial para manutenção de sua sobrevivência.

Outro ponto que vejo como mais proeminente, a ser debruçado nesta análise, surge a partir do relatório trazido pela Funai, juntado às fls. 2.026/2.028, acerca da qualidade da água no Rio Cateté no trecho situado no interior da Terra Indígena Xikrin do Cateté, apontando que o projeto incide sobre diversos corpos hídricos que são drenados do rio, os quais, dentre as monitorações de sua água, constatou-se a ocorrência de concentração de metais fora dos limites estabelecidos ainda em 2013.

Constatou-se ainda que no ano de 2014 houve um aumento anormal de casos de malformação de recém-nascidos entre as mulheres do povo Xikrin do Cateté, confirmada a ocorrência de seis casos nos últimos 3 anos.

Assim, o perigo da demora vem se intensificando com o decorrer do tempo, através de impactos ocasionados ao meio ambiente e às comunidades indígenas dependentes destes bens naturais. Já a fumaça do bom direito, surge a partir da ausência de comprovação de implementação dos próprios planos advindos dos estudos sociais das comunidades, as quais, neste momento, entendo que devem ser compensadas pelas omissões e efeitos decorrentes da atuação da Vale S/A.

Portanto, atribuir a celeuma à comunidade indígena, no sentido de que o plano de gestão mais específico não fora implementado por ser de sua responsabilização, não se coaduna com o mínimo razoável, ganhando um caráter de verdadeiro desrespeito em relação ao meio ambiente, seja em relação com as aldeias indígenas, até porque o pedido entre a emissão da licença de operação (2008) até o momento, perfaz o total de quase 10 anos, o que antes se falava em dano provável, hoje o dano já se mostra concreto e intensificado em razão da demora de medidas mitigadoras eficazes”.

A dimensão faraônica do “Projeto Grande Carajás” e do “Holocausto das comunidades indígenas” localizadas em seus marcos territoriais, no agredido cenário amazônico, fora descrito com inegável sabedoria, pelo renomado teólogo e ecologista Leonardo Boff, em sua monografia intitulada “*ECOLOGIA: GRITO DA TERRA – GRITO DOS POBRES*”, que serve de fundamento para a construção de sua *Teologia da Libertação*, numa visão global do meio ambiente e libertadora da integridade da criação, nos termos seguintes:

“No Estado do Pará está implantado o Projeto Grande Carajás de extração de minérios e minerais estratégicos, bem como agroindústrias e silvicultura. A escala do projeto é de um gigantismo próprio do espírito da modernidade imperial e dominadora da Terra: cobre uma área de 900.000 km², ou seja, a extensão da Inglaterra e da França juntas; está orçado em 62 bilhões de dólares, foi implantado em 13 anos - a inauguração foi em 1980 -, com uma explosão demográfica que ascenderá de 400% a 800% nos próximos anos. Construiu-se em tempo recorde uma estrada de ferro de 890 km que vai de Paraupébas (Carajás) até Porto Madeira, em São Luís do Maranhão (Itaqui). Usinas, cidades, vilas, estradas, parques surgiram de um dia para o outro, constituindo o maior projeto integrado do mundo em áreas tropicais.

Quatro grandes projetos formam o Programa Grande Carajás: um depósito de minério de ferro, duas fábricas de alumínio e a hidrelétrica Tucuruí. Na serra de Carajás, no Pará, a oeste da cidade de Marabá, há um complexo mineral dos

mais ricos do planeta: 20 bilhões de toneladas de ferro, com 66% de teor, um dos mais elevados do mundo; 65 milhões de toneladas de manganês; 1 bilhão de toneladas de cobre; 40 milhões de toneladas de alumínio; 100 milhões de toneladas de níquel; 100.000 toneladas de estanho e 100 toneladas de ouro²¹. O projeto é hegemônico pela Companhia Vale do Rio Doce, uma das maiores estatais brasileiras, em articulação com as grandes multinacionais ligadas à área da mineração, como a Alcoa (Aluminium Company of America), empresa norte-americana e maior produtora mundial de alumínio (60%), a Nalco (Nippon Amazon Aluminium Co.), a Alcan (Aluminium Company of Canada), Alúsuíse, a Billiton-Shell, Patifio, Englardt e outras. Ao longo da ferrovia se instalaram cerca de 30 fundições de ferro-gusa, ferro-ligas e unidades de beneficiamento de outros metais, tudo movido a carvão vegetal. Isso envolve 25 milhões de metros cúbicos de madeira extraída de 1,5 milhão de hectares desmatados. Isso equivale a 35 hectares de mata por dia ou a um quilômetro quadrado a cada três dias. Como bem se disse, está se exportando a floresta Amazônica na forma de ferro-gusa e carvão vegetal, ficando aqui a iluviação dos solos, a extinção de milhares de espécies de vida, o entulhamento dos leitos dos rios e a degradação geral do meio ambiente²².

[...] “A instalação da grande indústria na Amazônia obedeceu demandas do capitalismo internacional. A partir de 1972 o petróleo passou de 2 para 32 dólares, o que acarretou encarecimento da energia elétrica, especialmente no Japão, baseada na utilização do petróleo bruto; encareceu também o transporte dos minerais, especialmente a bauxita, donde se tira o alumínio, fundamental para a indústria. Um terço das indústrias da área no Japão, EUA, Europa teve que fechar. A solução foi transferir estas indústrias para regiões do mundo onde houvesse farta energia, abundância de bauxita e mão-de-obra barata. A Amazônia preenchia amplamente estas condições. Por isso para cá vieram as principais multinacionais ligadas ao ferro e ao alumínio, com uma vantagem: ficaram com as indústrias limpas em seus países e se livraram dos resíduos industriais deletérios, deixados no Terceiro Mundo, como a “lama vermelha”, detritos da bauxita, altamente tóxicos, armazenados em lagos artificiais. Entende-se também a aceleração dos projetos para atenderem a demanda mundial com um emprego maciço de mão-de-obra: 140.000 trabalhadores assim distribuídos: 27.000 no Projeto Ferro Carajás; 63.000 na construção da barragem de Tucuruí e 50.000 no garimpo de Serra Pelada²⁴.”

As principais agressões à natureza amazônica foram perpetradas por conta do Projeto Grande Carajás Agrícola, em articulação com a JICA (Japan International Co-operation Agency, que engloba 22 empresas de investimento japonesas). Embora a agência japonesa recomendasse precauções ecológicas no sentido de harmonizar o desenvolvimento agrícola com a conservação ambiental, a máquina decisória do governo seguiu caminhos tecnocráticos estritos. Ignorou a sabedoria milenar das populações nativas, exaltou as virtudes da mecanização e introduziu uma escalada de destruição florestal como jamais antes no Brasil. Expulsou indígenas e caboclos. O governo só oferecia subsídios quando as companhias provavam que tinham “limpado o terreno” quer dizer, desmatado e expulsado as populações nativas e introduzido outras, vindas do Sul do país, que, ilusoriamente, se imaginavam mais preparadas para uma agroindústria moderna por serem descendentes de europeus. Os projetos agropecuários pretendiam criar um rebanho de 2 milhões de cabeças com vistas à exportação. Junto com eles, entretanto, surgiu uma especulação fantástica envolvendo grandes empresas nacionais, como Café Cacique, Varig, Sul América Seguros, e multinacionais, como a Volkswagen, a Liquifarma (química farmacêutica italiana), Atfântica-Boavista (grupo Rockefeller) e outras.

Muitos pecuaristas, para acelerar o desmatamento, utilizavam o desfolhante Tordon 155-Br (agente laranja) ou o Tordon 101-Br, mais devastador ainda, jogados de avião, poluindo os solos, os rios e matando muitas pessoas, especialmente os índios nhambiquaras, que quase foram exterminados²⁵. Os camponeses expulsos ou ameaçados se articularam em muitos movimentos sindicais. Verificou-se a partir da instalação dos projetos na serra de Carajás uma verdadeira guerra no campo. Em 1985 eram cerca de 100 mortos, em 1986 a cifra ascendeu para 200 e continuou com taxas decrescentes mas ainda altas nos anos posteriores. Os 13.000 índios de 34 tribos diferentes, situados na região, viram suas terras invadidas por criadores de gado e madeireiros e muitos deles foram mortos²⁶.

Os projetos de agroindústria e agropecuária não mostraram sustentabilidade. A produção de grandes safras e de criação de gado em pastagens extensivas estão causando danos permanentes ao ecossistema amazônico - erosão do solo, compactação, lixiviação, assoreamento dos rios e represas, poluição atmosférica devida às queimadas fenomenais, algumas tão grandes que foram detectadas por satélites norte-americanos e russos, com o risco de transformar a Amazônia oriental num “deserto vermelho”. Em 1988 num só dia o ônibus espacial Discovery detectou 8.438 incêndios na Amazônia. A máquina planejadora do Estado, uma vez mais, ignorou o enorme potencial de progresso econômico e social oferecido pelas técnicas tradicionais dos grupos nativos. Estudos sobre a tribo caiapó no sul do Pará demonstraram como eles tinham uma classificação cuidadosa das espécies e o manejo hábil da floresta. Sabiam delimitar mais de 40 tipos de florestas, campos e solos com suas respectivas associações de insetos, animais, pássaros, ventos e climas. O que lhes permitiu satisfazer suas necessidades e ao mesmo tempo preservar o equilíbrio do ecossistema regional,²⁷ saber que deveria ser aproveitado pelos técnicos e estrategistas dos grandes projetos com referência ao manejo da floresta Amazônica e à preservação das espécies. Mas que foi soberana e arrogantemente desprezado²⁸.

[...] “As maiores vítimas da penetração de relações de exploração e internacionalização das riquezas da Amazônia foram, entretanto, os indígenas²⁹. O lema da Funai (Fundação Nacional do Índio), o organismo que deveria protegê-los, era: “Cem mil índios não podem impedir o progresso do Brasil.” Foram cúmplices da via-sacra desses povos originários. Citemos apenas algumas estações.

A primeira, a chacina do paralelo 11 em Rondônia (parte da extrema Amazônia Ocidental), em 1963. Instalaram-se grandes fazendas e mineradoras de estanho. Na região viviam cerca de 10.000 índios em 100 aldeias diferentes. Para facilitar a penetração, a firma Arruda e Junqueira ordena que sobre a aldeia dos cintas-largas, durante um cerimonial, se joguem sacos de açúcar. Os indígenas os recolhem alegremente. Logo em seguida, em vôo rasante, são dinamitados e chacinados.³⁰

A segunda, a dizimação dos nhambiquaras, também em Rondônia. No início do século eram cerca de 10.000 no vale do rio Guaporé. Para facilitar a pecuária vinda do Sul, são transferidos para a chapada dos Parecís de terras áridas. Os que escaparam da fome foram tomados pelo sarampo, doença dos brancos. Toda a população nhambiquara de menos de 15 anos foi dizimada. Os que restaram no fértil vale do Guaporé foram atingidos pelos desfolhantes lançados de avião em suas terras. Em 1980, dos 10.000 apenas restavam 650 representantes. Sua saga trágica é bem retratada por um deles:

“Primeiro, aqui era só índio. Não tinha americano, brasileiro, Funai, nada. Aí chegou o missionário americano, em 1964. Passaram três luas, veio o brasileiro: máquina, trator, caminhão, derrubaram muito pau, botaram fogo e começou: capim, capim, capim, vaca, vaca, fazenda, arame, arame”.³¹

Terceira estação: a sacrifização dos uaimiris-atroaris nas cercanias de Manaus. Talvez seja a tribo mais atribulada das últimas décadas. Em 1905 contavam-se 6.000. Em 1968 já tinham sido reduzidos a 3.000. Em 1982, a 517, e em 1984, a apenas 350. A proporção do extermínio é da ordem de 6 para 1, nível do tempo da conquista/invasão dos europeus no continente sul-americano. Tal catástrofe biológica se deve às várias políticas desenvolvimentistas implantadas na Amazônia, nas cercanias de Manaus. A construção da estrada Manaus-Boavista, a mineração Taboca S.A. (subsidiária da Paranapanema, que explora cassiterita, estanho) e a construção da usina de Balbina, a que nos referimos acima, atingiram diretamente as terras dos uaimiris-atroaris. Chegou-se a mudar o nome dos rios para ludibriá-los e dizer que o alagamento da barragem de Balbina sobre o rio Uatumã não atingiria suas terras. O rio Uatumã, que faz limite com a reserva indígena, passa a ser chamado de Pitinga; o nome Uatumã é transferido para um igarapé menor. Durante a construção da estrada Manaus-Boa Vista foram atacados por helicópteros e pequenos aviões militares do governo, incendiadas suas malocas, com a morte de muitos índios. Pelo menos num caso, o comando militar da Amazônia ordenou a utilização de armas químicas contra os uaimiris-atroaris indefesos. Nas várias agressões sofridas, das 60 vilas indígenas subsistiram em 1987 apenas dez. Com razão se fala de etnocídio.³² Hoje esses indígenas se afundaram na selva, reduzidos a seu silêncio, sepultados no esquecimento de nossa cultura ecodica e que provoca holocaustos nas populações originárias.

Não há páginas para contar toda a saga trágica dos indígenas amazônicos, como a dos caiapós, dos paracanãs, dos txucarramães, dos crenacarores, dos gaviões e de tantos outros. Mas os sobreviventes confiam na força da terra e da justiça das coisas sagradas. O Conselho Mundial dos Povos Indígenas emitiu em Port Alberni uma declaração solene na qual expressa sua esperança contra todas as esperanças:

“Entretanto, não nos puderam eliminar, nem nos fazer esquecer o que somos, porque somos a cultura da terra e do céu. Somos de uma ascendência milenar e somos milhões. E mesmo que nosso universo inteiro seja destruído nós viveremos por mais tempo que o império da morte.”³³.” (o grifo é nosso)

(Leonardo Boff. *Ecologia: Grito da Terra – Grito dos Pobres*. Editora Sextante. 2004. São Paulo – SP – págs. 134/141.)

Neste contexto, merece destaque as oportunas observações da *Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015, na inteligência de que: “Muitas formas de intensa exploração e degradação do meio ambiente podem esgotar não só os meios locais de subsistência, mas também os recursos sociais que consentiram um modo de viver que sustentou, durante longo tempo, uma identidade cultural e um sentido da existência e da convivência social. O desaparecimento duma cultura pode ser tanto ou mais grave do que o desaparecimento duma espécie animal ou vegetal. A imposição dum estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nocivo como a alteração dos ecossistemas. Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e de seus antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam de interagir para manter a sua identidade e os seus valores. Eles, quando permanecem nos seus territórios, são quem melhor os cuida. Em várias partes do mundo, porém, são objeto de pressões para que abandonem suas terras e as deixem livres para projetos extractivos e agro-pecuários que não prestam atenção à degradação da natureza e da cultura.”*

Em face desse novo quadro e diante dos nefastos reflexos decorrentes dos impactos etno-ambientais do aludido empreendimento, conforme já consignado na decisão por mim proferida nos autos do agravo de instrumento acima referido, impõe-se a concessão da medida alternativa postulada pelo douto Ministério Público Federal, como forma de atenuar, ainda que provisoriamente, os danos dali resultantes e possibilitar, a título precário, a sobrevivência dos integrantes das comunidades indígenas atingidas, sob pena de sua total extirpação de nossa sociedade, o que não se admite, na espécie, sem prejuízo, também, da imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas.

Com efeito, a tutela jurisdicional deferida pelo juízo monocrático possui natureza eminentemente precavativa e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do art. 273, § 7º, do CPC, de forma a

garantir às famílias indígenas descritas nos autos o mínimo necessário à sua subsistência, diante do gravíssimo quadro fático noticiado nos autos, decorrente dos impactos etno-ambientais resultantes da implementação do empreendimento descrito na inicial, aliado ao fato de que, decorridos anos desde então, até o presente momento, não teriam sido implementadas todas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração mineral em referência, concernentes à regularidade da licença ambiental, nem tampouco, a implantação das medidas compensatórias e mitigadoras de tais impactos, no seio das comunidades indígenas atingidas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, afinando-se, ainda, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que “a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais, o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20)” e de que “nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 – OIT”. (AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014) [...].

Há de se ressaltar que o parecer antropológico carreado para os autos não apenas confirma as precárias condições de subsistência das comunidades indígenas descritas na inicial, mas, sobretudo, demonstra o agravamento desse quadro nefasto, em virtude do lapso temporal decorrido desde então, *com visível ameaça ao mínimo existencial-ecológico dos aludidos povos indígenas, a impor-se, no caso, com eficácia plena o comando dirigente do princípio da prevenção.*

VI

Caracterizada, pois, na espécie, o manifesto descumprimento do *decisum* prolatado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da sobrealudida Suspensão de Liminar 933/PA, impõe-se a adoção das medidas ali ordenadas, consistentes no “*depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades*”, observando-se, contudo, as condições estipuladas no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, a que se reporta a peça de fls. 1.514-1.518v., com estas letras:

Obrigações da Associação Indígena Kakarekré de Defesa do Povo Xikrin

Cláusula 1.ª. Os valores liberados na Ação Civil Pública 2383-85.012.4.01.3905 à aldeia Djudjekó deverão ser aplicados em duas finalidades distintas: a) pagamento dos projetos e ações já desenvolvidos pela Associação Kakarekré de Defesa do Povo Xikrin, no intuito de atender às necessidades imediatas das comunidades Xikrin; e b) composição de um Fundo de Apoio aos Xikrin, no intuito de formar uma reserva financeira destinada à aplicação em projetos de médio e longo prazo nas comunidades Xikrin, a fim de atender às necessidades de desenvolvimento autossustentável das presentes e futuras gerações.

Cláusula 2.ª. Quanto à primeira finalidade, 60% dos valores depositados serão destinados aos projetos e ações em desenvolvimento pela Associação Indígena Kakarekré, os quais serão relativos às áreas de saúde, de projetos de infraestrutura e de projetos produtivos (gado, cacau e piscicultura), bem como ao pagamento de valores para fortalecimento institucional das associações constituídas pelos Xikrin e da chama VM (valor mensal pago a cada uma das famílias Xikrin);

§1º. Os recursos depositados nas contas das Associações deverão ser aplicados nos percentuais máximos estabelecido para cada uma das seguintes rubricas:

I- 15% para o pagamento de Valores Mensais — VM às famílias Xikrin, sendo que o valor destinado a uma família não poderá extrapolar R\$ 5.000,00;

II - 15% destinado a projetos de infraestrutura e projetos produtivos, sendo o primeiro a ser executado a construção de 20 casas por aldeia, conforme projeto em anexo, apresentado pelos caciques das comunidades;

III — 15% destinado ao custeio da saúde dos Xikrin, em áreas não cobertas pelo SUS e pela SESAI;

IV - 10% dos recursos será destinada ao pagamento de monitoramento independente da qualidade das águas do Rio Cateté, a ser realizado mediante Convênio firmado com a UFPA, nos termos da proposta anexa;

V - 5% destinado ao fortalecimento institucional das Associações Xilcrin, mediante contratação do corpo técnico adequado e custeio das despesas para funcionamento das associações referidas.

Cláusula 3.^a. Quanto à segunda finalidade, 40% dos valores pagos serão depositados em conta separada das demais contas da associação, para a composição de um fundo para o financiamento de projetos de natureza ambiental, econômica e sociocultural, constituindo a parcela de indenização para resguardo dos direitos dos menores e das futuras gerações de indígenas.

§1º. Os valores pagos serão depositados e ficarão bloqueados e só poderão ser movimentados com autorização expressa do Comitê Gestor, que aprovará, mediante deliberação colegiada, os projetos em que deverão ser aplicados os valores.

§2º. Deverá ser apresentada declaração do gerente da respectiva agência bancária de que os valores permanecerão bloqueados até que haja autorização para movimentação de que trata a Cláusula 4.^a, a qual por sua vez, estará sujeita à fiscalização pelo Ministério Público Federal.

Cláusula 4.^a. A elaboração e execução de projetos para aplicação dos valores do Fundo Apoio aos Xikrin mencionado na cláusula anterior serão de responsabilidade do comitê Gestor, o qual será composto por dois representantes de cada aldeia, dois representantes da Funai e dois representantes da UFPA.

§1º. No prazo de 30 (trinta) dias a contar do pagamento da primeira parcela, as entidades integrantes da Comissão deverão indicar seus respectivos representantes, e suplentes no mesmo número dos representantes, sendo que a instalação da Comissão se dará nos 30 (trinta) dias subsequentes, mediante termo específico.

§2º. Os membros do Comitê Gestor provenientes da Funai deverão ser aprovados previamente pelos representantes das Aldeias Xikrin.

§3º. O Comitê Gestor realizará reuniões que deverão ser presenciais e ter periodicidade bimestral.

§4º. É possível a realização das reuniões por videoconferência, desde que sejam criadas salas com equipamentos destinados, a essa finalidade, que permitem a realização da reunião sem encontro presencial.

§5º. Os termos das reuniões e deliberações da Comissão deverão ser encaminhados pela Funai ao Ministério Público Federal, cujas atribuições serão de cunho conciliatório e fiscalizatório.

§6º. A forma de liberação do recurso da conta bloqueada ocorrerá pela assinatura digital dos membros do Conselho Gestor, após a aprovação por consenso entre todos os membros do Conselho Gestor;

§7º. Quando não for possível consenso, será realizada mediação pelo Ministério Público Federal.

Cláusula 5.^a. Os recursos do Fundo de Apoio aos Xikrin cobrirão projetos relacionados aos danos provocados diretamente pelo projeto Onça Puma, bem como à melhoria da qualidade de vida dessas comunidades, mediante o incremento da infraestrutura destas, no intuito de compensar os impactos indiretos do empreendimento Onça Puma que acarretou mudanças na dinâmica cultural e no modo de vida dos Xikrin.

§1º. O custeio das despesas de elaboração e execução dos projetos se dará com recursos do fundo tratado na Cláusula 4.^a.

§2º. A elaboração e execução dos projetos deverão ser acompanhadas por profissionais com formação especializada nas áreas de abrangência do projeto específico.

§3º. Para a elaboração e execução dos projetos, a Comissão poderá fazer uso de serviços, terceirizados, a serem contratados às expensas do fundo.

§4º. A aprovação dos projetos dependerá de sua adequação técnico-financeira e aos usos, aos costumes e tradições das comunidades Xikrin;

§5º. Depois de elaborado e aprovado pela Comissão, o projeto deverá ser encaminhado ao Ministério Público Federal, que avaliará sua conformidade aos ditames legais e às cláusulas do presente TAC.

Cláusula 6.^a. Os recursos do Fundo de Apoio aos Xikrin poderão custear quaisquer projetos, desde que estes: a) sejam apresentados pelos próprios Xikrin, ou seja, desejados pelo conselho de guerreiros ou parte das aldeias e/ou de suas lideranças; b) sejam avaliados como viáveis pelo comitê gestor; c) estejam dentro das percentagens relativas à sua rubrica; e

d) se encaixem em uma das seguintes áreas: c1- socioculturais; c2) ambientais; c3) infraestrutura; c4) educação e capacitação; c5) apoio às atividades externas das lideranças e da comunidade; e c6) produtivos.

Cláusula 7ª. A prestação de contas dos recursos aplicados pelas Associações seja aqueles geridos diretamente por estas, seja aqueles aprovados pelo Comitê Gestor, será repassada mensalmente para controle da Funai, do empreendedor e do Ministério Público Federal.

Cláusula 8ª. Semestralmente, as associações deverão prestar contas também à própria comunidade interessada (e não apenas às lideranças), tanto no que toca ao andamento dos projetos, quanto aos valores existentes na conta do Fundo.

Cláusula 9ª. Qualquer bem adquirido com os recursos de Onça Puma será de propriedade da associação adquirente deste bem, e deverá ser destinado à comunidade Xikrin vinculada a essa associação.

Cláusula 10. Os recursos provenientes do empreendimento Onça Puma deverão entrar na vida contábil dos Xikrin sem impactar ou inovar demais estrutura existente.

§1º. Deverão ser aproveitadas totalmente as organizações próprias de que as aldeias já dispõem para lidar com os recursos provenientes de Ferro Carajás, respeitando-se o princípio da autonomia das organizações indígenas;

§2º. O auxílio para aperfeiçoamento dessas associações na sua forma de desenvolvimento de projetos, aplicação recursos e prestação de contas, não as devera tornar organizações empresariais, amarradas e que não atendam efetivamente ao fim para qual estas existem.

Cláusula 11. Qualquer desvio de finalidade na aplicação dos recursos recebidos pelas Associações será objeto de investigação específica e poderá ensejar a responsabilização civil e criminal dos responsáveis.

Cláusula 12. Para viabilizar a fiscalização da aplicação dos recursos, bem como agilizar a prestação de contas, deverão ser abertas contas específicas em instituição financeira idônea, com expressa autorização da associação titular da conta para que haja acesso do Ministério Público Federal aos extratos e demais documentos representativos das operações, ativas ou passivas, contraídas pelo titular da conta, fato que devera ser informado à instituição financeira já na abertura da conta, estabelecendo-se mecanismo de controle e acesso, bem como meios de comunicação ágil entre a instituição financeira e o Ministério Público Federal.

Cláusula 13. Na definição dos responsáveis para a elaboração dos projetos de aplicação de recursos, bem como para a análise das prestações de contas, deverá ser observada a prioridade por pessoas jurídicas com reconhecida capacidade nas respectivas áreas de conhecimento, bem como na definição de custo adequado, os quais deverão atentar para o tratamento antropológico do tema e implicações das decisões tomadas, onde couber tais atividades, se e quando viável, poderão ser realizadas por entes públicos, instituição de pesquisa ou ensino, públicas ou privadas, com remuneração adequada.

Cláusula 14 Os valores já depositados judicialmente pela Vale S/A, na data da assinatura do presente TAC, serão vinculados na proporção de 60% ao Fundo de Apoio aos Xikrin mencionado neste instrumento e 40% a associação subscritora, para atendimento das necessidades imediatas, estando a aplicação desses valores condicionada à observância das normas previstas nas cláusulas deste Termo de Ajustamento de conduta”.

VII

Com estas considerações, *defiro* o pedido de reconsideração formulado às fls. 1.486-1.493, para *deferir, em parte*, o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para determinar o levantamento dos valores já depositados nos autos de origem, cuja destinação e controle observarão todas as condições estipuladas no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC acima referido, observando-se o seguinte:

40% (quarenta por cento) de tais valores serão depositados em contas de investimento, abertas em nome dos caciques de cada Aldeia Xikrin: uma para cada aldeia (Aldeia O-odjã, Aldeia Dujdêkô e Aldeia Cateté);

60% (sessenta por cento) de tais valores, para depósito nas contas de cada Associação Indígena Xikrin (Associação Bayprã, Associação Kakarekré e Associação Porekrô).

Determinar que a recorrida Vale S/A (Mineração Onça Puma) proceda ao depósito judicial mensal de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada Aldeia Xikrin afetada pelo empreendimento (Aldeia O-odjã, Aldeia Dujdêkô e Aldeia Cateté), a partir 19 de setembro corrente até a efetiva implementação do Plano de Gestão Econômica Ambiental e demais medidas compensatórias dos impactos ambientais causados às referidas comunidades indígenas, conforme atesta o parecer antropológico de fls. 1.519-1.657, com os documentos que o acompanham, nestes autos, com vistas às partes interessadas, bem assim do que restar apurado na perícia ambiental já ordenada pelo juízo singular, nos autos do processo principal, sob a vigilância desta relatoria, devendo essa quantia ser depositada perante o juízo monocrático, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior liberação do valor depositado, nos termos acima explicitados.

Intime-se a promovida Vale S/A, com urgência, via FAX, para fins de ciência e cumprimento desta decisão, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por dia de atraso, nos termos do art. 537, § 1º, incisos I e II, e § 2º, do novo CPC vigente, sem prejuízo das sanções previstas no § 3º do art. 536 do referido diploma processual civil.

(Agravamento de Instrumento 0027838-88.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 19/09/2016, p. 128)

Agravamento de Instrumento 0051740-70.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Cuida-se de agravamento de instrumento interposto pela Associação de Avicultura do Norte do Tocantins (Avinto) contra decisão que, nos autos de ação ordinária, excluiu a União Federal do polo passivo da lide e declinou da competência para a Justiça Comum do Estado do Pará.

O r. juízo *a quo* assim decidiu ao entendimento de que não haveria possibilidade jurídica na pretensão da autora de compelir a União a derrubar portaria da lavra da Agência de Defesa Agropecuária do Pará (Adepará), que impedira o livre trânsito de mercadoria entre os Estados do Pará e do Tocantins, uma vez que os estados teriam liberdade de ação para editar suas normas regulamentares internas, bem como porque a ação seria encabeçada por associação composta por particulares, o que seria diferente se o próprio Estado do Tocantins, sendo lesado comercialmente, buscasse levar a discussão ao foro federal.

Em seu recurso, alega a agravante, em síntese, que a União teria legitimidade para figurar no polo passivo da ação, uma vez que seria seu dever de, por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), interferir nas relações entre os estados da Federação, especialmente para coibir barreiras comerciais interestaduais, as quais seriam vedadas pela Constituição Federal.

Segundo a recorrente, a União teria a obrigação imposta em lei de repreender a prática “ilegal e abusiva” que estaria sendo perpetrada pelo Estado do Pará, por meio da Adepará, ao aplicar restrição somente aos deslocamentos de aves vivas adultas oriundas do Estado do Tocantins, por meio de portarias que teriam promovido barreiras comerciais e a reserva de mercado, culminando por ameaçar as exportações de produtos avícolas brasileiros e comprometendo a credibilidade de tal produto no mercado externo.

Ainda que os entes da Federação possuam autonomia para editar normas regulares internas, entende que, quando essas normas extrapolam as fronteiras do estado e criam de maneira indevida reserva de mercado, afrontando a livre concorrência e maculando a imagem do Brasil no exterior, resultaria evidente que a intervenção da União tem que se fazer presente.

Ressalta, ao final, que as ações tomadas pelo Mapa, que já teria comunicado a Adepará quanto ao equívoco na edição da portaria, não seriam se mostradas efetivas, já que a indigitada portaria não teria sofrido qualquer reforma, o que reforçaria a tese da necessidade de a União figurar no polo passivo da demanda, para compeli-la a tomar medidas mais enérgicas e efetivas contra a norma editada pelo Estado do Pará.

Por tais razões, requer seja reconhecida a legitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda principal, determinando que o juízo *a quo* aprecie a liminar pleiteada, dando prosseguimento ao feito para o julgamento do mérito.

É o relatório. Decido.

A teor do disposto no art. 22, inciso VIII, da Constituição Federal, a matéria referente a comércio exterior e interestadual é de competência privativa da União Federal, sendo firme a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal no sentido de declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais que constituam entraves ao ingresso de produtos nos estados da Federação ou sua saída deles, provenham esses do exterior ou não.

Nesse sentido:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual (SC) nº 13.922/07. Restrições ao comércio de produtos agrícolas importados no Estado. Competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, inciso VIII). 1. É formalmente inconstitucional a lei estadual que cria restrições à comercialização, à estocagem e ao trânsito de produtos agrícolas importados no Estado, ainda que tenha por objetivo a proteção da saúde dos consumidores diante do possível uso indevido de agrotóxicos por outros países. A matéria é predominantemente de comércio exterior e interestadual, sendo, portanto, de competência privativa da União (CF, art. 22, inciso VIII). 2. *É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade das leis estaduais que constituam entraves ao ingresso de produtos nos estados da Federação ou sua saída deles, provenham esses do exterior ou não* (cf. ADI 3.813/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 20/04/2015; ADI nº 280, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 17/6/1994; e ADI nº 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 14/10/2005). 3. Ação direta julgada procedente. (grifo nosso)

(ADI 3852, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Conseqüência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão.

(ADI 2656, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00117 EMENT VOL-02117-35 PP-07412)

EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 346 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO. Inconstitucionalidade da frase "sendo vedada a saída do Estado de madeiras em toras". Competência da União para legislar sobre comércio interestadual e transporte (artigo 22 - VIII e XI da Constituição Federal). Precedentes do S.T.F.).

(ADI 280, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1994, DJ 17-06-1994 PP-15706 EMENT VOL-01749-01 PP-00015)

Nessa linha de orientação, afigura-se plausível a tese da agravante de manter a União Federal no polo passivo da demanda principal, em que se discute a legalidade de portarias editadas pela Agência de Defesa Agropecuária do Pará (Adepará), que teria proibido o trânsito de aves vivas que entram no Estado do Pará, e a obrigatoriedade da União, por meio do Mapa, de exercer o seu poder-dever de fiscalização, de modo a impedir que o Estado do Pará imponha barreiras comerciais de forma ilegal.

Em face do exposto, *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal*, para manter a União Federal no polo passivo da demanda principal, determinando-se o prosseguimento do feito até decisão final de mérito deste agravo.

(Agravo de Instrumento 0051740-70.2016.4.01.0000/DF, rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada), e-DJF1 de 19/09/2016, p. 109)

Agravo de Instrumento 0044897-89.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pelo Instituto Mantenedor do Ensino Superior da Bahia Ltda., em face da decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia que, nos autos da Ação de Execução Fiscal 21537-61.2012, deferiu o pedido

de penhora sobre crédito a receber do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, decorrente da recompra, pelo Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies), de Certificados Financeiros do Tesouro Nacional (CFT-E), valores tais que constituiriam faturamento da referida empresa agravante.

Nas razões do recurso (fls. 6-12), a agravante informa que é cadastrada no Fies e que o crédito penhorado integra o faturamento da empresa, e que recebe mensalmente da União tais valores como pagamento de sua prestação de serviço.

Sustenta que a penhora em faturamento somente poderá ocorrer em casos excepcionais, após a realização de tentativas de constrição de outros bens a garantir a execução, o que não teria sido feito pelo juízo agravado, em violação ao art. 866 do Código de Processo Civil.

Ademais, aduz que foi realizado acordo de parcelamento de todos os débitos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS da empresa, dentre eles o que constara em dívida ativa, objeto da referida Execução Fiscal (FGBA 201200476), razão porque entende não deve prosperar o bloqueio determinado.

Associada à arguição de ilegalidade da penhora efetivada sobre o faturamento da empresa, afirma que sua manutenção pode lhe causar grave prejuízo, eis que fora bloqueado grande percentual do faturamento, o que ocasionará o inadimplemento com seus empregados e fornecedores, além de inviabilizar seu regular funcionamento.

Requer, assim, em caráter de tutela antecipatória, a suspensão da ordem de bloqueio dos referidos créditos e a imediata liberação dos valores. Também, no caso de manutenção do comando, seja o bloqueio reduzido ao percentual máximo de 2% dos valores que tem a receber.

Determinado o contraditório antes da apreciação do pedido liminar, a União ofereceu contraminuta ao agravo, fls. 372-373.

A indicação das páginas é a constante da rolagem única dos autos em formato digital.

É o relato, após o qual *decido*.

Na origem, foi formulada, pela Fazenda Nacional, execução fiscal em face da agravante, para cobrança de valores referentes às importâncias devidas ao FGTS, em razão de não recolhimento das contribuições previstas na Lei 8.036/1990 e na Lei Complementar 110/2001, cujos débitos constam das certidões de Dívida Ativa inscritas sob os CSBA201200477 e FGBA201200476.

Juntada aos autos deste recurso cópias do referido processo executivo, no curso da ação, verifico que a agravante ofereceu bens em garantia (debêntures da Eletrobrás), os quais foram recusados pela União, ao argumento de que tais títulos estão prescritos (fls. 184-188).

Pelo juízo, então, foi determinada a substituição dos bens indicados (fls. 193-194).

Suspenso o feito para tratativas de acordo entre as partes, antes mesmo de qualquer êxito neste tocante, a exequente tomou conhecimento do crédito devido à agravante — noticiado neste instrumento — e postulou ao juízo sua constrição (fls. 345-346), a qual, após complementação da documentação de origem e procedência desses valores, restou deferida (fls. 356-357), perfazendo-se, pois, objeto do inconformismo recursal.

Foi determinada a retenção dos valores no montante de R\$ 5.998.765,38 (cinco milhões, novecentos e noventa e oito mil, setecentos e sessenta e cinco reais e trinta e oito centavos), tendo o juízo consignado que a quantia representa menos de 20% do total dos valores que seriam repassados à agravante, de modo que não haveria risco de inviabilizar as atividades da empresa.

Superada a investigação dessas circunstâncias, verifico plausibilidade no direito vindicado nas alegações firmadas pela parte recorrente.

De início, importa salientar que restou comprovada, nesta instância, a efetivação de acordo de parcelamento de débito, dentre os quais o constante da CDA FGBA201200476 — objeto da execução em trâmite —, por meio do Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento para com o FGTS, assinado entre a agravante e a Caixa Econômica Federal – CEF (fls. 16-26).

Tendo em vista o parcelamento que foi feito no âmbito administrativo e possibilitado o fracionamento da execução, logo não há que se falar, de fato, em interesse jurídico no bloqueio realizado em relação especificamente ao débito inscrito naquela certidão.

Voltado agora ao objeto penhorado, a Lei 6.830/1980 estabelece que: “Art. 10 - Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.”.

Quanto a ordem para a realização da penhora ou arresto para a garantia da execução, há definição expressa no art. 11 da referida lei, na qual restou indicado que:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

- I - dinheiro;
- II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III - pedras e metais preciosos;
- IV - imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - veículos;
- VII - móveis ou semoventes; e
- VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo. (grifei)

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, em seu art. 835, prevê a ordem preferencial para a efetivação da penhora. *Verbis*:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV - veículos de via terrestre;
- V - bens imóveis;
- VI - bens móveis em geral;
- VII - semoventes;
- VIII - navios e aeronaves;
- IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
- X - percentual do faturamento de empresa devedora;
- XI - pedras e metais preciosos;
- XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII - outros direitos.

§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora. (grifei)

Ainda, sobre a penhora de faturamento, o art. 866 do CPC estabelece regras específicas:

Art. 866. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

§ 1º O juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

§ 2º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 3º Na penhora de percentual de faturamento de empresa, observar-se-á, no que couber, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel. (grifei)

Evidente é que a execução encontra seus limites fixados na própria lei. Ao que se constata, na linha de interpretação das normas em exame, a penhora de faturamento é medida excepcional, somente autorizada quando esgotadas todas as diligências na busca de bens do devedor.

Na hipótese, não há comprovação de que a ordem preferencial da penhora fora observada, ou de que foram exauridos outros meios na busca de bens passíveis de sofrerem a constrição.

Isso porque, depois da recusa do bem inicialmente indicado pela agravante, não foi possibilitada efetivamente a sua substituição. Apesar de determinada pelo juízo, logo adiante as partes iniciaram tratativas de acordo do débito, com a suspensão do feito. Além disso, antes que se chegasse a uma conclusão sobre a negociação, foi ordenado o bloqueio daqueles valores, sem a realização prévia de qualquer pesquisa patrimonial (via Bacenjud, Renajud, Cartórios de Registro de Imóveis).

É entendimento assente de que a penhora sobre o faturamento da empresa é admitida apenas em casos excepcionais, cabível quando inexistirem bens livres e desembaraçados suficientes para garantir a execução ou existirem bens de difícil alienação, devendo, ainda, ser fixado percentual que não inviabilize o exercício das atividades da empresa, consoante se depreende dos arestos a seguir, ementados pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. PENHORA FIXADA EM PERCENTUAL QUE NÃO INVIABILIZA AS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. O STJ possui o entendimento de que é possível a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa, em percentual razoável (geralmente 5%) e desde que este percentual não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

2. O Tribunal de origem consignou que nos autos constam ausência de bens passíveis de penhora, razão pela qual a recorrida requereu a penhora sobre o faturamento.

3. Dessa forma, verifica-se que a ausência de intimação da agravante para se manifestar quanto ao reforço de penhora não trouxe prejuízo a parte e nem torna nulos os atos posteriormente praticados.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 737.657/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. INSURGÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA.

1. Impossibilidade de análise de dispositivo constitucional, sob pena de usurpação de competência do STF.

2. Violação ao artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão estadual que enfrentou de modo fundamentado todos os aspectos essenciais ao julgamento da lide.

3. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa - desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (arts. 655-A, § 3º, do CPC) e o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial - sem que isto configure violação do princípio exposto no art. 620 do CPC.

4. Para afastar a premissa firmada pela Corte de origem - de que estão presentes os requisitos autorizadores da penhora sobre o faturamento da executada, - faz-se necessário o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

(STJ - AGARESP 158436, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, unânime, DJE 04/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS SUFICIENTES À GARANTIA DA EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. MEDIDA EXCEPCIONAL. ADMISSIBILIDADE.

1. A penhora sobre o faturamento da empresa só é admitida em circunstâncias excepcionais e desde que, entre outros requisitos, não implique o comprometimento da atividade da pessoa jurídica executada.

2. Deve ser reconhecida a legalidade da penhora de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento da executada, à míngua de outros bens penhoráveis e inexistência de prova inequívoca para demonstrar prejuízo à atividade da agravante.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF1 – AGA 2009.01.00.032272-0/BA, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, unânime, e-DJF1 14/03/2014, p. 1582)

Aliás, atento ao limite de percentual razoável estabelecido pelos precedentes jurisprudenciais, e mesmo admitindo que o faturamento da agravante não seja composto apenas pelos créditos mensalmente recebidos do FNDE, a penhora efetivada ao alcance do percentual de 20% sobre tais valores é indicativo de que essa significativa retenção importe em prejuízo da sua atividade empresarial.

Encontrando-se presentes na situação, pois, os requisitos autorizadores do deferimento em caráter liminar, reputo possível o acolhimento do pleito requestado.

Ante o exposto, *defiro* o pedido, com o fim de *suspender, até julgamento definitivo deste recurso, a ordem de retenção/bloqueio da importância de R\$ 5.998.765,38* atinente a saldo de créditos do FNDE a serem repassados à agravante, com a consequente liberação desses valores, e sem prejuízo da determinação de nova penhora, contanto que regularmente cumpridos os exatos termos da legislação de regência e observadas as orientações da jurisprudência aqui sublinhada.

(Agravo de Instrumento 0044897-89.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Kassio Marques, e-DJF1 de 19/09/2016, p. 179)

Agravo de Instrumento 0016105-62.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela União impugnando decisão proferida pela Seção Judiciária da Bahia – 1ª Vara Federal, que *deferiu parcialmente* o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (atual tutela provisória de urgência) requerida com vista a obter a suspensão da eficácia

[...] do ato que determinou o retorno da autora, bem como para que a ré se abstenha de exigir o retorno desta para o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, mantendo-a em labor no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia até que se ultime o tratamento médico decorrente da cirurgia e implantação de células tronco no quadril direito [...]

Pela análise dos autos, verifica-se que a agravada — servidora pública federal do quadro do Tribunal Regional Eleitoral – TRE — encontra-se lotada na Bahia, como analista judiciária. Pretende, pois, que seja dado provimento ao presente recurso, tendo em vista que a remoção da servidora teria por objetivo o tratamento de sua enfermidade, sem o qual não havia mais motivo de sua permanência de suas atividades profissionais nesse tribunal, alicerçando sua pretensão no art. 36 da Lei 8.112/1990, *verbis*:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Dar-se-á a remoção, a pedido, para outra localidade, independentemente de vaga, para acompanhar cônjuge ou companheiro, ou por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente, condicionada à comprovação por junta médica.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) (negritei)

Pois bem.

O art. 36, III, *b*, da Lei 8.112/1990 — acima transcrito — trata da remoção enquanto direito subjetivo do servidor, sendo certo que, uma vez preenchidos os requisitos ali elencados, a Administração Pública tem o dever de promover a remoção do servidor.

Dessa forma, o pedido de remoção por motivo de saúde não se subordina ao interesse da Administração Pública, não havendo de se falar em eventual violação ao princípio da supremacia do interesse público, na hipótese elencada na letra *b* do inciso III do art. 36 do Estatuto do Servidor Público Federal.

Neste ponto, confira-se o seguinte julgado:

[...], tem aplicação o princípio do livre convencimento judicial motivado (art. 131 do CPC), a permitir que o Juiz forme a sua convicção pela apreciação do acervo probatório disponível nos autos, não ficando vinculado, exclusivamente, à chamada prova tarifada, já em franco desprestígio, ou seja, aquela prova que a lei prevê como sendo a única possível para a certificação de determinado fato ou acontecimento [...]

(*in* AgRg no REsp 1209909/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012).

Ressalto que

[...] A moderna doutrina jurídica há muito reconhece que o Direito não é apenas um conjunto constituído por regras válidas positivadas, mas também por princípios estruturantes do Sistema Jurídico e informadores da atividade judicial de todo Estado Democrático de Direito. Não se pode perder de vista que os princípios informadores dos artigos 36 [...] da Lei nº 8.112/1990 foram, justamente, as garantias à unidade familiar e à [...]. Desta feita, os referidos dispositivos do Estatuto do Servidor devem ser aplicados em consonância com a finalidade para a qual foram editados. - Em homenagem ao princípio de hermenêutica constitucional e da concordância prática, o disposto no art. 36, III, *b* da Lei 8.112/1990 deve ser interpretado em harmonia com o que estabelecido no art. 196 do Texto Maior (direito subjetivo à saúde), ponderando-se os valores que ambos objetivam proteger. - O Poder Público tem, portanto, o dever político-constitucional impostergável de assegurar a todos proteção à saúde, bem jurídico constitucionalmente tutelado e consectário lógico do direito à vida, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue, mormente na qualidade de empregador [...] (*in* TRF4 - APELREEX 50259956920104017100/RS *in* DJe 06/08/2014).

Por outro lado, a norma condiciona o deferimento da remoção ora tratada à comprovação por junta médica oficial.

Com efeito, a antecipação dos efeitos da tutela (atual tutela provisória de urgência) somente poderá ser concedida quando, mediante a existência de prova inequívoca, se convença o juiz da verossimilhança da alegação e ocorrer fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ficar caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, do CPC/1973 – art. 300 do NCPC). Friso que tendo em vista o Enunciado Administrativo 2 do eg. STJ, versando sobre as regras de transição, em razão da entrada em vigor do novo CPC, bem como em observância ao princípio do *tempus regit actum*, tomo por base a legislação em vigor à época da decisão agravada.

In casu, pela análise acurada dos autos, tenho que os fatos apontados na petição inicial da ação ordinária e razoavelmente comprovados nos autos (laudos/relatórios médicos particulares atestando a sua enfermidade) evidenciam prova inequívoca da verossimilhança da alegação, que indicam — nesse juízo de cognição sumária — o direito da servidora Elaine Cristina Lopes Mol à remoção de que trata o art. 36, III, *b*, da Lei 8.112/1990, garantindo —

assim — a manutenção da servidora no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, a fim de que a mesma possa continuar o tratamento de sua enfermidade.

Assim sendo, *nego sequimento* ao presente agravo de instrumento, nos termos do art. 557 do CPC/1973 c/c o art. 29 do RITRF da 1ª Região.

(Agravo de Instrumento 0016105-62.2015.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, *e-DJF1* de 20/09/2016, p. 495)

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0053298-77.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, art. 12, § 1º, da Lei 7.347/1985, art. 1º da Lei 9.494/1997 e no art. 322 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a suspensão liminar da tutela provisória concedida pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA, na Ação Civil Pública 269-43.2016.4.01.3903.

Informa que o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA deferiu parcialmente pedido de antecipação de tutela, no sentido de determinar

[...] a suspensão da licença de operação 1317/2015, emitida pelo Ibama, até que sejam integralmente cumpridas as obrigações decorrentes da condicionante do saneamento básico (LI 795/2011, item 2.10), inclusive: a) limpeza e desativação das fossas rudimentares e de todos os meios inadequados de disposição e destino final de esgotos, em todo perímetro urbano da cidade de Altamira; b) limpeza e desativação dos poços de água de toda a área urbana de Altamira; c) fornecimento de água potável encanada e efetivo funcionamento do sistema de esgotamento sanitário, incluindo as ligações intradomiciliares, em todo perímetro urbano da cidade de Altamira [...].

Defende que a decisão que concedeu a tutela de urgência teria invadido as competências técnicas do Ibama e desconsiderado as análises já realizadas pela autarquia, caracterizando-se grave lesão à ordem pública, na forma da grave lesão à ordem administrativa, pois parte de ilação do Ministério Público Federal, no sentido de que a construção da usina hidrelétrica agravaria os problemas na região, na medida em que supõe que o barramento reduziria a capacidade de autodepuração do Rio Xingu, permitindo que o esgoto se acumule nas ramificações fluviais, o que não seria real. Segundo a autarquia, a condicionante relativa ao saneamento básico de Altamira se relaciona a mitigar as cargas pontuais de fósforo e outras cargas difusas, reduzindo o aporte de nutrientes no reservatório da UHE Belo Monte.

Alega que, no caso de a suspensão da Licença de Operação 1.317/2015 ser mantida, o empreendedor não terá mais obrigações de cumprir as condicionantes ambientais da referida licença. Tal fato tornaria sem efeitos os mecanismos de comando, controle, monitoramento, mitigação e compensação de impactos ambientais, estabelecidos no licenciamento ambiental da UHE Belo Monte, incluindo a execução do Projeto Básico Ambiental (PBA) e os mais de 100 planos, programas e projetos associados ao PBA.

Informa que, caso não suspensa a decisão atacada, haverá interrupção dos monitoramentos físicos, biológicos e socioeconômicos, trazendo grave prejuízo ao acompanhamento dos impactos ambientais, gerando lacunas na série de dados temporais, o que seria o pior cenário para a análise dos efeitos na região a médio e longo prazos.

Entende que há desproporcionalidade entre a suspensão da licença de operação e o cumprimento das obrigações determinadas, uma vez que o funcionamento da usina hidrelétrica não interferiria diretamente e poderia agravar qualquer situação relacionada às condicionantes sanitárias porventura pendentes. Assim o fazendo, a decisão se imiscui indevidamente na política pública conduzida pelo órgão ambiental devidamente capacitado para tanto, impedindo-o de realizar sua missão institucional.

Aduz que a paralisação das condicionantes ambientais, por consequência lógica da suspensão da Licença de Operação 1.317/2015, causará imensos prejuízos socioambientais. Destaca-se que atividades relacionadas às diversas temáticas serão prejudicadas, tais como: atividades voltadas ao reassentamento da população atingida, a assistência técnica à população atingida, requalificação urbana, monitoramento da qualidade da água, hidrograma

de consenso, navegação e funcionamento do sistema de transposição de embarcações, implementação da APP, medidas compensatórias e recuperação de áreas degradadas, além de compromissos estabelecidos por Funai, Iphan e SVS, relativas ao PBA do componente indígena, patrimônio artístico e histórico e medidas de controle e monitoramento do potencial malarígeno.

Por fim, alega que a manutenção da decisão liminar traz enorme risco de dano ambiental, caso a Justiça entenda que tal suspensão deva resultar no deplecionamento (esvaziamento) dos Reservatórios Xingu e Intermediário, cujo enchimento depende essencialmente da vigência da LO suspensa.

É o relatório do essencial. Decido.

A decisão atacada determinou o seguinte:

i) A suspensão da licença de operação nº 1317/2015, emitida pelo Ibama, até que sejam integralmente cumpridas as obrigações decorrentes da condicionante do saneamento básico (LI 795/2011, Item 2.10), inclusive: a) limpeza e desativação das fossas rudimentares e de todos os meios inadequados de disposição e destino final de esgotos. em todo perímetro urbano da cidade de Altamira; b) limpeza e desativação dos poços de água de toda a área urbana de Altamira; c) fornecimento de água potável encanada e efetivo funcionamento do sistema de esgotamento sanitário, incluindo as ligações intradomiciliares, em todo perímetro urbano da cidade de Altamira;

ii) Que a Norte Energia S/A apresente, no prazo de 20 dias, sob pena de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, plano emergencial de abastecimento de água potável para toda população urbana de Altamira, a ser cumprido até o efetivo funcionamento, em todo perímetro urbano de Altamira, do sistema de fornecimento de água potável;

iii) Que a Norte Energia S/A apresente, no prazo de 20 dias, sob pena de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, plano técnico e operacional, especificando, por bairros da cidade, cronograma detalhado das obras referentes: a) às ligações intradomiciliares à rede de esgotamento sanitário de todos os domicílios do perímetro urbano de Altamira; b) à limpeza e desativação das fossas rudimentares e outros meios inadequados de disposição de esgotos de todos os domicílios do perímetro urbano de Altamira; c) à limpeza e desativação dos poços de água de todos os domicílios do perímetro urbano de Altamira; d) ao fornecimento de água potável encanada e efetivo funcionamento do sistema de esgotamento sanitário, em todo perímetro urbano da cidade de Altamira;

iv) Que a Norte Energia S/A Implante até 30/09/2016, sob pena de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, os sistemas de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, contemplando todos os domicílios do perímetro urbano de Altamira, inclusive: a) limpeza e desativação das fossas rudimentares e outros meios inadequados de disposição de esgotos de todos os domicílios do perímetro urbano de Altamira; b) limpeza e desativação dos poços de água de todos os domicílios do perímetro urbano de Altamira;

v) Que a Norte Energia e o Município de Altamira deem início, até 30/10/2016, sob pena de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, para cada ente, à operação dos sistemas de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, contemplando todos os domicílios do per/metro urbano de Altamira;

vi) Que a Norte Energia S/A e o Município de Altamira elaborem, no prazo de 30 dias, sob pena de multa no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, para cada ente, Campanha de Educação Ambiental, que, organizada territorialmente por bairros do perímetro urbano, contemple as seguintes ações: a) criação de grupo permanente de Educação Ambiental, com participação de servidores públicos municipais ligados ao serviço de saneamento, representante da Norte Energia S/A, representante do Ibama, representantes da sociedade civil, incluindo o Fórum de Defesa de Altamira, representante da Fundação Getúlio Vargas e assistentes sociais; b) cronograma detalhado de realização de debates e reuniões com lideranças comunitárias, por bairros da cidade, com a criação de grupos locais de acompanhamento das obras de ligação intradomiciliar responsáveis por prestar esclarecimentos e minimizar conflitos; c) cronograma detalhado de apresentações que falem da importância do saneamento básico em todas as escolas públicas e privadas do perímetro urbano de Altamira; d) abertura das estações de tratamento para visitas, feitas em dois dias da semana, com visitantes separados por bairros da cidade; e) cronograma detalhado de projeções de cinema nas comunidades, com animações didáticas que informem a importância do saneamento básico para a vida dos cidadãos altamirenses; f) visita porta a porta, com presença de assistente social, organizada por bairro, explicando a população, de forma clara, a importância da conexão das residências a um sistema de saneamento e abastecimento de água potável, notadamente para a saúde da família, bem como esclarecendo, na oportunidade, a cobrança das tarifas de água encanada e esgotamento sanitário;

vii) Que a Norte Energia e o Município de Altamira deem início à Campanha de Educação Ambiental, no prazo de 10 dias a partir da conclusão de sua elaboração, sob pena de multa no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso, para cada ente;

viii) Que a Norte Energia S/A promova o custeio integral de todos os atos, material, recursos humanos e equipamentos necessários à execução da Campanha de Educação Ambiental, inclusive de publicidade a ser veiculada em estação de rádio de maior audiência (3 vezes ao dia, manhã, tarde e noite), Internet (no seu site oficial) e Televisão, esta, por meio de inclusões

informativas de 30 segundos, nos intervalos de programas de maior audiência (3 vezes ao dia, manhã, tarde e noite), por todo o período que durar a conclusão das obras de saneamento básico, informando a população altamirense sobre a sua execução, notadamente sobre; a) a criação dos grupos permanentes de Educação Ambiental e seus integrantes; b) de forma prévia, as datas de realização de debates e reuniões com lideranças comunitárias, por bairros da cidade; c) de forma prévia, as datas das apresentações que falem da importância do saneamento básico em todas as escolas públicas e privadas do perímetro urbano de Altamira; d) de forma prévia, as datas das visitas às estações de tratamento, com visitantes separados por bairros da cidade; e) de forma prévia, as datas das projeções de cinema nas comunidades, com animações didáticas que informem a importância do saneamento básico para a vida dos cidadãos altamirenses; f) de forma prévia, as datas das visitas porta a porta, organizada por bairro, explicando a população, de forma clara, que ter a casa conectada a um sistema de saneamento e abastecimento de água potável é um dos passos mais importantes para garantir a saúde da família;

ix) Que a condenação da Companhia de Saneamento do Pará COSANPA disponibilize as informações técnicas, bem como os documentos relacionados 11 consecução das obrigações postas nos itens antecedentes, no prazo máximo de 5 dias, assim que solicitado pela Norte Energia S/A. Município de Altamira, União ou Ibama, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso;

x) Que o Município de Altamira disponibilize ao público, no site oficial da Prefeitura, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) por dia de atraso, o inteiro teor do Plano Municipal de Saneamento, contratado pela Norte Energia, aprovado pela COSANPA e entregue à Prefeitura Municipal de Altamira em abril de 2014, devendo ainda informar à população a respeito da medida, por meio de rádio (3 vezes ao dia, manhã, tarde e noite), internet (site oficial da prefeitura) e Televisão, esta, com inclusões informativas de 10 segundos (escrita, vocalizada e traduzida por linguagem de sinais) nos intervalos de programas de maior audiência (3 vezes ao dia, manhã, tarde e noite).

Para o deferimento da suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992, basta que se constate a existência de potencial risco de grave lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas advinda da execução da decisão *a quo*.

Embora seja vedada ao presidente do Tribunal a análise aprofundada do mérito da ação principal, visto que o instrumento jurídico-processual em questão não tem vocação recursal, o fato é que, em muitos casos, não é possível furtar-se a um mínimo de deliberação da controvérsia subjacente à decisão impugnada.

Observo, por oportuno, que, recentemente, houve a interposição da Suspensão de Antecipação de Tutela 0003551-61.2016.4.01.0000/PA, na Ação Civil Pública 002694-14.2014.4.01.3903, na qual o objeto era *“o cumprimento específico de uma das condicionantes do empreendimento Usina Hidroelétrica de Belo Monte, qual seja ele, a reestruturação da Funai, com a construção de uma nova sede para o órgão Indigenista em Altamira”*. Naquela oportunidade, o então presidente deste TRF 1ª Região entendeu que a decisão de suspender a licença de operação da UHE Belo Monte, como meio de compelir os réus a cumprir decisão liminar anterior, relacionado ao adimplemento de condicionante do empreendimento, além de desproporcional, afetava o interesse público, repercutindo gravemente na ordem e na economia públicas.

Entendo, da mesma forma, que há total desproporcionalidade entre a sanção imposta na decisão atacada e as medidas a serem cumpridas, além de haver afronta ao interesse público, à ordem e à economia públicas. Vejamos.

Após ler com atenção a decisão atacada, vejo que não houve demonstração sobre eventual relação entre a continuidade de operação da usina hidrelétrica e o cumprimento das medidas relacionadas ao cumprimento das condicionantes ligadas ao saneamento básico. Em outras palavras, caso a usina tenha sua licença de operação suspensa, nada contribuirá para o cumprimento das exigências de saneamento básico, as quais podem ser forçadas por meio de multa diária, como foi também determinado.

Ao contrário, a paralisação da usina gerará efeitos ainda mais graves à população local, pois prejudica a economia pública como um todo, principalmente pela suspensão na geração de energia, inclusive para as residências locais, pela elevação dos custos nas tarifas e mesmo pelos prejuízos ambientais, decorrentes do maior uso das poluentes usinas termelétricas.

Ante o exposto, *defiro o pedido* e determino a suspensão liminar da tutela provisória concedida pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA, na Ação Civil Pública 269-43.2016.4.01.3903, quanto à suspensão da Licença de Operação 1.317/2015 (item 1), bem como demais itens que guardem relação com a operação da UHE de Belo Monte.

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0053298-77.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 23/09/2016, p. 191)

Agravo de Instrumento 0039201-72.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais que, na Ação Ordinária 27216-55.2016.4.01.3800/MG, ajuizada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, deferiu a tutela de urgência pretendida e determinou a suspensão dos Pregões Eletrônicos 1501558000474/2015 e 1501558000475/2015, realizados para a contratação de empresas para transporte dos instrumentos de avaliação do Programa de Avaliação de Alfabetização – Proalfa e do Programa de Avaliação da Rede Pública de Educação Básica – Proeb, que integram o Sistema Mineiro de Avaliação da Educação Básica – Simave da Secretaria de Estado da Educação, entre as Superintendências Regionais de Ensino localizadas no interior e o Centro de Políticas Públicas e Avaliação da Educação – Caed (fls. 22-25).

2. Sustenta o agravante, em síntese, que não estão evidenciados os requisitos para a concessão da tutela de urgência previstos no art. 300 do CPC/2015, não bastando para isso eventual presença do *periculum in mora*; e que o transporte das avaliações dos programas não se insere dentre as hipóteses de monopólio postal, pois a questão já foi definida pelo excelso STF na ADPF 46, definido os conceitos de carta, cartão postal, correspondência agrupada e fabricação de selos, concluindo e definindo de forma definitiva que somente tais modalidades de serviço postal estariam abrangidas pelo monopólio postal.

Autos conclusos, *decido*.

4. Constitui monopólio da União a exploração do serviço postal, a ser exercido, com exclusividade, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mormente após a manifestação favorável do excelso Supremo Tribunal Federal à recepção do art. 9º da Lei 6.538/1978, quando do julgamento da ADPF 46/DF, a saber:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011.)

5. Naquela oportunidade, concluiu o relator, eminente Ministro Eros Grau, que o serviço postal, tal como previsto nos arts. 21, X, da Constituição Federal, e 2º da Lei 6.538/1978, é um serviço público a ser prestado com exclusividade pela União, não se consubstanciando em atividade econômica em sentido estrito, que poderia ser objeto de exploração por empresa privada, o que afasta a argumentação sobre a livre iniciativa e a livre concorrência.

6. Ressaltou, ainda, que

[...] Pois é certo que, para que empresa privada pudesse ser admitida à prestação do serviço postal, que é serviço público, seria necessário que a Constituição dissesse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal qual o fazem os artigos 199 e 209 em relação à saúde e à educação, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão. Os artigos mencionados excepcionam o art. 175 para dizer que a prestação de serviços de educação e saúde são livres à iniciativa privada [...].

7. Com efeito, o art. 9º da Lei 6.538/1978, assim preceitua:

São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

- I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
- II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;
- III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

8. Conforme bem salientado na decisão agravada, malote é a expressão utilizada para definir a correspondência agrupada, constante no inciso II do art. 9º suprarreferido.

9. A propósito, veja-se o seguinte precedente deste Tribunal:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓLIO DA UNIÃO. ART. 21, X, DA CONSTITUIÇÃO. RESTRIÇÃO AOS SERVIÇOS INDICADOS NO ART. 9º DA LEI Nº 6.538/78. 1. Trata-se de apelações interpostas pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - EBCT e pelo DISTRITO FEDERAL contra a sentença que julgou o pedido parcialmente procedente para anular os Pregões Eletrônicos de números 303/2009 e 374/2009. 2. O art. 21, X, da Constituição Federal outorgou à União a competência para manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. O art. 2º da Lei nº 6.538/78 previu que a exploração do serviço postal seria efetuada através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações (EBCT). O art. 7º veiculou o conceito de serviço postal, o art. 9º elencou as atividades exploradas pela União em regime de monopólio e o art. 47 esclareceu os conceitos utilizados pela lei. 3. O STF, no julgamento da ADPF nº 46, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 42 da Lei nº 6.538/78 para considerar como monopólio da União apenas os serviços elencados no art. 9º da aludida lei, é dizer, o serviço atinente a carta, cartão postal e correspondência agrupada. 4. O objeto do Pregão Eletrônico nº 303/2009 é a “contratação de empresa especializada na prestação de serviços de malote, transporte e entrega de correspondências agrupadas nas unidades da Secretaria de Estado de Trabalho do Distrito Federal - SETRAB/DF...”. A leitura do Anexo I permite esclarecer que o objeto do certame é o transporte de malotes entre as diversas unidades da Secretaria de Estado de Trabalho do Distrito Federal - SETRAB/DF. 5. O objeto do pregão eletrônico nº 374/2009 é a “contratação de empresa especializada na prestação de serviços de transportes, incluindo veículos, motoristas, combustível e seguro total, para transporte de pessoas em serviço, materiais, documentos,, cargas e outros, para atender a demanda dos diversos Órgãos que compõem o Governo do Distrito Federal...”. 6. *O transporte não é efetuado por meios próprios e sofre intermediação comercial, tanto que o serviço foi licitado. Contempla, dentre outros itens, cartas e correspondência agrupada (malote), sujeitas ao monopólio postal.* 7. Apelação da ECT não conhecida na parte que trata das custas processuais. Reexame necessário e apelações, na parte em que conhecidas, desprovidas. (AC 0017429-82.2009.4.01.3400/DF, rel. Juíza Federal Maria Cecília de Marco Rocha, Quinta Turma, e-DJF1 de 20/04/2016.)

10. Ressalte-se, ademais, que o próprio agravante reconhece o caráter público e a ausência de interesse econômico nos serviços licitados, tanto que afirma que “Portanto, *premissa fundamental a ser considerada é que as informações contidas nas referidas avaliações têm finalidade pública, e, para atingir a sua finalidade, os seus resultados tornarão de conhecimento público, NÃO TENDO, POIS, CARÁTER EMINENTEMENTE PRIVADO E PARTICULAR*” (fl. 9), o que acaba por infirmar a tese por ele defendida.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0039201-72.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 04/10/2016, p. 1.292)

Agravo de Instrumento 0053633-96.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Vale S.A. interpõe agravo de instrumento de decisão que, nos autos de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública da União, determinou-lhe que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, realize o levantamento do quantitativo de cidadãos que serão atingidos pela obra de expansão da Estrada de Ferro Carajás, confirme a necessidade de realocação das famílias atingidas, diagnostique a necessidade de cada núcleo familiar e avalie a solução de moradia adequada em atenção a uma perspectiva coletiva, sem olvidar os parâmetros normativos, metodológicos e regulamentares já existentes.

A agravante alega que a decisão merece reforma, pois (fl. 9):

[...] o procedimento de remoção de pessoas da área destinada à realização do empreendimento encontra-se não só lastreado em estudos e diagnósticos sólidos, como devidamente licenciado, não existindo ofensa a qualquer dispositivo legal que justifique a interferência na realização do procedimento de remoção tal qual exposto nos planos e nos programas aprovados pelo órgão ambiental competente (inclusive), bem como porque a situação é incapaz de causar perigo de dano à qualquer comunidade ou mesmo àqueles que se localizam (in)devidamente em local destinado à obra de expansão da Estrada de Ferro Carajás.

Aduz que o deferimento, em parte, do pedido de antecipação dos efeitos da tutela determinou à agravante, em resumo (fl. 12):

[...] obrigação de revisar condicionante já fixada pelo órgão ambiental competente, no bojo de licenciamento ambiental, sob o argumento de 'melhor definir' as bases para a realização do programa social voltado à aplicação de medidas mitigatórias que buscam o reassentamento/indenização das famílias que indevidamente ocupam o local destinado à obra de expansão da Estrada de Ferro Carajás.

Afirma que as medidas mitigatórias estão resguardadas pelas providências já adotadas, "não havendo qualquer demonstração quanto a existência de necessidade de adequar o plano de remoção de pessoas, em especial, em sede de cognição sumária" (fl. 12), acrescentando, à fl. 13:

Com efeito, o atendimento da condicionante de realização do "Plano de Atendimento e Acompanhamento Social" para lidar com remanejamento e ressarcimento de benfeitorias, consiste em mera medida mitigatória do impacto social causado pela obra, não sendo destinado a viabilizar política pública, a qual cabe única e exclusivamente ao poder executivo, não podendo a tarefa ser imposta a qualquer particular individualmente considerado, até porque não lhe é possível arcar com os custos que sequer conseguem ser suportados por parte do executivo municipal, estadual e federal.

Pede, ao final, a concessão do efeito suspensivo.

Decido.

Tenho que, na hipótese dos autos, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal merece deferimento.

É fato comprovado nos autos que a agravante obteve licenciamento ambiental e que, dentro desse procedimento, são estabelecidas, pelo órgão ambiental competente, as condicionantes para a execução do empreendimento.

Entre essas condicionantes, encontram-se as pertinentes ao reassentamento de famílias e às respectivas indenizações, conforme metodologia e cronograma aprovados, os quais, ao que consta dos autos, vêm sendo seguidos.

Nesse contexto, a interferência da Defensoria Pública da União busca modificar as condicionantes acertadas e aprovadas, terminando por *revisar* licenciamento ambiental já concedido.

Por outro lado, se observada a questão sob a ótica da competência para a fiscalização da proteção do meio ambiente, esta, segundo a Lei Complementar 140/2011 e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/1981), é própria dos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama).

Segundo a Lei Complementar 140/2011, a competência primordial para a fiscalização do empreendimento é do órgão que o licencia, devendo, em quaisquer hipóteses, prevalecer a sua compreensão em relação aos demais

órgãos (integrantes do Sisnama), ainda que agindo com base na competência comum para fiscalizar (art. 23, inciso VI, da Constituição Federal).

Então, eventual análise jurídica do problema deveria se ater ao que foi determinado pelo órgão ambiental, e não entre o que deseja a Defensoria Pública da União e o que está sendo praticado pela empresa agravante.

Por fim, cumpre mencionar que, para a prolação de decisões judiciais em tais casos, que envolvem intrincados fatos, tanto sociais quanto econômicos e ambientais, é recomendável a produção prévia de elementos probatórios, elaborados sob a égide do contraditório e por equipe multidisciplinar, com largo conhecimento prático e acadêmico na seara debatida, de forma a viabilizar a mais acertada manifestação judicial.

Na hipótese, a própria decisão agravada reconhece a fragilidade das provas tendentes a embasar a verossimilhança das alegações da autora, tendo, no entanto, determinado providências que já se encontram contempladas no Plano de Atendimento e Acompanhamento Social.

Ante o exposto, tenho por presentes os pressupostos autorizadores, razão por que defiro o pedido de efeito suspensivo.

(Agravo de Instrumento 0053633-96.2016.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, *e-DJF1* de 06/10/2017, p. 969)

Agravo de Instrumento 0057850-85.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém/PA, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Pará contra a Empresa Brasileira de Portos de Santarém – Embraps, a Agência Nacional de Transporte Aquaviário – Anaq, o Estado do Pará e a União Federal, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja determinada a suspensão do licenciamento ambiental para construção do Terminal Portuário da Embraps, com previsão de instalação à margem direita do Rio Amazonas, no Município de Santarém/PA, até que seja realizada consulta prévia, livre e informada das comunidades quilombolas e demais populações tradicionais, localizadas na área de influência direta do empreendimento em referência.

O juízo monocrático deferiu, em parte, o pedido de antecipação da tutela formulado nos aludidos autos, com estas letras:

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ em face da UNIÃO, do ESTADO DO PARÁ, da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ e da EMPRESA BRASILEIRA DE PORTOS DE SANTARÉM LTDA – Embraps.

Requerem, liminarmente, que seja suspenso o processo de licenciamento ambiental do Terminal Portuário da Embraps e qualquer ato visando o empreendimento, até o julgamento desta demanda.

Em síntese, sustentam que o procedimento de implantação do terminal portuário se encontra viciado porque o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental não previram corretamente a presença de comunidades tradicionais e quilombolas na área de influência do empreendimento e não foi providenciada a consulta prévia, livre e informada a estes grupos populacionais (Convenção OIT n. 169).

À fl. 230, foi determinada a intimação das entidades públicas réis, para manifestação em 72 horas. Na oportunidade, determinou-se a intimação do INCRA e da FUNDAÇÃO PALMARES para manifestação de interesse em integrar o polo ativo.

Indeferiu-se, ainda, a intimação da Federação das Organizações Quilombolas em Santarém – FOQS.

Manifestação da União às fls. 239-244. Sustenta a impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir à Administração na análise do mérito administrativo. Quanto ao pedido, alega que para autorização da exploração do Terminal Portuário Privado deverá o interessado comprovar sua regularidade quanto ao licenciamento ambiental. Alega que, antes da autorização pela Secretaria Especial de Portos, há previsão somente de que o interessado apresente “termo de referência para estudos ambientais com vistas ao licenciamento ambiental”.

A ANTAQ se manifesta às fls. 246-251. Sustenta sua ilegitimidade passiva, pois a competência para autorização seria de entidade diversa. Alega ainda que não cabe à ANTAQ apreciar o mérito do procedimento de licenciamento ambiental.

Contestação da ANTAQ às fls. 307-317.

Manifestação do Estado do Pará às fls. 330-333. Após relatar os procedimentos adotados no curso de licenciamento, alega que foram realizadas reuniões prévias, preparatórias à audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento. Também alega que a ação pretende discutir o mérito do ato administrativo.

Relatados. Decido.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Rejeito a alegação de ilegitimidade formulada pela ANTAQ. Conforme exposto pela própria Autarquia, em sua manifestação, compete à Agência receber e processar o requerimento de autorização, o qual posteriormente é encaminhado para a Secretaria Especial de Portos, para decisão. Não se trata de atividade meramente formal; compete à Agência avaliar se as normas procedimentais respectivas foram cumpridas. No caso, os autores alegam que, como parte integrante do procedimento, devem ser realizadas consultas prévias, livre e informadas à população atingida pelo empreendimento, ato essencial à validade da autorização.

O fato de os normativos internos da Autarquia não previrem tal procedimento (o qual consta de tratado de direitos humanos subscrito pelo Brasil) não afasta sua legitimidade para a demanda.

Também rejeito a alegação formulada pela União e pelo Estado, no sentido de que a pretensão dos autores é discutir o mérito do ato administrativo.

Os autores se voltam contra o procedimento adotado pelas entidades réis. Como se sabe o procedimento é inerente à forma do ato administrativo, e não ao mérito (conveniência e oportunidade). É plenamente lícito ao Poder Judiciário avaliar, mesmo nos atos discricionários, se as formalidades procedimentais do ato foram observadas pela Administração.

Feitas tais considerações, passo ao mérito do pedido liminar.

Trata-se de demanda na qual o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL alega vícios no procedimento de implantação de terminal portuário na grande área do Maicá, na cidade de Santarém, ao argumento de que não foi providenciada a consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais e quilombolas situadas na área de influência do empreendimento.

A influência do empreendimento em área ocupada por comunidades tradicionais e quilombolas está devidamente comprovada. O MPF trouxe aos autos documento elaborado pelo INCRA (fl. 132), o qual informa que há comunidades quilombolas incluídas na área de influência direta do empreendimento. Tal informação, oriunda do órgão oficial, tem o condão de inquinar o constante do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) elaborado no interesse da sociedade particular responsável pelo empreendimento, segundo o qual há apenas uma comunidade quilombola localizada nas proximidades, mas que não estaria inserida na área de influência direta do empreendimento (fl. 179-V).

Conforme bem salientado pelos autores, conforme Portaria Interministerial n. 60/2015, dos Ministérios do Meio Ambiente, da Justiça, da Cultura e da Saúde, presume-se que há influência a comunidades quilombolas quando o empreendimento portuário, situado na Amazônia, estiver localizado a menos de 10 (dez) quilômetros destas. Ora, o próprio RIMA consigna que há comunidade quilombola a 4 (quatro) quilômetros do local de sua implantação.

Ademais, não é necessário conhecimento técnico para concluir que na área há também comunidades tradicionais (ribeirinhas), que retiram seu sustento do rio e tem forte vínculo social e cultural com o meio ambiente.

A pretensão do MPF guarda amparo com a Convenção OIT n. 169, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.051/2004, que possui caráter normativo supralegal (art. 5º, §2º, Constituição), dispondo da seguinte forma:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Eis a base normativa para a consulta prévia, livre e informada.

Cabe ressaltar que as disposições da referida Convenção da OIT se aplicam aos quilombolas e aos ribeirinhos. Esclarece a convenção, no seu artigo 1º, 1. "a", que sua aplicação destina-se "aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial".

A Constituição Federal assegura expressamente a proteção ao patrimônio imaterial consistente na cultura e modo de vida dos grupos formadores da sociedade brasileira. Dá especial tratamento às comunidades remanescentes de quilombos, vejamos:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...]

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Quanto aos remanescentes de quilombos, com base no texto constitucional, conclui-se se inserem no conceito de comunidades tribais que a Convenção da OIT busca resguardar. Há plena coincidência entre os ditames do texto convencional (quanto à delimitação de sua aplicação aos povos com condições sociais, culturais e econômicas diferenciadas) com o disposto nos arts. 215, §1º e 216, caput e §6º, da Constituição, que tratam das culturas afro-brasileiras e reminiscências históricas de quilombos.

Mas também a convenção abrange outros grupos populacionais, como os ribeirinhos amazônicos. A eminente Juíza Federal JAIZA MARIA PINTO FRAXE, analisando as disposições da Convenção Sobre Diversidade Biológica e a Medida Provisória n. 2.186-16, que trata do acesso e exploração de recursos genéticos (e que também fazem referência à populações tradicionais), define quais grupos se enquadram no referido conceito:

[...] comunidades tradicionais não são definidas por algum tipo de rol fechado, tratando-se de qualquer grupo humano com traços culturais peculiares, sistemas de manejo que respeitam os ciclos da natureza, mediante utilização de conhecimentos herdados de gerações passadas, que assim se declarem, não cabendo ao Direito negar-lhe identidade, a pretexto de preenchimento de cadastros e formulários definidos por quem não pertence a esses grupos. No ponto, segundo Diegues e Arruda (2001, p.25-26), hoje existem inúmeras comunidades tradicionais: os açorianos, os babaçueiros, os caboclos ribeirinhos amazônicos, os caiçaras, os caipiras sitiantes, os campeiros, os jangadeiros, pantaneiros, os pescadores artesanais, os praieiros, os quilombolas, os sertanejos/vaqueiros e varzeiros (ribeirinhos não-amazônicos). A qualquer momento, novas surgirão, pois não há proibição para tanto. (Decisão n. 72-A/2014, Processo 0006962-86.2014.4.01.3200, proferida em 23/05/2014)

A respeito da matéria, também trago à colação as considerações tecidas Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA:

O povo tradicional não é apenas o índio. Em termos antropológicos cresce a consciência de que há várias culturas com identidade própria, com as quais se estabelece uma unidade nacional em razão da religião cristã e da língua comum.

No território da jurisdição do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, encontramos grupos tradicionais que foram alcançados pelo processo de modernização desigual em áreas isoladas, como os jangadeiros do sul da Bahia, os caboclos, ribeirinhos amazônicos, sertanejos/vaqueiros do Piauí e do oeste da Bahia, os varzeiros, ribeirinhos que vivem as margens do rio São Francisco, os pantaneiros do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, os quilombolas, os babacueiros no Maranhão, Piauí e norte de Goiás. Os praieiros habitam a faixa litorânea da região amazônica entre o Piauí e o Amapá. Vivem em grandes extensões de mangue e ilhas.

[...]

As populações tradicionais não-indígenas da Amazônia vivem de atividades extrativistas. Os ribeirinhos habitam nas várzeas e beiras de rios, sobrevivendo essencialmente da pesca. Alguns seringueiros, e castanheiros habitam também à beira de rios, igapós e igarapés, contudo outros vivem em terra, sendo menos dependente da pesca.

“Os caboclos/ribeirinhos vivem, principalmente, à beira de igarapés, igapós, lagos e várzeas. Quando as chuvas encham os rios e riachos, estes inundam lagos e pântanos, marcando o período das cheias, que por sua vez regula a vida dos caboclos. Esse ciclo sazonal rege as atividades de extrativismo vegetal, agricultura e pesca dos habitantes da região (Mybury-Lewis 1997). Quando começa a cheia torna-se impossível fazer roça e mesmo a pesca e a caça tornam-se mais difíceis. Esses caboclos são extrativistas e agricultores que produzem em regime familiar, vendendo o excedente e, freqüentemente, em períodos de maior demanda de força de trabalho lançam mão da troca de dias entre vizinhos. Como os sítios ocupam as beiras dos rios, os ribeirinhos podem tirar proveito das várzeas, colhendo produtos alimentícios, principalmente a mandioca, mas também frutas e ervas medicinais. Nas florestas, extraem o látex para a venda e também a castanha do Pará, além de criar pequenos animais domésticos e alguns deles têm também algumas cabeças de gado. Moram em casas de madeira, construídas em palafita, mais adaptadas ao sistema das cheias.”

Os ribeirinhos são, portanto, a população rural fluvial. É uma população com traços indígenas. Habitam em pequenas comunidades relativamente isoladas. A estrutura social de suas famílias se sobrepõe ao sistema formal de representação política. O principal meio de transporte são pequenas canoas de madeira.

“Os ribeirinhos não são proprietários das terras que moram. São raros os títulos de propriedade privada e, geralmente, tratam-se de terras devolutas. Alguns desses ribeirinhos são posseiros, que cultivam nas terras de outros ou na zona da várzea, têm apropriação do produto do trabalho, mas não a propriedade da terra. Por outro lado, as terras da várzea, que inundam periodicamente, não podem ser registradas em cartório de acordo com os princípios da legislação brasileira.”

(Gabriela O. Alvarez e Nicolas Reynard, in Amazônia Cidadã).

Essa população mestiça não é mais índio, mas também não se integra a sociedade nacional.

O conceito de população tradicional foi desenvolvido pela antropologia e não é imune de controvérsias. Relevante na caracterização desses agrupamentos humanos é que reproduzem historicamente sua forma de sobrevivência, de certa forma isolada, mantendo ao longo do tempo, as mesmas atividades de subsistência em espaço geográfico dependendo de ciclos da natureza e recursos naturais renováveis.

Alguns desses grupos têm mais ou menos visibilidade social, ou identidade pública. Os povos indígenas sempre foram objeto de peculiar atenção em virtude da significativa diferença que os separa da sociedade nacional, isto é, são anteriores à formação do Estado nacional e têm língua e religião distintas do colonizador e, depois, dos neo-brasileiros.

Os povos tradicionais dedicados à extração de recursos pesqueiros, como os ribeirinhos da Amazônia, não têm visibilidade econômica ou simbólica e não dispõem de uma legislação que reconheça as peculiaridades do espaço natural que ocupam e no qual sobrevivem. Eles não ocupam um lugar privilegiado no discurso sócio-ambientalista, como ocorre com os indígenas. São os esquecidos.

[...]

Os ribeirinhos têm o direito à identidade cultural, devendo ser oferecidos meios para a manutenção de seu modo de vida e produção, repassados de geração em geração, de acordo com os ciclos da natureza. Não há uma palavra nestes autos sobre como se vai proporcionar às quatrocentas famílias de ribeirinhos condições de sobrevivência, pois necessitam de recursos florestais à prática da pesca extrativista de forma sustentável. Nada se disse sobre em que locais e em que condições esse grupo será realocado. Tem-se que pensar em reassentamento em lugares que lhes propiciem condições análogas de sobrevivência, inclusive em relação ao modo de produção e aos conhecimentos tradicionais.

(Voto da Relatora, AG 0017006-45.2006.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, DJ p.147 de 05/02/2007)

Evidentemente, com base em tal entendimento, as disposições da Convenção OIT n. 169 se aplicam aos remanescentes de quilombos e às comunidades ribeirinhas.

No caso dos autos, temos que está evidenciado o não cumprimento do disposto na mencionada convenção, no caso posto à apreciação – instalação do complexo portuário na área do Maicá.

Em suas manifestações, as entidades públicas requeridas não informaram a adoção de qualquer providência para dar cumprimento ao disposto na convenção, quanto à consulta prévia, livre e informada às comunidades tradicionais.

Ao reverso, verifico que o Estado do Pará expressamente reconheceu que tal procedimento não vem sendo levado a efeito. Para tentar convencer o Juízo de que o procedimento de consulta está sendo realizado, informou que estão sendo realizadas reuniões prévias, antecedentes à audiência pública prevista no curso do licenciamento ambiental.

A ANTAQ também informou que “o processo de outorga da Embraps foi encaminhado à SEP no dia 29/01/2016 e recebido naquele Poder Concedente no dia 02/02/2016. Os autos já se encontram para celebração do contrato de adesão, caso deferida a outorga pretendida” (fl. 250).

Porém, como bem exposto pelo MPF, o procedimento da consulta livre, prévia e informada deve ser adotado antes de qualquer conduta administrativa e também não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental, exigível nos casos em que previsto significativo impacto ambiental (prevista no art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997).

São institutos distintos, com escopos distintos. A consulta às comunidades tradicionais tem como finalidade assegurar a participação plena e efetiva destes grupos minoritários na tomada de decisões que possam afetar sua cultura e seu modo de viver. Devem ser realizadas antes de qualquer decisão administrativa, a fim de efetivamente possibilitar que os grupos tradicionais e minoritários exerçam influência na deliberação a ser tomada pelos órgãos oficiais.

Diferente da audiência pública do procedimento de licenciamento ambiental, cuja finalidade é informar à sociedade em geral e fomentar a sua participação quanto aos impactos ambientais (art. 225 da Constituição).

Nesse sentido:

[...] 11. A audiência pública prevista no artigo 3º da Resolução CONAMA não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição. 12. A FUNAI, os índios, ribeirinhos, comunidades urbanas, ambientalistas, religiosos etc, todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental. Tal audiência realizada pelo Ibama para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta realizada pelo Congresso às comunidades indígenas afetadas por obras em suas terras tem por objetivo subsidiar a decisão política. (...) (AG 0017006-45.2006.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, DJ p.147 de 05/02/2007)

Pela manifestação das entidades réis, está evidenciado que tais preceitos não foram observados. O procedimento de outorga está prestes a ser concluído, sem que as populações tradicionais tenham sido consultadas a respeito.

Ainda, a respeito da matéria, quando à necessidade do procedimento de consulta prévia, livre e informada, precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no sentido que a sua ausência leva à nulidade do procedimento administrativo:

PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DO PÓLO NAVAL DE MANAUS/AM. COMUNIDADES RIBEIRINHAS. CONSULTA PRÉVIA. OBRIGATORIEDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL. BRASIL. PAÍS SIGNATÁRIO. OBSERVÂNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL COMPLEXA. NECESSIDADE.

1. Não foram infirmados no presente recurso os fundamentos da decisão agravada, que deram azo à determinação de que tanto a União quanto o INCRA não realizassem nenhuma transferência de seus imóveis, a qualquer título, para o Estado do Amazonas, além da proibição de retirar ou remover as comunidades ribeirinhas de suas terras durante o curso da ação civil pública em trâmite no Juízo de origem.

2. Para a implantação do Pólo Naval no Estado do Amazonas, faz-se necessária a observância às normas supralegais – Convenção 169 da OIT, Convenção da Diversidade Biológica e Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural, da qual o País é signatário –; constitucionais – artigos 215 e seu § 1º, 216, 231 e 232 –; e infraconstitucionais referentes à proteção dos direitos inerentes às populações tradicionais.

3. A ausência de consulta prévia e livre e consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima.

4. Nas informações prestadas pelo Juízo de origem constata-se que a ação civil pública encontra-se concluída para decisão em razão do Estado do Amazonas ter pugnado, na fase de especificação de provas, pela produção de prova pericial complexa, para fins de realização de exame, vistoria por parte de engenheiros ambientais e antropólogos, com o fito de serem fixados quais seriam os impactos a serem sofridos pelas comunidades ribeirinhas supostamente afetadas pela implantação do Pólo Naval e ainda, se haveria comunidade diretamente afetada pelo empreendimento.

5. Diante do quadro fático apresentado, afigura-se necessária a manutenção da decisão agravada.

6. Agravo de instrumento da União não provido.

(AG 0031507-23.2014.4.01.0000 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.3172 de 12/06/2015)

Destaco ainda, que consoante entendimento da instância superior ao interpretar o disposto na Convenção OIT n. 169, deve a Administração adotar as seguintes medidas no curso do procedimento de consulta livre, prévia e informada:

As exigências fundamentais que a consulta instalada pelo Estado deve observar: 1) a oitiva da comunidade envolvida prévia, anterior à autorização do empreendimento; 2) os interlocutores da população indígena ou tribal que será afetada precisam ter legitimidade; 3) exige-se que se proceda a uma pré-consulta sobre o processo de consulta, tendo em vista a escolha dos interlocutores legitimados, o processo adequado, a duração da consulta, o local da oitiva, em cada caso, etc; 4) a informação quanto ao procedimento também deve ser prévia, completa e independente, segundo o princípio da boa-fé; 5) o resultado da participação, opinião, sugestões quanto as medidas, ações mitigadoras e reparadoras dos danos causados com o empreendimento será refletida na decisão do Estado.

(Voto proferida pela Desembargadora Federal SELENE ALMEIDA na EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.316 de 27/08/2012)

Lícito será o procedimento de instalação de complexo portuário em área que possa influenciar diretamente comunidades tradicionais apenas se observados os procedimentos acima.

Assim, merece guarida o pleito liminar do MPF. Evidenciada a verossimilhança das alegações, consoante fundamentação acima.

Também há risco de dano irreparável, pois, caso prossiga o procedimento de licenciamento ambiental, há risco concreto de que o empreendimento venha a ser implantado, com descumprimento do procedimento da consulta prévia. Caso as consultas sejam postergadas, eventual decisão judicial futura determinando a realização do ato poderá ser inócua, caso o empreendimento venha a ser efetivamente implantado.

Entretanto, não considero oportuno suspender, até o julgamento da ação, o licenciamento ambiental e os atos tendentes ao empreendimento, como requer o MPF. Caso os requeridos demonstrem, nos autos, o cumprimento do procedimento da consulta, possível que o licenciamento e a implantação do empreendimento tenham prosseguimento.

III - CONCLUSÃO

Pelo exposto, CONCEDO EM PARTE A LIMINAR, para DETERMINAR a suspensão do procedimento de licenciamento ambiental do terminal portuário da Embraps – EMPRESA BRASILEIRA DE PORTOS DE SANTARÉM LTDA, na grande área do Maicá e de qualquer ato visando o empreendimento, até que seja demonstrada a efetiva realização do procedimento de consulta livre, prévia e informada às populações quilombolas e tradicionais situadas na sua área de influência direta.

Deixo de arbitrar, no momento, astreintes, as quais serão fixadas caso seja evidenciada recalcitrância no cumprimento desta decisão.

Determino ainda que: a) seja diligenciada a citação da Embraps no endereço situado nesta cidade, constante da inicial; b) após a apresentação das contestações, seja dada vista dos autos ao MPF.

A seguir, intimem-se as partes para, fundamentadamente, indicarem as provas que pretendem produzir, justificando suas finalidades, no prazo de 5 (cinco) dias [...].

Em suas razões recursais, sustenta o recorrente, em resumo, a regularidade do licenciamento do empreendimento descrito nos autos, pugnando pela suspensão dos efeitos da decisão agravada.

Os presentes autos vieram-me distribuídos, por dependência, em face da prevenção gerada pela anterior distribuição do AI 0027843-13.201.4.01.0000, interposto pela Empresa Brasileira de Portos de Santarém – Embraps contra a mesma decisão aqui impugnada.

Ao examinar a tutela recursal formulada nos autos do mencionado AI 0027843-13.201.4.01.0000, pronunciei-me com estas letras:

[...]

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1019, I, do CPC, a autorizar a pretendida antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada, notadamente, em face do seu caráter nitidamente precautivo, e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal.

Com efeito, conforme bem consignou o juízo monocrático, a consulta prévia, livre e informada às comunidades quilombolas e às demais populações tradicionais, localizadas na área de influência direta do empreendimento em referência não se efetivou, em manifesta violação às normas da mencionada Convenção 169/OIT, fato esse, inclusive, expressamente confessado pela agravante, em sua peça recursal, na dicção de que essa consulta estaria sendo feita, como condicionante do licenciamento ambiental do empreendimento descrito nos autos.

De ver-se, porém, que, em se tratando de consulta prévia, a sua realização haverá de preceder o próprio ato de autorização do empreendimento, hipótese não ocorrida, na espécie, não se podendo admitir a sua inclusão como mera condicionante a ser cumprida durante o respectivo licenciamento ambiental, por se tratar de condição sine qua non para a sua realização, conforme, inclusive, já decidiu este egrégio Tribunal, em caso similar, nestes termos:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE. 1 - Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma dos arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2,

6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada. II - A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie. III - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. IV - A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: “Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Artigo 15 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”. V - Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar nº. 125-6/PARÁ, arquivados em 12/11/2007, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir

decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar, na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF - Rel. Ministro Celso de Mello - julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, inter plures). VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso. VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas. VIII - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...]. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. IX - Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, caput, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, caput e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, caput, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações. X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das

populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20). XI - Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento. XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

(EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.316 de 27/08/2012)

Ademais, não se pode olvidar que, na espécie, em se tratando de empreendimento voltado para a instalação de Terminal Portuário, localizado às margens do Rio Amazonas, no seio da Amazônia Legal, o seu licenciamento ambiental haverá de submeter-se ao crivo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII), conforme já decidiu este egrégio Tribunal, in verbis:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE PAIAGUÁ. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO, CONCEDIDO POR ÓRGÃO ESTADUAL. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA, DA PRECAUÇÃO E DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT). ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CABIMENTO. I - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legítimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. II - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20). III - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, "o aproveitamento

dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 -OIT. IV - Na hipótese dos autos, a localização da UHE PAIAGUÁ, no Estado de Mato Grosso, encontra-se inserida na Amazônia Legal (Município Campo Novo do Parecis/MT) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Manoki e Ponte de Pedra, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º). V - Em sendo assim, versando a controvérsia, como no caso, em torno também de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental estadual, deve o Ibama integrar a relação processual, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII). VI - Agravo de instrumento desprovido, para manter a decisão agravada, em todos os seus termos.

(AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE TERMINAL GRANELEIRO NO PORTO DE SANTARÉM(PA). LICENCIAMENTO AMBIENTAL CONDICIONADO À REALIZAÇÃO DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL. COMPETÊNCIA GERENCIAL-EXECUTIVA, COMUM E CONCORRENTE DA UNIÃO FEDERAL E DO ESTADO DO PARÁ A EXIGIR O EIA/RIMA DA EMPRESA EMPREENDEDORA. FISCALIZAÇÃO CONJUNTA DOS AGENTES DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL DAS ENTIDADES FEDERADAS COMPETENTES. PODER NORMATIVO DO CONAMA E DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA DO Ibama. INVIABILIDADE DE ESTUDO PÓSTUMO DE IMPACTO AMBIENTAL, NA ESPÉCIE, ANTE A IRREVERSIBILIDADE DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO, NA INSTRUMENTALIDADE DA TUTELA PROCESSUAL-CAUTELAR DO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL, DO ESTADO DO PARÁ E DO Ibama, POR FLAGRANTE OMISSÃO EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INIBITÓRIA DO RISCO AMBIENTAL, AVALIZADA POR ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REVISOR (CPC, ART. 512), JÁ TRANSITADO EM JULGADO, DESDE OS IDOS DE 2003. EFEITO SOMENTE DEVOLUTIVO DAS APELAÇÕES INTERPOSTAS, PARA EFETIVIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA MANDAMENTAL, DEFERIDA NOS AUTOS, VISANDO PROTEGER O MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO PARA AS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES. I - Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. II - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) , exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a

que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV). III - Se a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei nº 6.938, de 31.08.81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública «a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico» e «a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida» (art. 4º, incisos I e VI), a configurar, no plano fático, o verdadeiro desenvolvimento sustentável, deve ser mantida a suspensão do Alvará de Autorização nº 024/99, que possibilitava a realização de obras no Porto de Santarém (PA), bem assim a expedição de qualquer outro Alvará que viabilize outras obras, potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, em face da instalação do referido Porto, visível escoador de soja transgênica, na região amazônica, assim exposta ao desmatamento irresponsável e à disfarçada colonização alienígena, até que se realize, às expensas da empresa responsável pelo empreendimento, por competente equipe multidisciplinar, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), observando-se a regulamentação das Resoluções nºs 001/86 e 237/97-CONAMA, na dimensão do interesse difuso a ser, ali, protegido. Vencido, parcialmente, no ponto, o Relator. IV - O poder de polícia ambiental, exercido pelo Ibama, tem a finalidade de executar a política de preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais, visando o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, bem assim, a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas e proteção de áreas ameaçadas de degradação (alteração adversa das características do meio ambiente), como, assim, determinam as Leis nºs 4.771/65, art. 14, alíneas a e b, e 6.938/81, art. 2º, incisos III, IV, VII, IX, e 4º, inciso I, buscando, sempre, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. V - Versando a controvérsia, como no caso, em torno de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental estadual (SECTAM/PA), deve o Ibama integrar a relação processual, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII). VI - Se a discussão travada nos autos, resulta na colidência de interesses entre o empreendimento questionado e órgãos da União Federal, notadamente em se tratando de temas ambientais, envolvendo área territorial constitucionalmente classificada como patrimônio nacional, afigura-se manifesta a sua legitimidade passiva ad causam, ante o objeto da ação, consistente na preservação do patrimônio nacional, competindo-lhe, por si e por intermédio dos respectivos órgãos federais regularmente estabelecidos, promover a sua defesa, em face da tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha auto-aplicável de imposição ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput). Preliminar rejeitada, no ponto. VII - Se as obras de instalação do terminal graneleiro do porto de Santarém (PA), estão dentro dos limites ecológicos da Floresta Amazônica, constitucionalmente classificada como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), cuja utilização subordina-se às disposições legais de regência, não de observar sempre, as condições que assegurem a preservação do meio ambiente, afigurando-se insuficiente, na espécie, a existência de licenciamento ambiental somente estadual e/ou municipal, posto que, em casos assim, o bem a ser tutela é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em dimensão difusa e planetária, que não dispensa o inafastável estudo prévio de impacto ambiental, sob a fiscalização federal do Ibama, conforme determinam, em casos que tais, os arts. 23, incisos III, VI, VII, e 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, o art. 10 da Lei nº 6.938/81 e as Resoluções nºs 001/86 e 237/97-CONAMA, bem assim, a norma expressa do art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.630/93, no caso em exame. VIII - Se nos termos cogentes da Carta Política Federal, o estudo de impacto ambiental há de ser prévio e não póstumo, como assim determinara a sentença recorrida, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após o seu trânsito em julgado, não se deveria admitir a continuidade do terminal graneleiro, no Porto de Santarém(PA), em manifesta afronta ao Acórdão do TRF/1ª Região, já transitado em julgado, há mais de 4 (quatro) anos, suspendendo o Alvará de Autorização nº 024/99 para a realização das obras no referido terminal portuário, bem assim, quaisquer outros alvarás, nesse sentido, sem a realização de estudo prévio de impacto ambiental, através de competente equipe multidisciplinar, de acordo com a Resolução nº 237/97 - CONAMA. Vencido, no ponto, o Relator. IX - Se a sentença recorrida condenou, indevidamente, o Estado do Pará a realizar o EIA/RIMA, na espécie dos autos, há de submeter-se à remessa oficial, tida por interposta, a fim de que o Tribunal revisor possa adequá-la aos comandos de seu acórdão mandamental, já transitado em julgado, nos idos de 2003, no qual ordenou-se à empresa CARGIL AGRÍCOLA S/A a realização do estudo prévio de impacto ambiental, como condição para o licenciamento das obras do terminal graneleiro no porto de Santarém(PA), no que restou, afrontosamente, descumprido pela referida empresa. X - Se o Acórdão do TRF/1ª Região, já transitado em julgado, desde o ano de 2003, confirmou a antecipação de tutela, deferida pelo juízo singular, no sentido de impedir a realização de qualquer obra, no aludido porto graneleiro de Santarém(PA), sem a realização do estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), não poderia, jamais, a sentença recorrida inibi-lo, em sua eficácia mandamental e plena, ordenando, agora, a realização daquele estudo, em termos póstumos, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após o seu trânsito em julgado, recebendo-se as apelações contra ela interpostas, em ambos os efeitos devolutivo e suspensivo, em frontal violação à norma do art. 520, inciso VII, do CPC, que, no caso em tela, somente admite a apelação em seu efeito devolutivo, visando garantir a eficácia imediata da tutela de urgência, como no caso em exame, já deferida há anos atrás, em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado,

para as presentes e futuras gerações. Rejeitou-se, contudo, a questão de ordem, suscitada pelo Representante do Ministério Público Federal, no ponto, restando vencido o Relator. XI - Apelação da União Federal e da empresa CARGIL AGRÍCOLA S/A, bem assim, a remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. Apelação do Estado do Pará, parcialmente provida. Agravo Regimental e pedido de reconsideração prejudicados.

(AC 0000162-61.2000.4.01.3902 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, SEXTA TURMA, DJ p.61 de 18/10/2007)

Na hipótese em exame, segundo noticiam os elementos carreados para os presentes autos, além da ausência de realização da consulta prévia, livre e informada das comunidades quilombolas e demais populações tradicionais, localizadas na área de influência direta do empreendimento em referência, o licenciamento ambiental estaria a cargo, apenas, do órgão ambiental estadual, a caracterizar, também sob esse enfoque, a sua irregularidade, impondo-se, por conseguinte, a adoção da medida precautiva adotada pelo juízo monocrático.

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela formulado na inicial [...].

Como visto, a decisão agravada já foi objeto de exame e manutenção por este egrégio Tribunal, ainda que em sede provisória, razão por que, adotando como razões de decidir os mesmos fundamentos do *decisum* acima transcrito, *indefiro*, também aqui, o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

(Agravo de Instrumento 0057850-85.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 05/10/2016, p. 1.890)

Apelação Cível 0014671-84.2015.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo juízo nos autos da ação ajuizada pelo Município de Belo Horizonte/MG contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, figurando, como terceira interessada, a Associação Pró-Interesses do Bairro Bandeirantes – APIBB, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que a autarquia promovida seja compelida a proceder ao imediato manejo das capivaras, que se encontram custodiadas no Parque Ecológico José Lins do Rego, bem como de todos os animais da mesma espécie que habitam o entorno da Lagoa da Pampulha, pugnando-se, ainda, pela suspensão dos efeitos da notificação levada a efeito pela autarquia promovida, no sentido de que o suplicante proceda à imediata soltura dos referidos animais.

Na sentença recorrida, o juízo monocrático julgou improcedente a demanda, sob o fundamento de que o manejo dos animais em referência não estaria inserido na competência institucional do Ibama.

Subindo os autos a este egrégio Tribunal, em virtude do recurso de apelação, a Associação Pró-Interesses do Bairro Bandeirantes – APIBB veiculou petição, pugnando pela concessão de tutela de urgência, no sentido de que sejam restabelecidos os efeitos da liminar inicialmente deferida nestes autos, mantendo-se, por conseguinte, os aludidos roedores confinados em uma determinada parte do Parque Ecológico onde se encontram, ou em outro local a ser definido pelos órgãos públicos envolvidos, isolando-os do alcance da população, evitando-se, assim, os riscos de sérios danos à saúde e à própria vida humana, mormente em face dos óbitos já ocorridos, em virtude de contaminação decorrente da picadura do *carrapato estrela*, de que são hospedeiros os mencionados animais, conforme amplamente divulgado na mídia.

Os presentes autos vieram-me distribuídos, por dependência, em face da anterior distribuição do AI 0018891-79.2015.4.01.0000, interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, impugnando a decisão que deferiu o pedido de antecipação da tutela formulado na inicial.

Ao examinar o pedido de antecipação da tutela recursal veiculado no bojo do agravo de instrumento acima referido, pronunciei-me, com estas letras:

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, nos autos da ação ajuizada pelo Município de Belo

Horizonte/MG contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que a autarquia promovida seja compelida a proceder ao imediato manejo das capivaras, que se encontram custodiadas no Parque Ecológico José Lins do Rego, bem como de todos os animais da mesma espécie que habitam o entorno da Lagoa da Pampulha.

O juízo monocrático deferiu o pedido de antecipação da tutela formulado nos aludidos autos, nestes termos:

O MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE / MINAS GERAIS ajuizou ação de obrigação de fazer, via da qual busca provimento jurisdicional em face do INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - Ibama, objetivando, em medida antecipatória da tutela, determinação para que seja determinado ao réu que proceda o imediato manejo das capivaras, que se encontram custodiadas no Parque Ecológico José Lins do Rego, bem como de todos os animais da mesma espécie que habitam o entorno da Lagoa da Pampulha.

Relata a parte autora que, diante dos problemas ocasionados pela grande população de capivaras, que habitam toda a orla da Lagoa da Pampulha, tais como, presença desses animais em ruas próximas da orla, na pista do aeroporto da Pampulha, deterioração dos jardins de Burle Marx, os quais compõem o Conjunto Arquitetônico da Pampulha, e, principalmente, o risco de contaminação dos moradores e frequentadores da Lagoa da Pampulha pela doença infecciosa causada pela picadura do “carrapato estrela”, o qual tem nas capivaras um de seus maiores hospedeiros, solicitou e obteve autorização do instituto réu para realizar um plano de manejo dos aludidos animais.

Informa que de posse dessa autorização promoveu a regular contratação de empresa para realização do procedimento, a qual detectou através de exames laboratoriais a contaminação de praticamente todos os animais com o transmissor da febre maculosa, fato que tornou inviável a transferência desses animais para outra localidade ou a sua soltura para o habitat originário.

Diante dessa constatação, promoveu várias reuniões junto ao Ministério Público de Minas Gerais, das quais participaram ativamente o réu, membros da sociedade civil e técnicos das mais diversas áreas do conhecimento. Afirma terem concluído, na última reunião, pela esterilização dos animais capturados, por ser o mais adequado do ponto de vista técnico.

Continua o seu relato, informando haver proposto à Universidade Federal de Minas Gerais um convênio para que fosse dado início à esterilização das capivaras, o que, em princípio, teria sido aceito. Ressalta, no entanto, que, em razão de inexistência de consenso acerca da postura mais adequada a ser feita nesse caso, conforme lhe foi informado pelo diretor da Escola de Veterinária da UFMG, foi agendada nova reunião para o dia 13 de março de 2015.

No entanto, alega ter sido surpreendido por visita técnica de funcionários do Ibama, a qual resultou em notificação para que o Município autor promovesse a imediata soltura dos animais capturados, ao fundamento exclusivo de expiração do prazo da licença anteriormente concedida pelo réu ao autor.

Opondo-se à ordem administrativa, aduz haver procedido a captura dos aludidos animais, em razão da inércia do réu e da periculosidade que esses animais estavam a causar aos belorizontinos, conforme acima relatado. Pugna mais, o autor, pela prevalência do direito à vida e à saúde dos cidadãos em detrimento da liberdade de animais doentes que apresentam risco à população.

Defendendo ser de responsabilidade da parte ré promover o manejo das espécies da fauna silvestre, aliada ao insucesso no manejo das capivaras até agora realizado e aos autos custos de toda a operação, requer seja declarada a competência do instituto réu para realizar todo o procedimento de manejo dos referidos animais e para a elaboração do plano de manejo, condenando-o, ainda, ao monitoramento constante da área em torno da Lagoa da Pampulha.

Através da petição protocolizada em 13/03/2015 emendou à inicial acrescentando ao pedido de antecipação da tutela que seja suspensa a exigibilidade da notificação de nº 29535, bem como a determinação para que o réu se abstenha de lavar outras notificações ou imputar ao autor quaisquer penalidades em razão da manutenção dos animais já capturados em cativeiro.

É o sucinto relatório.

Decido.

A antecipação dos efeitos da tutela exige prova inequívoca e verossimilhança das alegações, além de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que haja manifesto propósito protelatório do réu.

De início, verifica-se que os pedidos formulados inicialmente não se amoldam ao instituto da antecipação dos efeitos da tutela, haja vista envolverem questões fáticas que demandam maior aprofundamento do exame das provas apresentadas ou mesmo a sua realização, no decorrer da instrução do processo.

Contudo, o pedido alternativo, trazido com a emenda à inicial, que ora recebo, encontra suporte fático jurídico suficiente à sua concessão, como medida de natureza cautelar.

Desta forma, com base no parágrafo 7º do art. 273 do CPC, passo a apreciar o referido pedido como providência de natureza cautelar incidental.

Insurge-se o Município autor, nesse ponto específico, contra a determinação a ele imposta pelo Instituto réu para que promova a soltura imediata dos 27 (vinte e sete) espécimes da capivara mantidos em cativeiro.

Presentes tanto o *fumus boni iuris* quanto o *periculum in mora*.

Com efeito, vislumbra-se a presença do *periculum in mora*, caso não seja suspensa a exigibilidade, contida na notificação expedida pelo Instituto Réu ao Município autor, para que promova a soltura dos 27 (vinte e sete) espécimes de capivara mantidos em cativeiros.

De acordo com todo o relato, bem como com os documentos que instruem a exordial, verifica-se que a população belorizontina, em especial os moradores, transeuntes e frequentadores da orla da Lagoa da Pampulha, estariam sendo expostos ao risco de serem contaminados com a febre maculosa, caso seja procedida à soltura de animais contaminados pelo patógeno causador da referida moléstia., fato que traria intranquilidade a todos, moradores ou não daquela região.

Ademais, não se mostra razoável, em princípio, a determinação para a soltura de animais doentes pelo simples fato de vencimento de licença concedida pelo réu ao autor. Não descartando a necessidade de que se proceda ao devido manejo dos animais, tem-se por procedimento mais adequado, neste momento, a manutenção destes em cativeiro.

Ante o exposto, defiro a medida liminar, de natureza cautelar, para determinar a suspensão dos efeitos da notificação de nº 29535, de 09/03/2015, expedida pelo Instituto réu, bem como para determinar a este que se abstenha de praticar qualquer ato em relação à pretensão de soltura dos animais que se encontram sob a guarda do Município autor.

Considerando a peculiar natureza dos fatos em que a lide se fundamenta, julgo recomendável, antes de qualquer medida judicial de maior impacto, oportunizar a que as partes definam, sob a administração deste Juízo, acerca da responsabilidade sócio-ambiental de cada entidade no âmbito de sua competência administrativa.

Razão porque, mesmo antes de determinar a citação do Réu, designo audiência de conciliação para o dia 14 de abril de 2015, às 14h30min, na sala de audiências desta 20ª Vara”.

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, que, na espécie, afigura-se manifesta a irregularidade na manutenção em cativeiro dos animais silvestres descritos nos autos, eis que, segundo constatado em visita técnica, boa parte deles já se encontra com a saúde debilitada e com lesões físicas, em virtude das condições supostamente inadequadas em que são mantidos, do que teria resultado, inclusive, o óbito de 25 (vinte e cinco) animais que habitavam o entorno da Pampulha, impondo-se, assim, a sua imediata liberação, sob pena de vir a ocorrer o óbito dos animais restantes, a despeito de toda orientação dispensada pelo órgão ambiental, desde os idos de 2010, visando a solução da pendência. Acrescenta, que, na espécie, a responsabilidade pelo correto manejo dos aludidos animais seria do Município suplicante, na condição de responsável pelo Programa de Recuperação e Desenvolvimento Ambiental da Bacia da Pampulha – PROPAM, nos termos da legislação de regência, e que inexistiria, no caso, demonstração dos alegados riscos à saúde pública. Requer, assim, a concessão de antecipação da tutela recursal, para sobrestar-se a eficácia da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

Não obstante os fundamentos deduzidos pela autarquia recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558, do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a decisão agravada, mormente em face da sua natureza eminentemente precautiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal.

Com efeito, conforme bem consignado na decisão agravada, dadas as peculiaridades da situação narrada nos autos, a manutenção dos animais silvestres na área urbana descrita na inicial, nas condições em que se encontram, estaria a representar graves riscos à saúde pública, circunstância essa que, inclusive, levou a autarquia recorrente a emitir licença provisória para a sua manutenção em cativeiro, a desautorizar a sua imediata liberação, antes que medidas para resolução do problema daí decorrente sejam adotadas, mormente em face da discussão travada no feito de origem acerca de quem seria a responsabilidade pela adoção de tais medidas, como no caso.

De ver-se, ainda, que o próprio Ibama reconhece a possibilidade de manutenção dos aludidos animais silvestres em cativeiro, desde que implementadas as condições adequadas, conforme se extrai das razões recursais veiculadas na inicial, na dicção de que “com efeito, esta espécie é mantida em cativeiro em inúmeros locais, não só no Brasil, como também em zoológicos espalhados pelo mundo, onde o correto manejo faz com que sua adaptação ocorra sem problemas e seu índice de mortalidade seja baixo”, a desautorizar, em princípio, a sua imediata liberação, ante os já apontados riscos à saúde pública daí decorrentes, na espécie.

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

Como visto, a tutela de urgência requerida pela Associação Pró-Interesses do Bairro Bandeirantes – APIBB é no sentido de restabelecerem-se os efeitos da medida liminarmente proferida nestes autos, de forma que o autor da demanda possa manter confinados os animais em referência, isolando-os do alcance da população, de forma a evitar os sérios riscos à saúde e à vida humana.

Vê-se, pois, que a discussão em torno do cabimento, ou não, da antecipação da tutela já restou resolvida por este egrégio Tribunal, nos termos do julgado acima transcrito, substituindo, assim, a decisão da lavra daquele juízo,

nos termos do art. 1.008 do NCPC, razão por que deverá manter a sua eficácia, até ulterior deliberação judicial do Órgão Colegiado, não podendo ser reformada pelo juízo monocrático, ainda que por ato sentencial.

Com efeito, em que pese a previsão legal de revogabilidade, a qualquer tempo, dos provimentos de urgência, uma vez submetido o *decisum* ao reexame da Corte revisora, que, sobre ele se pronunciar, substituí-lo-á em todos os seus termos, e, a partir daí, somente o juízo *ad quem* dispõe de competência funcional para revogá-lo, sob pena de ocorrência de usurpação dessa competência, o que não se admite, na espécie, em homenagem à ordem jurídica instalada em nosso País.

De outra senda, a despeito da especial proteção que os órgãos públicos integrantes da presente relação processual devem dispensar aos aludidos animais, as circunstâncias descritas nos autos, decorrentes da ausência de um plano de manejo adequado que possa viabilizar a convivência harmoniosa com os frequentadores do parque ecológico onde atualmente se encontram, recomenda a manutenção da cautela adotada pelo município suplicante, no sentido de mantê-los confinados em espaço apropriado e isolado ao acesso da população, como forma de evitar os sérios riscos à saúde e à vida humana, notadamente em face dos noticiados óbitos já ocorridos, em virtude da denominada *febre maculosa*, transmitida pela picada do *carrapato estrela*, de que são hospedeiros tais animais.

De ver-se, porém, que o aludido confinamento haverá de se operar em local apropriado, de forma a resguardar-se, também, a saúde física de tais animais, sem prejuízo de regular fiscalização do órgão ambiental competente.

Com estas considerações, *defiro* o pedido de tutela de urgência, para restabelecer os efeitos da medida liminarmente proferida nestes autos, e mantida, ainda que em sede provisória, por este Tribunal, devendo o Município de Belo Horizonte/MG, por intermédio da sua Secretaria do Meio Ambiente, manter confinados os animais em referência, isolando-os do alcance da população, em local apropriado para essa finalidade, notadamente no que pertine à preservação de sua saúde, até o julgamento do recurso de apelação interposto nestes autos.

(Apelação Cível 0014671-84.2015.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 13/10/2016, p. 1.368)

Processual Civil. Juizados especiais federais. Competência. Possibilidade de acesso do jurisdicionado aos JEFs, que autoriza o conhecimento do incidente de uniformização de jurisprudência, mesmo tratando-se de questão processual. Ausência de pedido de anulação ou cancelamento de ato administrativo federal. Incidente conhecido e parcialmente provido.

I. O incidente de uniformização de jurisprudência foi manejado em face de acórdão que reconheceu, de ofício, a incompetência dos juizados especiais federais para a entrega da prestação jurisdicional, por considerar que, embora não tenha sido pedido expressamente, o acolhimento da pretensão ensejaria, como consequência lógica, o cancelamento ou anulação de ato administrativo federal que reconheceu a prescrição do direito inicialmente afirmado nas Portarias 1.163 e 1.164/PRES, editadas pela Funai.

II. É viável o conhecimento de incidente de uniformização nas hipóteses em que, como no presente caso, a questão processual diz respeito à possibilidade de acesso aos juizados especiais federais.

III. Inexistência de pedido, sequer implícito, de anulação ou cancelamento de ato administrativo federal.

IV. Competência dos juizados especiais federais para a entrega da prestação jurisdicional.

V. Incidente conhecido e provido.

(Numeração única: 0061122-53.2008.4.01.3400, Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2008.34.00.920305-2, rel. Juiz Federal José Godinho Filho, maioria, e-DJF1 de 16/09/2016, p. 4.713)

Repositórios Oficiais de Jurisprudência publicados de acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997

- Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- Editora Fórum: *Fórum Administrativo e Interesse Público*;
- Editora Forense: *Revista Forense*;
- Editora LTR: *Revista de Previdência Social – RPS*;
- Editora Revista dos Tribunais: *Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas*;
- Editora Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- Editora IOB Thompson/Síntese: *Repertório de Jurisprudência IOB Civil, Processual, Penal e Comercial; Repertório de Jurisprudência IOB Trabalhista e Previdenciário; Repertório de Jurisprudência IOB Tributário, Constitucional e Administrativo; Direito Público; Jusis Síntese DVD; Revista de Estudos Tributários; Revista Direito Aduaneiro Marítimo e Portuário; Revista Jurídica/RS; Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público; Revista Síntese Direito Administrativo; Revista Síntese Direito Ambiental; Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil; Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal; Revista Síntese Licitações Contratos e Convênios; Revista Síntese Responsabilidade Pública; Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.*

Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br.

Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

